

Roj: **STS 29/2017 - ECLI:ES:TS:2017:29**Id Cendoj: **28079110012017100013**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **12/01/2017**Nº de Recurso: **2110/2013**Nº de Resolución: **7/2017**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP A 2686/2013,**
STS 29/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 12 de enero de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Glem S.L., Glem Gasóleos S.L. y Riesma S.A., representados por el procurador D. Juan Escrivá de Romaní Vereterra, bajo la dirección letrada de D. José Carlos Orozco García Galbis, contra la sentencia núm. 294/2013, de 5 de julio, dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, en el recurso de apelación núm. 203/2013, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 439/2012, del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Villena. Ha sido parte recurrida Banco de Santander S. A, representado por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo y bajo la dirección letrada de D. Antonio Poveda Bañón.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª Concepción López Lorenzo, en nombre y representación de Glem S.L., Glem Gasóleos S.L. y Riesma S.A., interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco de Santander S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia.

«declarando:

»1) Que por lo expresado y al concurrir la aplicación del art. 1.265 del Código Civil, que establece que es nulo el consentimiento prestado por error, se acuerde la nulidad de los contratos marco, confirmaciones y reestructuraciones referidas en la demanda. En concreto las siguientes confirmaciones:

a) *Swaps contratadas por GLEM S.L.*

1. Permuta financiera de fecha 14/07/2004, importe nocional de 5.000.000 euros.

2. Permuta financiera de fecha 28/01/2005, Importe nocional de 5.000.000 euros.

3. Permuta financiera de tipos de interés con CAP ("Swap Bonificado 3x12 con Barrera Knock-In arrears) de fecha 8 de Julio de 2005 y vencimiento el 12 de julio de 2007. Importe nocional 5.000.000 euros.

4. Permuta financiera de tipos de interés ("Swap Bonificado Escalonado con Barrera Knock-In Arrears") de fecha 10 de Marzo de 2006 y vencimiento 13 de julio de 2009. Importe nocional de 5.000.000 euros.

5. Permuta financiera de tipos de interés ("Swap Bonificado Escalonado con Barrera Knock-In arrears") de fecha 10 de julio de 2006 y vencimiento 12 de julio de 2009.



b) *Swaps contratadas por GLEM GASOLEOS S.L.*

1. Permuta financiera de tipos de interés de fecha 19 de julio de 2004 y vencimiento 21 de julio de 2005. Importe nominal 3.000.000 de euros.
2. Permuta financiera de tipos de interés ("Swap Bonificado 3*12 con Barrera Knock-In arrears) de fecha 28 de enero de 2005, Importe nominal 3.000.000 euros.
3. Permuta financiera de tipos de interés con CAP ("Swap Bonificado 3x12 con Barrera Knock-In arrears) de fecha 8 de julio de 2005 y vencimiento 12 de julio de 2007. Importe nominal 3.000.000 euros.
4. Permuta financiera de tipos de interés ("Swap Bonificado Escalonado con Barrera Knock-In Arrears") de fecha 10 de Marzo de 2006 y vencimiento 13 de julio de 2009. Importe nominal de 3.000.000 euros.
5. Permuta financiera de tipos de interés ("Swap Bonificado Escalonado con Barrera Knock-In Arrears") de fecha 10 de julio de 2006 y vencimiento 12 de julio de 2009.

c) *Permutas financieras contratadas por RIESMA S.A .*

1. Permuta financiera de tipos de interés de fecha 19 de julio de 2004, Importe nominal 4.000.000 de euros.
2. Permuta financiera de fecha 21 de enero de 2005, Importe nominal 4.000.000 euros.
3. Permuta financiera de tipos de interés de fecha 8 de julio de 2005. Importe nominal 4.000.000 euros.
4. Permuta financiera de tipos de interés ("Swap Bonificado escalonado con Barrera Knock-In arrears") de fecha 10 de marzo de 2006 y vencimiento 13 de julio de 2009. Importe nominal 4.000.000 de euros.
5. Permuta financiera de tipos de interés ("Swap Bonificado Escalonado con Barrera Knock-In Arrears") de fecha 10 de julio de 2006 y vencimiento 12 de julio de 2009.

