



Roj: **STS 780/2020 - ECLI:ES:TS:2020:780**

Id Cendoj: **28079110012020100152**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/03/2020**

Nº de Recurso: **4513/2017**

Nº de Resolución: **165/2020**

Procedimiento: **Recurso extraordinario infracción procesal**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 1461/2017,**  
**STS 780/2020**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 165/2020**

Fecha de sentencia: 11/03/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 4513/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/02/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 3.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 4513/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 165/2020**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile



En Madrid, a 11 de marzo de 2020.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Bilbao, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Bilbao. Es parte recurrente la entidad Iberinox 88 S.A., representada por la procuradora María Pilar López Revilla y bajo la dirección letrada de Amaya Barrenechea Júdez. Es parte recurrida la entidad Banco de Santander S.A. representado por el procurador Eduardo Codes Feijóo y bajo la dirección letrada de Eneko Goenaga Egibar.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. La procuradora Iciar Otalora Ariño, en nombre y representación de Iberinox 88 S.A., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Bilbao, contra Banco Santander S.A., para que dictase sentencia por la que:

"a) En relación con la contratación del Swap de tipos de interés:

"1. Se declare el incumplimiento por Banco Santander de sus obligaciones legales de información, diligencia, transparencia, imparcialidad e interdicción del conflicto de interés en la contratación del Swap de tipos de interés.

"2. Se declare que como consecuencia de dicho incumplimiento Iberinox ha sufrido un daño que debe ser resarcido.

"3. Se condene a Banco Santander a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a pagar a Iberinox la cantidad de 463.744,67? correspondiente a la suma del resultado neto de sus liquidaciones, así como el pago de los intereses legales de cada desembolso (positivo o negativo) desde la fecha de su cargo en cuenta hasta la fecha de la Sentencia y del interés legal más dos puntos, desde la fecha de la Sentencia hasta que se haga efectivo su pago.

"b) En relación con la contratación del swap de Inflación:

"1. Pretensión principal:

"a) Se declare el incumplimiento por Banco Santander de sus obligaciones legales de información, diligencia, transparencia, imparcialidad e interdicción del conflicto de interés en la contratación del swap de inflación, declarándose resuelto el contrato fundado en dicho incumplimiento, sin coste de cancelación alguno a cargo de la demandante.

"b) Se condene a Banco Santander a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a pagar a Iberinox la cantidad de 771.233,20 ? correspondiente a la suma del resultado neto de sus liquidaciones, más las que se devenguen hasta la fecha de la Sentencia, así como el pago de los intereses legales de cada desembolso (positivo o negativo) desde la fecha de su cargo en cuenta hasta la fecha de la Sentencia y del interés legal más dos puntos, desde la fecha de la Sentencia hasta que se haga efectivo su pago.

"2. Pretensión subsidiaria:

"a) Se declare el incumplimiento por Banco Santander de sus obligaciones legales de información, diligencia, transparencia, imparcialidad e interdicción del conflicto de interés en la contratación del swap de inflación, declarándose resuelto el contrato fundado en dicho incumplimiento con efectos al día 03/02/2009 fecha en que fue solicitado por la actora, sin coste de cancelación alguno a cargo de la demandante o, subsidiariamente, asumiendo Iberinox el coste de cancelación del producto existente a tal fecha por importe de (276.796,10 ?) cantidad que debiera ser compensada con el importe a cargo de la demandada a que se refiere el extremo b) siguiente.

b) Se condene a Banco Santander a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a pagar a Iberinox la cantidad de (-771.233,20 ?) correspondiente a la suma del resultado neto de las liquidaciones abonadas desde el día 03/02/2009 más las que se devenguen hasta la fecha de la Sentencia, así como el pago de los intereses legales de cada desembolso (positivo o negativo) desde la fecha de su cargo en cuenta hasta la fecha de la Sentencia y del interés legal más dos puntos, desde la fecha de la Sentencia hasta que se haga efectivo su pago.

c) En todo caso, se condene a la demandada al pago de las costas y gastos de este proceso".



2. El procurador Rafael Eguidazu Buerba, en representación de la entidad Banco Santander S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"Desestimación de las pretensiones de la demanda, con expresa condena en costas".