»2) Subsidiariamente y para el caso de que no se estimase el pedimento anterior, se acuerde la nulidad de las cláusulas relativas a la cancelación anticipada contenidas en los contratos marcos y en las confirmaciones referidas y como consecuencia de ello la de los mismos contratos que las contienen (Para mejor comprensión de esta petición , ir a Fundamentos Jurídico Materiales - fondo del asunto - 3. Sobre la nulidad e interpretación de las cláusulas ambiguas y ver la Sentencia de la Ilma .Audiencia Provincial de Burgos de 12 de septiembre 2011, EDJ 2011/216535.

»3) Subsidiariamente y para el caso de que no se estimase el pedimento anterior, y el Tribunal entendiese que lo que se pretende es una acción de anulabilidad, y siendo el plazo de 4 años, ésta iría referida únicamente a los contratos SWAP cuya liquidación es del año 2007. La prescripción se interrumpió fehacientemente mediante presentación de escrito de fecha 4 de mayo de 2011 acompañados como documentos 22 a 24.

»4) Subsidiariamente y para el caso de que no se estimase el pedimento anterior, se acuerde la anulabilidad de la cláusula de cancelación anticipada de los contratos cuya liquidación corresponde al año 2007 y por consiguiente del mismo contrato que las contiene.

»5) Para todos los casos, y como consecuencia de la nulidad de los contratos, se restituyan recíprocamente las cantidades pagadas por cada una de las partes desde el inicio de los mismos (art. 1303 C.Civil).

»6) Para todos los casos, que las cantidades restituidas lo sean con los incrementos pertinentes de aplicación del interés legal, correspondientes a los pagos efectuados recíprocamente.

»Todo ello con expresa imposición de costas a la entidad demandada».

2.- La demanda fue presentada el 5 de julio de 2012 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Villena y fue registrada con el núm. 439/2012 . Una vez fue admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Fuensanta Martínez López, en representación de Banco de Santander S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...]dictar Sentencia por la que apreciando la excepción previa de caducidad de la acción ejercitada por cada una de las actoras o en su caso entrando en el fondo del asunto se desestime íntegramente la demanda interpuesta por las referidas mercantiles, absolviendo a mi parte de todos los pedimentos formulados contra la misma por cada una de las partes actoras, tanto en las principales como en las peticiones subsidiarias y todo ello con expresa imposición de costas de esta instancia a las partes demandantes».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza de Primera Instancia n.º 3 de Villena dictó sentencia núm. 12/2013, de 4 de febrero , con la siguiente parte dispositiva:



«FALLO: DESESTIMANDO la demanda promovida en nombre y representación de Glem, S.L, Riesma ,S.A., y Glem Gasóleos, S.L., contra Banco Santander, S.A., debo absolver y absuelvo al demandado de las pretensiones frente a él formuladas.

Todo ello con expresa imposición de las costas causadas en esta instancia a la demandante».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Glem S.L., Glem Gasóleos S.L. y Riesma S.L.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, que lo tramitó con el número de rollo 203/2013 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 294/2013, de 5 de julio , cuya parte dispositiva dice:

«FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación entablado por la parte demandante, las mercantiles Glem S.L., Glem Gasóleos S.L. y Riesma S.A., representadas en este Tribunal por el Procurador D^a Isabel Tejada Del Castillo, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número tres de los de Villena de fecha 4 de febrero de 2013 , debemos confirmar y confirmamos dicha resolución; y con expresa imposición de las costas procesales de esta alzada a la parte apelante demandada».

3.- Por auto de 17 de julio de 2013 se rectificó un error material del fallo de la anterior sentencia, a fin de hacer constar que las costas procesales se imponen a la parte apelante demandante y no a la parte apelante demandada.

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

1.- La procuradora D.^a Isabel Tejada del Castillo, en representación de Glem S.L., Glem Gasóleos S.L. y Riesma S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución , como consecuencia de haber incurrido la Sentencia impugnada en error grave y arbitrariedad a la hora de valorar la prueba.

Segundo.-. Al amparo del artículo 469.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión. Vulneración de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (igualdad en la aplicación de la Ley). Artículo 9.3 de la Constitución .

Tercero.- Al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Infracción de las normas reguladora de la Sentencia en relación con los artículos 217.1 , 217.3 y 217.7 y 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con las normas imperativas acerca del deber de información exigible a las entidades financieras.

Cuarto.- Al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Infracción de las normas reguladoras de la Sentencia. Concretamente se infringen los artículos 197 y 198 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y los artículos 254 y 255 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , al considerarse que la Sentencia no ha sido fruto de la preceptiva deliberación y votación».

El único motivo del recurso de casación fue:

«Único.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por considerarse infringido el artículo 79 de la Ley 24/1998, del Mercado de Valores , vigente en el momento de las contrataciones, el artículo 4.1 , 5.1 , 5.3 y 16.1 del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, así como el artículo 19 de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 , relativa a los mercados de instrumentos financieros, e igualmente la previsión segunda de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 7 de octubre de 1999, dicho todo ello con el debido respeto. Igualmente la doctrina jurisprudencial que los desarrolla».

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 y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto, de fecha 21 de septiembre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de Glem, S.L., Glem Gasóleos, S.L. y Riesma, S.A. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el



5 de julio de 2013, por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8.ª, en el rollo de apelación n.º 203/2013, dimanante del juicio ordinario 439/2012, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Villena».

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 noviembre de 2016 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 21 de diciembre de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1.- En julio de 2004, las compañías mercantiles Glem S.L., Riesma S.A. y Glem Gasóleos S.L., celebraron con el Banco de Santander S.A. sendos contratos marco de operaciones financieras -CMOF-, que sirvieron de base para la posterior suscripción de una multiplicidad de contratos de permuta financiera.

2.- Glem S.L. suscribió las siguientes confirmaciones de permutas de tipos de intereses:

2.1. El 14 de julio de 2004, un contrato de permuta financiera con un nocional de cinco millones de euros.

2.2. El 28 de enero de 2005, un contrato de permuta financiera con un nocional de cinco millones de euros.

2.3. El 8 de julio de 2005, un contrato de permuta financiera de tipos de interés con CAP, con un nocional de cinco millones de euros.

2.4. El 10 de marzo de 2006, un contrato de permuta financiera de tipos de interés, con un nocional de cinco millones de euros.

2.5. El 10 de julio de 2006, un contrato de permuta financiera de tipos de interés, con un nocional de cinco millones de euros.

3.- Glem Gasóleos S.L. contrató con el Banco de Santander los siguientes contratos de permuta de interés:

3.1. El 19 de julio de 2004, un contrato de permuta financiera de tipos de interés, con un nocional de tres millones de euros.

3.2. El 28 de enero de 2005, un contrato de permuta financiera con un nocional de tres millones de euros.

3.3. El 8 de julio de 2005, un contrato de permuta financiera de tipos de intereses con CAP, con un nocional de tres millones de euros.

3.4. El 10 de marzo de 2006, un contrato de permuta financiera de tipos de interés, con un nocional de tres millones de euros.

3.5. El 10 de julio de 2006, un contrato de permuta financiera de tipos de interés, con un nocional de tres millones de euros.

4.- Riesma S.A. contrató con el Banco de Santander S.A. los siguientes productos financieros:

4.1. El 19 de julio de 2004, un contrato de permuta financiera de tipos de interés, con un nocional de cuatro millones de euros.

4.2. El 28 de enero de 2005, un contrato de permuta financiera, con un nocional de cuatro millones de euros.

4.3. El 8 de julio de 2005, un contrato de permuta financiera de tipos de interés con CAP, con un nocional de cuatro millones de euros.

4.4. El 10 de marzo de 2006, un contrato de permuta financiera de tipos de interés, con un nocional de cuatro millones de euros.

4.5. El 10 de julio de 2006, un contrato de permuta financiera de tipos de interés, con un nocional de cuatro millones de euros.