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Bilbao dictó sentencia con fecha 16 de noviembre de 2016 cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: 1.- Debo estimar y estimo la demanda formulada por la representación procesal de la entidad mercantil Iberinox 88 S.A. frente a la entidad mercantil Banco Santander S.A., declarando el incumplimiento de la entidad demandada de sus obligaciones legales de información, diligencia, transparencia, imparcialidad e interdicción del conflicto de interés en la contratación de los contratos de swap de tipos de interés y de inflación suscritos, respectivamente, el 19 de septiembre de 2007 y el 13 de noviembre de 2007, cual ha originado un daño patrimonial por importe de 463.774,67 ? y 494.437,10 ?, respectivamente

"2.- Como consecuencia de dicho incumplimiento procede declarar la resolución del contrato de swap de inflación de 13 de noviembre de 2008.

"3.- La entidad demandada deberá abonar a la actora la cantidad de 958.211,77? más los intereses legales de conformidad con lo dispuesto en el fundamento de derecho quinto de la presente resolución.

"4.- Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

4. Por Auto de fecha 24 de marzo de 2017, se aclaró la sentencia en cuya parte dispositiva se recoge:

"1.- Se acuerda aclarar y completar la sentencia dictada en el presente procedimiento con fecha 18/11/2016 (sic) en el sentido que se indica: extremos 1 y 3 del Fallo de la Sentencia.

"2.- La referida resolución queda definitivamente redactada en el particular señalado en los antecedentes de hecho de la siguiente forma:

"1.- Debo estimar y estimo la demanda formulada por la representación procesal de la entidad mercantil Iberinox 88 S.A. frente a la entidad mercantil Banco Santander S.A., declarando el incumplimiento de la entidad demandada de sus obligaciones legales de información, diligencia, transparencia, imparcialidad e interdicción del conflicto de interés en la contratación de los contratos de swap de tipos de interés y de inflación suscritos, respectivamente, el 19 de septiembre de 2007 y el 13 de noviembre de 2007, cual ha originado un daño patrimonial por importe de 463.774,67 ? y 494.437,10 ?, respectivamente más el importe a que asciende el resultado neto de las liquidaciones devengadas y abonados por Iberinox desde la interposición de la demanda hasta la fecha de la Sentencia.

"3.- La entidad demandada deberá abonar a la actora la cantidad de 958.211,77 ? más el importe a que ascienda el resultado neto de las liquidaciones devengadas y abonadas por Iberinox con motivo del swap de inflación desde la interposición de la demanda hasta la fecha de la sentencia, más los intereses legales de conformidad con lo dispuesto en el fundamento de derecho quinto de la resolución".

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

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de las entidades Iberinox 88 S.A. y Banco de Santander S.A..

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, mediante sentencia de 20 de julio de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Que con desestimación del recurso de apelación planteado por Iberinox 88 S.A. y con estimación del recurso de apelación interpuesto por Banco Santander S.A. frente a la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 de Bilbao, en autos de Procedimiento Ordinario 134/15, con fecha 16 de noviembre de 2016, debemos revocar como revocamos dicha resolución recurrida y dictando otra por la que se desestima la demanda interpuesta por Iberinox 88 S.A. contra Banco Santander S.A.; no se efectúa expresa imposición de costas de ninguna de las dos instancias a ninguna de las partes procesales".

3. Instada la aclaración de la anterior resolución, la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 3.ª) dictó auto de fecha 13 de septiembre de 2017, cuya parte dispositiva dice:

"No ha lugar a rectificar/completar la sentencia de 20/7/2017 solicitado por Iberinox S.A., la cual se confirma en su integridad.

"Las costas se imponen a la parte recurrente".

#### **TERCERO.** *Tramitación e interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*



1. La procuradora Itziar Otalora Ariño, en representación de la entidad Iberinox 88 S.A., interpuso recurso extraordinario de infracción procesal y recurso de casación ante la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"1º) Al amparo del art. 469.1.2.º LEC, se denuncia infracción de los artículos 216 y 218.1.º LEC referidos al principio de congruencia y de justicia rogada. Esta infracción presenta trascendencia constitucional, por afectar al derecho de defensa de esta parte consagrado en el art. 24 de la Constitución Española, lo que también tiene acceso a este recurso al amparo del art. 469.1.4.º LEC.