5.- Todos los contratos indicados fueron cancelados en el año 2007. Previamente, tales contratos habían generado saldos negativos por compensación de liquidaciones positivas y negativas, en las siguientes cuantías: Glem: 102.839,30 ?; Glem Gasóleos: 45.271,25 ?; Riesma: 60.362,33 ?. A su vez, los costes de cancelación anticipada fueron los siguientes: Riesma: 137.398 ?; Glem Gasóleos: 103.048 ?; Glem: 171.600 ?.

6.- Glem S.L., Riesma S.A. y Glem Gasóleos S.L. demandaron a Banco Santander S.A. solicitando la nulidad por vicio del consentimiento -error insuperable e invencible- de los contratos marco y las permutas financieras



indicadas; subsidiariamente, solicitaron la nulidad de la cláusula de cancelación anticipada de los contratos marco y confirmaciones indicadas; subsidiariamente, la nulidad de los contratos cuya liquidación es del año 2007; y subsidiariamente, la nulidad de la cláusula de cancelación anticipada de los contratos cuya liquidación corresponde al año 2007. En todos los casos, la restitución recíproca de las cantidades abonadas y cargadas con los incrementos por interés legal y costas.

7.- El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, por las siguientes y resumidas razones: (i) La información prestada por la entidad financiera a las demandantes, que conforman un grupo de empresas con un importante volumen de negocio, sobre la naturaleza jurídica y características de los contratos, así como sobre los riesgos asumidos, fue clara en cuanto a las bases de cálculo de las liquidaciones, nominales y resultados en función de los posibles escenarios; (ii) La redacción de los anexos permitía la comprensión del producto a personas con conocimientos financieros medios; (iii) El posible error que se aduce en la demanda no estaría justificado en función de la información recibida.

8.- Recurrida en apelación por los demandantes la sentencia de primera instancia, el recurso fue desestimado por la Audiencia Provincial, por las siguientes y resumidas razones: (i) Se celebraron múltiples contratos durante dos años, sin objeción alguna a su validez; (ii) Las empresas contratantes de los productos financieros contratantes forman un grupo empresarial con un volumen de negocio relevante, y con unos fondos propios en 2009 superiores a los dos millones de euros; (iii) Los abonos, cargos y liquidaciones eran objeto de control interno por el contable de la empresa; (iv) Hasta que se optó por la cancelación anticipada, las liquidaciones periódicas habían sido favorables a las demandantes; (v) La cancelación anticipada de todos los productos se produjo en mayo de 2007, sin que conste queja, tacha o discrepancia alguna, haciéndose el abono correspondiente a la entidad crediticia; (vi) Constituiría una falta de diligencia inasumible que el representante del grupo empresarial hubiera firmado los contratos sin conocer las características y riesgos de los productos; (vii) Del tenor literal de los contratos y de los abonos y cargos aceptados, cabe concluir que dicho representante estaba debidamente informado; (viii) Los productos eran adecuados en un escenario alcista de tipos de interés; (ix) La suscripción sucesiva de nuevos contratos y la falta de manifestación de disconformidad evidencian que no hubo error; (x) Las cláusulas de cancelación anticipada eran comprensibles; (xi) En suma, no hubo error vicio del consentimiento.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- *Primer motivo de infracción procesal. Error grave y arbitrariedad en la valoración de la prueba.*

Planteamiento:

1.- El primer motivo de infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1.4º, por vulneración del art. 24 CE, al haber incurrido la sentencia en error grave y arbitrariedad al valorar la prueba.

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que la sentencia afirma erróneamente que las consecuencias de la cancelación anticipada de los contratos estaban debidamente consignadas y explicadas en los documentos contractuales, cuando ello no es así, puesto que lo único de que se advertía en las respectivas cláusulas es que el producto podía ser cancelado, que para ello tendría que ser valorado a precios de mercado y que su valor sería determinado por las condiciones existentes a la fecha de cancelación. Con dichos datos, resultaba imposible calcular el coste efectivo de la cancelación.

Decisión de la Sala:

1.- Es jurisprudencia constante de esta Sala que en nuestro sistema procesal civil no cabe una tercera instancia y para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso extraordinario de infracción procesal, con fundamento en el art. 469.1.4º LEC, debe ser de naturaleza fáctica y no de valoración jurídica, y de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. En las sentencias núm. 418/2012, de 28 de junio, 262/2013, de 30 de abril, 44/2015, de 17 de febrero, 303/2016, de 9 de mayo, 411/2016, de 17 de junio, 460/2016, de 5 de julio, 543/2016, de 14 de septiembre, y 642/2016, de 26 de octubre (entre otras muchas), tras reiterar la excepcionalidad de un control, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de segunda instancia, recordamos que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia constitucional, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

2.- Sobre tales bases, lo que se impugna no es propiamente una conclusión fáctica, ni una valoración probatoria, sino una valoración jurídica, relativa a la suficiencia de las especificaciones contenidas en los contratos litigiosos sobre el alcance y consecuencias de su cancelación anticipada. Cuestión sustantiva que,



en su caso, ha de ser combatida en el recurso de casación. Por lo que este primer motivo de infracción procesal debe ser desestimado.

TERCERO.- *Segundo motivo de infracción procesal. Vulneración del principio de seguridad jurídica por dictarse resoluciones diferentes en casos iguales.*

Planteamiento :

1.- Este segundo motivo de infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1.3º LEC , por infracción de las normas y garantías que rigen el proceso, en relación con el art. 9.3 CE .

2.- Al desarrollarse el motivo, se aduce, resumidamente, que la misma Sección de la Audiencia Provincial había resuelto en sentido diferente en casos similares, por lo que ha incurrido en una vulneración del principio de seguridad jurídica, en relación con el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y el de igualdad en aplicación de la ley.

Decisión de la Sala :

1.- Basta con leer la sentencia recurrida para comprobar que da un tratamiento individualizado al caso y que sus conclusiones se basan en un análisis específico de las concretas pruebas practicadas en la instancia. En consecuencia, da una respuesta ajustada al caso objeto de enjuiciamiento, que no tiene por qué coincidir necesariamente con lo resuelto en otros casos, si las bases fácticas son diferentes.

2.- Las cuestiones fundamentales que debían resolverse para el enjuiciamiento del caso, la existencia y suficiencia de información al cliente sobre las características y riesgos de los productos contratados y su incidencia en un posible error en el consentimiento, son eminentemente casuísticas y dependen del supuesto concreto, en función de la clasificación del perfil del cliente, su experiencia inversora, el tipo de información prestada y la finalidad con la que se conciertan las distintas operaciones. Por lo que no hay un patrón uniforme de resolución al que la Audiencia Provincial tuviera necesariamente que acogerse, ni le era exigible una respuesta idéntica a la de otros casos en que, los mencionados condicionantes, pudieron resultar diferentes.

Por estas razones, este segundo motivo de infracción procesal debe seguir la misma suerte desestimatoria que el anterior.

CUARTO.- *Tercer motivo de infracción procesal. Carga de la prueba de la información ofrecida al cliente.*

Planteamiento :

1.- Se enuncia con fundamento en el art. 469.1.2º LEC , por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto, los arts. 217.1 , 217.3 , 217.7 y 217.6 LEC .

2.- En el desarrollo del motivo se arguye, sintéticamente, que la sentencia conculca las normas sobre distribución de la carga de la prueba, al hacer recaer sobre el cliente las consecuencias de la falta de información, cuando a quien corresponde la prueba de que ha cumplido los deberes de información legalmente impuestos es la entidad financiera.

Decisión de la Sala :

1.- Al contrario de lo que se alega por la parte recurrente, la Audiencia Provincial no ignora que la carga de la prueba compete a la entidad financiera, y así lo indica expresamente la sentencia, al decir que es «sólo imputable al Banco de Santander S.A. que desconozcamos el alcance más concreto de la información».

Lo que sucede es que la sentencia no decide en función de una pretendida ausencia de prueba, que daría entrada a la aplicación de las normas de distribución de la carga de la prueba que se citan como infringidas, a fin de determinar a quién debe perjudicar dicha falta de probanza, sino que considera que el testimonio del director de la sucursal, la aceptación de los abonos y cargos, el tenor literal de los contratos y la experiencia empresarial y bancaria del representante de los clientes, permiten concluir que sí hubo información y que la misma fue suficiente para entender el correcto funcionamiento del producto.