"2º) Al amparo del art. 469.1.2.ª LEC, se denuncia infracción de los artículos 216 y 218.1.º LEC referidos al principio de congruencia y de justicia rogada. Esta infracción presenta trascendencia constitucional, por afectar al derecho de defensa de esta parte, consagrado en el art. 24 de la Constitución Española, lo que también tiene acceso a este recurso al amparo del art. 469.1.4.º LEC.

"3º) Al amparo del art. 469.1.4.º LEC por vulneración del derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 24 de la Constitución Española".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Infracción por inaplicación del artículo 1101 CC en relación con el artículo 79 de LMV; arts. 1, 2, 4 y 5 del Anexo del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo sobre normas de actuación en los mercados de valores; artículo 79 y 79 bis de LMV y los artículos 72, 73 y 79 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

"2º) Infracción por inaplicación de los artículos 1101, 1106 y 1107 CC.

"3º) Infracción por inaplicación del artículo 1124 CC en relación con (i) los artículos 79 sexies LMV y 68, 77, 68, 69 y 80 RD 217/2008, (ii) Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipo de interés, comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito; (iii) Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; (iv) Circular 8/1990 de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.

"4º) Infracción por inaplicación de los artículos 1124 y 1303 CC y jurisprudencia que los interpreta".

2. Por diligencia de ordenación de 24 de octubre de 2017, la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 3.ª tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la entidad Iberinox 88 S.A., representada por la procuradora María Pilar López Revilla; y como parte recurrida la entidad Banco de Santander S.A. representado por el procurador Eduardo Codes Feijóo.

4. Esta sala dictó auto de fecha 30 de octubre de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la entidad Iberinox 88 S.A. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 20 de julio de 2017, por la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 3.ª, en el rollo de apelación n.º 279/2017, dimanante del juicio ordinario n.º 134/2015, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Bilbao".

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

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 20 de febrero de 2020, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia, tal y como deja constancia de ellos la sentencia recurrida.

El 28 de mayo de 2004, Iberinox 88 S.A. concertó con Banco Santander un acuerdo marco de operaciones financieras, al amparo del cual se suscribieron después las siguientes contrataciones:



i) Un primer contrato de permuta financiera sobre un nocional de 1.000.000 euros, concertado ese mismo día. Antes de su vencimiento, el 21 de julio de 2005, a instancia del banco, se canceló y sustituyó por otra permuta financiera sobre un nocional de 4.000.000 euros, y por un periodo de vencimiento de tres años. Este segundo swap generó primero rendimientos positivos para Iberinox de 70.748,33 euros (liquidaciones de noviembre de 2005 a mayo de 2006) y luego pérdidas de 116.257 euros. El 22 de septiembre de 2006, este segundo swap fue sustituido por un tercer swap, por un periodo de dos años y por el mismo importe, que arrojó tres liquidaciones positivas de 38.884,33 euros, 39.446,78 euros y 41.678 euros.

ii) Antes de que concluyera el periodo de vigencia de este tercer swap, fue sustituido a instancia del banco por un swap de tipos de interés con opción de conversión unilateral y con Cap y knock out, el 19 de septiembre de 2007. Este swap generó unas liquidaciones negativas de 463.774,67 euros.

iii) Y el 13 de noviembre de 2008, también a instancia del banco, Iberinox también concertó un swap ligado a la inflación. El riesgo de coste de cancelación para el cliente se cifró en 648.915,65 euros.

En febrero de 2009, Iberinox solicitó la cancelación de este swap de inflación, petición que no fue atendida hasta que no transcurriera un plazo mínimo, lo que a la postre generó un coste de cancelación de 960.379,26 euros.

**2.** Iberinox formuló una demanda contra Banco Santander en la que ejerció las siguientes acciones:

Respecto del swap de tipos de interés de 19 de septiembre de 2007, pidió que se declarara que el banco había incumplido "sus obligaciones legales de información, diligencia, transparencia, imparcialidad e interdicción del conflicto de interés en la contratación de este swap", y que se condenara al banco a indemnizarle los perjuicios sufridos, en concreto 463.774,67 euros, que es el resultado neto de las liquidaciones, así como los intereses legales de cada desembolso (positivo o negativo).