2.- Dicha conclusión sobre la existencia y suficiencia de la información no atañe a la carga de la prueba y supone una valoración jurídica, no fáctica, que, en su caso, habrá de ser combatida en el recurso de casación, pero que es ajena a la impugnación a que se refiere este motivo. Por lo que también debe perecer.

QUINTO.- *Cuarto motivo de infracción procesal. Ausencia de deliberación.*

Planteamiento :

1.- Se formula al amparo del art. 469.1.2º LEC , por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto los arts. 197 y 198 LEC y 254 y 255 LOPJ .



2.- En el desarrollo del motivo se arguye, resumidamente, que la sentencia la dictó únicamente el Magistrado Ponente, sin la preceptiva deliberación y votación, como se deduce del hecho que la resolución fuera diferente a la adoptada en otros casos similares.

Decisión de la Sala :

1.- Ya hemos dicho que la resolución de este tipo de asuntos es casuística, en función de las circunstancias del caso, y que no todas las sentencias tienen que ser iguales. Por ello, el hecho de que la sentencia recurrida no resuelva en el mismo sentido que otras dictadas por la misma Sección en litigios sobre contratos de permuta financiera, no permite deducir sin más que el Magistrado Ponente dictara la resolución a su antojo, sin deliberarla previamente con los otros componentes de la Sala, ni que éstos se prestaran con su firma a tal irregularidad.

2.- Lo que hace la parte es una mera suposición, pues no aporta ningún criterio válido para sostener su afirmación de que la sentencia se dictó sin la preceptiva deliberación. Las meras ocurrencias no pueden fundar un motivo de infracción procesal, ni es adecuado acudir al Tribunal Supremo con una alegación tan infundada como la presente, que no merece mayor atención de la Sala que la imprescindible para su desestimación.

Recurso de casación.

SEXTO.- Planteamiento del único motivo. Admisibilidad.

1.- El recurso de casación interpuesto por Glem S.L., Riesma S.A. y Glem Gasóleos S.L., al amparo del art. 477.2.3º LEC , se basa en un único motivo, por infracción de los arts. 79 LMV, 4.1, 5.1, 5.3 y 16.1 del Real Decreto 629/1993 y 19 de la Directiva 2004/39/CE, y la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 7 de octubre de 1999, así como la jurisprudencia que los desarrolla, en particular la sentencia del Pleno de la Sala 1ª de Tribunal Supremo de 18 de abril de 2013 .

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que la falta de información precontractual sobre los riesgos de las operaciones, acentuados por los altos valores nominales fijados en los contratos, así como la falta de información sobre los elevados costes de las cancelaciones, indujeron a error a las demandantes, que creían que suscribían unos contratos para protegerse de las subidas de interés en los distintos productos financieros a tipo variable que tenía contratados con la misma entidad ofertante.

3.- Banco Santander se ha opuesto a la admisión del recurso de casación, con el argumento de que no se acredita interés casacional, y de que no se respeta la declaración de hechos probados de la sentencia, haciendo supuesto de la cuestión.

Tales alegaciones no son compartibles. Los requisitos de admisibilidad del recurso de casación se cumplen suficientemente, puesto que el único motivo planteado es preciso, al identificar la infracción denunciada -la falta de valoración del déficit informativo a efectos de la producción del error en el consentimiento-, las normas jurídicas que se consideran vulneradas y el interés casacional, que resulta evidente a la vista de cómo se ha planteado el problema ante las distintas Audiencias Provinciales, con líneas de decisión diferentes. Esto ha permitido que la parte recurrida pueda haberse opuesto adecuadamente al recurso, sabiendo cuáles eran las cuestiones relevantes, y que el tribunal haya podido abordar las cuestiones jurídicas planteadas.

SÉPTIMO.- Las obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos de permuta financiera anteriores a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID.

1.- La Ley 47/2007, de 19 de noviembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, tuvo como finalidad la incorporación al ordenamiento jurídico español de tres directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/CE. Las dos primeras, junto con el Reglamento (CE) 1287/2006, de directa aplicación desde su entrada en vigor el 1 de noviembre de 2007, constituyen lo que se conoce como normativa "MiFID" (acrónimo de la Directiva de los Mercados de Instrumentos Financieros, en inglés Markets in Financial Instruments Directive), que creó un marco jurídico único armonizado en toda la Unión Europea para los mercados de instrumentos financieros y la prestación de servicios de inversión.

2.- No obstante, antes de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, la legislación ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos, como las permutas financieras. Puesto que, al ser 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. Aquí ni siquiera consta que se hiciera un estudio previo de las condiciones económicas y empresariales de los clientes para asegurarse de la adecuación de los productos



ofrecidos a sus perfiles inversores. Y antes al contrario, no parece razonable la recomendación de un producto complejo y arriesgado como es el swap (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013 -asunto C-604/11, Genil 48, S.L. y Comercial Hostelera de Grandes Vinos, S.L., contra Bankinter, S.A. y BBVA, S.A.-, y la Sentencia del Pleno de esta Sala 1ª núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014), para asociarlo a las posibles fluctuaciones del interés variable de otras operaciones, básicamente contratos de financiación del objeto social del cliente, sin advertir de las graves consecuencias patrimoniales que podían derivarse -como de hecho sucedió- en caso de bajada del euríbor. A lo sumo, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la citada normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), acentuó tales obligaciones, pero no supuso una regulación realmente novedosa.

3.- Además, ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por su fecha a los contratos de permuta financiera litigiosos, y expresamente invocado en el recurso, establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:

«1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...].

3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos».

OCTAVO.- *Jurisprudencia sobre el incumplimiento de las obligaciones de información y su incidencia en el error vicio. Aplicación al caso litigioso.*

1.- Son ya múltiples las sentencias de esta Sala que conforman una jurisprudencia reiterada y constante y a cuyo contenido nos atenderemos, que consideran que un incumplimiento de dicha normativa, fundamentalmente en cuanto a la información de 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 de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 491/2015, de 15 de septiembre; así como las Sentencias 384 y 385 de 2014, ambas de 7 de julio; 387/2014, de 8 de julio; 458/2014, de 8 de septiembre; 460/2014, de 10 de septiembre; 110/2015, de 26 de febrero; 563/2015, de 15 de octubre; 547/2015, de 20 de octubre; 562/2015, de 27 de octubre; 595/2015, de 30 de octubre; 588/2015, de 10 de noviembre; 623/2015, de 24 de noviembre; 675/2015, de 25 de noviembre; 631/2015, de 26 de noviembre; 676/2015, de 30 de noviembre; 670/2015, de 9 de diciembre; 691/2015, de 10 de diciembre; 692/2015, de 10 de diciembre; 741/2015, de 17 de diciembre; 742/2015, de 18 de diciembre; 747/2015, de 29 de diciembre; 32/2016, de 4 de febrero; 63/2016, de 12 de febrero; 195/2016, de 29 de marzo; 235/2016, de 8 de abril; 310/2016, de 11 de mayo; 510/2016, de 20 de julio; 580/2016, de 30 de julio; 562/2016, de 23 de septiembre; y 595/2016, de 5 de octubre).

2.- En este caso, si partimos de los propios hechos acreditados en la instancia, no puede apreciarse que la entidad financiera cumpliera los deberes de información que hemos visto que establecía la legislación aplicable en la fecha de celebración de los contratos litigiosos; y desde ese punto de vista, la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta Sala, en los términos expuestos.

En particular, la Audiencia Provincial no hace mención de manera clara y terminante a que el banco informara a los clientes de los riesgos de los productos contratados, que es el elemento determinante para la formación del consentimiento en este tipo de contratos. Al contrario, reconoce que no consta qué información se ofreció realmente, pero considera que tanto del carácter de grupo empresarial de los clientes, como del propio texto de los documentos contractuales y del hecho de que los clientes aceptaron los abonos y cargos realizados durante la vigencia de los contratos, se deduce que los mismos deberían estar informados.