Respecto del swap de inflación, ejerció una primera acción principal: que se declarara el incumplimiento de Banco de Santander de "sus obligaciones legales de información, diligencias, transparencia, imparcialidad e interdicción del conflicto de interés en la contratación del swap de inflación, declarándose resuelto el contrato fundado en dicho incumplimiento, sin coste de cancelación alguno a cargo de la demandante". Y en su consecuencia que se condenara a la demandada a pagar a Iberinox 771.233,20 euros, correspondiente a la suma del resultado neto de sus liquidaciones, más las que se devengaran hasta la fecha de la sentencia, así como al pago de los intereses legales de cada desembolso (positivo o negativo) desde la fecha de su cargo en cuenta hasta la fecha de la sentencia.

Con carácter subsidiario, primero pidió que se declarara el incumplimiento de Banco Santander "de sus obligaciones legales de información, diligencia, transparencia, imparcialidad e interdicción del conflicto de interés en la contratación del swap de inflación, declarándose resuelto el contrato fundado en dicho incumplimiento" con efectos al día 3 de febrero de 2009, en que fue solicitado por la demandante, sin coste de cancelación, o, subsidiariamente, "asumiendo Iberinox el coste de cancelación del producto existente a tal fecha por importe de 276.976,10 euros", lo que debería compensarse con el importe a cargo de la demandada a que se refiere el extremo siguiente. Y luego pidió, también, la condena de Banco Santander a pagar a Iberinox 771.233,20 euros que se corresponden con la suma del resultado neto de las liquidaciones abonadas desde el día 3 de febrero de 2009, más las que se devengaran hasta la fecha de la sentencia, así como los intereses legales de cada desembolso desde la fecha de su cargo en cuenta.

**3.** La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda. El juzgado aprecia que estos dos swaps fueron contratados a instancia del banco, sin que se informara a la demandante de los concretos riesgos que conllevaban, y advierte un incumplimiento del banco de la obligación de información y de asesoramiento previo, en la fase precontractual. También afirma acoger la tesis de la demandante "de incumplimiento leal e imparcial de la parte demandada, no por incumplimiento del contenido estricto del contrato sino por el incumplimiento de la comunicación leal de la evolución negativa de los tipos de interés y de la inflación, inserta en la información precontractual derivada del contrato de asesoramiento personalizado en el que se inserta la relación contractual, sin permitirle la cancelación anticipada en el momento en que fue solicitada, dentro de un ámbito de igualdad y proporcionalidad de partes, habida cuenta de que las anteriores reestructuraciones se efectuaron a instancia de la parte demandada, en el momento en que lo consideró oportuno y sustentado en un beneficio para la actora (...)". En consecuencia, afirma estimar la pretensión principal, declara la procedencia de la resolución de ambos swaps por incumplimiento de las obligaciones del banco, pero limita la condena al pago del importe de las liquidaciones negativas (se entiende el saldo neto) que en el swap de intereses era de 463.774,67 euros y en el swap de inflación de 494.437 euros.

**4.** La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por ambas partes. La Audiencia estima el recurso del banco, por entender que el incumplimiento de las obligaciones de información previstas para la





comercialización de productos financieros complejos no puede justificar la resolución del contrato, sino tan sólo la nulidad por error vicio de los contratos afectados. Y, en su consecuencia, tiene por desestimada la apelación de la demandante.

Iberinox pidió aclaración y complemento de la sentencia, que fue desestimado por el tribunal de apelación.

5. Frente a la sentencia de apelación, la demandante ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal se articula en tres motivos. Los dos primeros, al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC, denuncian dos infracciones distintas de los arts. 216 y 218.1º LEC (referidos a los principios de congruencia y de justicia rogada), y el tercero, de forma subsidiaria, vuelve a denunciar las dos anteriores infracciones por el cauce del ordinal 4º. Como expondremos al analizar los motivos, estas infracciones pueden ser analizadas como motivos del recurso extraordinario por infracción procesal si se denuncian al amparo del ordinal 2º, no del ordinal 4º, y en todo caso, si no se estiman los motivos que se amparan en el ordinal 2º, no existiría razón para que pudieran ser estimados por haberse denunciado de forma subsidiaria al amparo del ordinal 4º. De tal forma que en caso de desestimación de los dos primeros motivos, no será necesario entrar a analizar el tercero, ya que se entenderá desestimado porque resultaba indebida su admisión.

El recurso de casación se funda en cuatro motivos, aunque en realidad solo son dos, el primero y el tercero. El segundo no lo es porque se refiere a las consecuencias de que se estime el motivo primero, y el cuarto tampoco lo es porque se refiere a las consecuencias de que se estime el motivo tercero.

### **SEGUNDO.** *Recurso extraordinario por infracción procesal*

1. *Formulación del motivo primero.* El motivo se ampara en el ordinal 2º del art. 469.1 LEC y denuncia la infracción de los arts. 216 y 218.1º LEC, referidos al principio de congruencia y de justicia rogada.

En el desarrollo del motivo se razona que la sentencia recurrida parte de la premisa equivocada de que las únicas pretensiones actuadas por Iberinox en su demanda eran la resolución de ambos productos financieros (el swap de intereses y el swap de inflación). Y no se pronuncia sobre las otras pretensiones ejercitadas en la demanda, en concreto, sobre los daños causados a Iberinox por la contratación de los productos litigiosos.

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

2. *Desestimación del motivo primero.* En este motivo se denuncia la incongruencia omisiva de la sentencia recurrida que, al estimar el recurso de apelación del banco demandado y tener por desestimada la demanda, no se pronuncia sobre todas las pretensiones de la demandante.

Como en otras ocasiones, hemos de partir del marco jurisprudencial sobre el deber de congruencia de las sentencias, contenido, entre otras, en la sentencia 450/2016, de 1 de julio:

"Con carácter general, venimos considerando que "el deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el *petitum* [petición] y la causa *petendi* [causa de pedir] y el fallo de la sentencia" ( Sentencias 173/2013, de 6 de marzo). "De tal forma que para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido ("*ultra petita*") , o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes ("*extra petita*") y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes ("*infra petita*") , siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita. Se exige por ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de la demanda y, en su caso, de contestación a la demanda y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito" ( Sentencias 468/2014, de 11 de septiembre, y 375/2015, de 6 de julio).

En nuestro caso, las acciones ejercitadas en la demanda varían, según se refieran al swap de intereses o al swap de inflación. Es cierto que respecto de la contratación de ambos, se denunciaba la infracción por el banco de "sus obligaciones legales de información, diligencia, transparencia, imparcialidad e interdicción del conflicto de interés". Pero en el caso del swap de intereses se ejercitaba una acción de indemnización de daños y perjuicios, al amparo del art. 1101 CC; mientras que respecto del swap de inflación se ejercitaba, con carácter principal, una acción de resolución del contrato de swap basada en el incumplimiento de esas obligaciones, y no una acción de indemnización de daños y perjuicios ex art. 1101 CC.

La sentencia de apelación entiende procedente desestimar todas estas pretensiones porque no cabe basar la resolución de un contrato en el incumplimiento de obligaciones previas a su perfeccionamiento. Con ello es cierto que, como luego se denuncia en el primer motivo de casación, la sentencia incurre en un error al aplicar una doctrina improcedente a la acción ejercitada de indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento



de las obligaciones del banco en la comercialización de productos financieros complejos respecto del swap de intereses, puesto que propiamente no se interesaba la resolución del contrato. Pero este error debe ser atacado, como lo ha sido, a través del recurso de casación, por inaplicación de la norma jurídica que regía la acción ejercitada, el art. 1101 CC. Propiamente no cabe hablar de incongruencia omisiva, pues la sentencia de apelación desestima íntegramente todas las pretensiones, también la de indemnización de daños por la contratación del swap de intereses, esto es, no deja de pronunciarse sobre esta pretensión, sin perjuicio de que lo haga equivocadamente al fundar su desestimación en unas razones que se adaptan bien a la pretensión resolutoria del swap de inflación, pero no a esta pretensión indemnizatoria por el swap de intereses.

En última instancia, la sentencia recurrida es absolutoria de las pretensiones contenidas en la demanda, y conforme a la jurisprudencia de esta sala (recogida entre otras en la sentencia 722/2015, de 21 de diciembre), las sentencias absolutorias por regla general no pueden incurrir en incongruencia omisiva:

"En el caso de las sentencias absolutorias, como la presente, es jurisprudencia que "las sentencias absolutorias no pueden ser por lo general incongruentes, pues resuelven sobre todo lo pedido, salvo que la desestimación de las pretensiones deducidas por las partes se hubiera debido a una alteración de la causa de pedir o a la estimación de una excepción no opuesta por aquellas ni aplicable de oficio por el juzgador" ( Sentencias 476/2012, de 20 de julio, y 365/2013, de 6 de junio). De tal forma que, como puntualiza esta última Sentencia 365/2013, de 6 de junio, "la sentencia desestimatoria de la demanda es congruente salvo que ignore injustificadamente un allanamiento, la desestimación de la demanda principal venga determinada por la estimación de una reconvencción o una excepción no formuladas (en este último caso, salvo cuando sea apreciable de oficio), o pase por alto una admisión de hechos, expresa o tácita, realizada por el demandado".