Sin embargo, no repara en que era preceptiva una información precontractual completa y adecuada, con suficiente antelación a la firma de los documentos, y que la entidad no se había asegurado de que los clientes tuvieran conocimientos financieros, ni de que los productos ofertados fueran adecuados a su perfil inversor. Por lo que no puede compartirse que la información ofrecida fuera suficiente, ni que se adecuara mínimamente a las exigencias legales.

Además, la reiteración de celebración de contratos similares en dos años no supone que los clientes conocieran realmente los riesgos, sino precisamente lo contrario, puesto que por ignorar a lo que se estaban exponiendo, seguían firmando los contratos sin noción real del alcance de sus riesgos patrimoniales.

Según dijimos en las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 676/2015, de 30 de noviembre, es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios.

3.- El incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de bajada drástica del euribor y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que propicia un error en la prestación del consentimiento, ya que como dijimos en la Sentencia del Pleno de esta Sala 1ª núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, «esa ausencia de información permite presumir el error». Lo determinante no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo. Los deberes de información que competen a la entidad financiera, concretados en las normas antes transcritas, no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que como se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. No se trata de que Banco Santander pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada.

4.- La entidad recurrida prestó al cliente un servicio de asesoramiento financiero, lo que le obligaba al estricto cumplimiento de los deberes de información ya referidos; cuya omisión no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo, en tanto que la información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido 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.

A su vez, el deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente.

5.- Habida cuenta que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia uniforme de esta Sala en materia de información y prestación del consentimiento en los contratos de permuta financiera, debe prosperar el recurso de casación, anularse la sentencia recurrida, y estimar el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra la sentencia de primera instancia, que se revoca, a fin de estimar la demanda. Con la precisión de que no es necesario declarar la nulidad de los contratos CMOF, que en nada afectaron a la prestación errónea del consentimiento, sino únicamente de los contratos de permuta financiera, que fueron los viciados por dicho error.

NOVENO.- Costas y depósitos.

1.- Deben imponerse a la parte recurrente las costas generadas por el recurso extraordinario de infracción procesal que ha sido íntegramente desestimado, según determina el art. 398.1 LEC.

2.- La estimación del recurso de casación supone estimación del recurso de apelación, por lo que no procede hacer expresa imposición de las costas causadas por ninguno de ellos, conforme previene el art. 398.2 LEC.



3.- Como quiera que, a su vez, la estimación del recurso de apelación conlleva la estimación de la demanda, deben imponerse las costas de primera instancia a la parte demandada, según establece el art. 394.1 LEC, puesto que la acotación de la nulidad a los contratos de swap supone estimación sustancial de la demanda.

4.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido para el recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución de los prestados para los recursos de apelación y casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartados 8 y 9, LOPJ.

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Glem S.L., Glem Gasóleos S.L. y Riesma S.A., contra la sentencia núm. 294/2013, de 5 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª, en el recurso de apelación núm. 203/2013. **2.º** - Estimar el recurso de casación interpuesto por las mismas recurrentes contra dicha sentencia, que casamos y anulamos, y en su lugar, estimar el recurso de apelación interpuesto por Glem S.L., Glem Gasóleos S.L. y Riesma S.A. contra la sentencia núm. 12/2013, de 4 de febrero, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Villena, en el juicio ordinario núm. 439/2012, que revocamos y dejamos sin efecto. **3.º-** Estimar la demanda formulada por Glem S.L., Glem Gasóleos S.L. y Riesma S.A. contra Banco de Santander S.A. y declarar la nulidad de los contratos de swap celebrados entre las partes, identificados en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, con restitución recíproca de las prestaciones y devolución de las cantidades percibidas, con sus intereses legales desde la fecha de abono. **4.º-** Imponer a Glem S.L., Glem Gasóleos S.L. y Riesma S.A. las costas del recurso extraordinario de infracción procesal. **5.º-** No haber lugar a la imposición de las costas causadas por los recursos de apelación y casación. **6.º-** Condenar al Banco de Santander S.A. al pago de las costas de la primera instancia. **7.º-** Ordenar la pérdida del depósito constituido para el recurso extraordinario de infracción procesal y la devolución de los depósitos prestados para los recursos de apelación y casación. 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.