**3. Formulación del motivo segundo.** El motivo también se ampara en el ordinal 2º del art. 469.1 LEC y denuncia la infracción de los arts. 216 y 218.1º LEC, referidos al principio de congruencia y de justicia rogada.

En el desarrollo del motivo se denuncia que la sentencia recurrida "prescinde de todo análisis y decisión" sobre la pretensión subsidiaria planteada en el apartado 2 a) y b) del suplico de la demanda, que se refiere al swap de inflación y consiste "en la resolución del contrato por el incumplimiento de Banco Santander de su deber de cancelarlo en la fecha en que así fue solicitado por Iberinox (03/02/2009) sin coste de cancelación alguno para el cliente o, en su caso, asumiendo Iberinox el coste de cancelación del producto existente a tal fecha por importe de 276.796,10 euros".

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

**4. Desestimación del motivo segundo.** En primer lugar, conviene advertir que la postura del banco recurrido de considerar improcedente este motivo porque la cuestión relativa a la resolución del swap de inflación basada en el incumplimiento de la orden de cancelación había quedado ya firme en primera instancia no es correcta. En el escrito de oposición a este motivo segundo de infracción procesal se hace una valoración errónea sobre lo que era objeto de controversia en primera instancia y en segunda instancia.

La sentencia dictada en primera instancia estimó íntegramente las pretensiones relacionadas con el swap de intereses y respecto de las pretensiones relacionadas con el swap de inflación estimó en parte la acción principal, de tal forma que declaró resuelto el swap, sin perjuicio de que sólo condenara a indemnizar el saldo negativo de las liquidaciones practicadas, y no el coste de cancelación. Al estimar esta acción principal, no entró en las subsidiarias, entre las que se encontraba la resolución por incumplimiento de la orden de cancelación dada por el cliente.

De tal forma que cuando la Audiencia estima el recurso de apelación del banco y entiende improcedente las pretensiones ejercitadas en la demanda, deja sin efecto los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia respecto de ambos swaps, el de intereses y el de inflación, y respecto de este último al desestimarse la pretensión principal, se entiende que resuelve también la pretensión subsidiaria (resolución del swap por incumplimiento de la orden de cancelación), aplicándole la misma doctrina de la improcedencia de la resolución.

**5.** Al entrar a resolver el motivo hemos de partir de la jurisprudencia expuesta en el apartado 2 de este fundamento jurídico segundo, sobre la incongruencia omisiva.

En este caso se denuncia la falta de pronunciamiento expreso de la sentencia recurrida sobre la pretensión contenida en la demanda de resolución del swap de inflación por incumplimiento por parte del banco del deber de cancelarlo cuando fue requerido para ello por el cliente, el 3 de febrero de 2009. También en este caso resulta de aplicación la doctrina expuesta sobre las sentencias absolutorias, en cuanto que se entiende desestimada esa pretensión. Al margen de que las razones aducidas, la extensión de aquellas por las que se desestimaba la resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones legales impuestas al banco que comercializa productos financieros complejos, puedan resultar improcedentes, como se denuncia en el motivo tercero de



casación. Y es que el cauce adecuado para impugnar este extremo de la sentencia, es el recurso de casación, por la infracción de la normativa que resultaba procedente aplicar.

### **TERCERO. Motivo primero de casación**

**1. Formulación del motivo primero.** El motivo denuncia la infracción por inaplicación del art. 1101 CC en relación con el art. 79 LMV (en la redacción vigente al tiempo de suscribirse el swap de intereses), los arts. 1, 2, 4 y 5 del anexo del RD 629/1993, de 3 de mayo; así como los arts. 79 y 79 bis LMV (en la redacción vigente al tiempo de suscribirse el swap de inflación), los arts. 72, 73 y 79 RD 217/2008, de 15 de febrero; y la oposición a la jurisprudencia que interpreta estas normas.

En el desarrollo del motivo razona que Iberinox no interesó la nulidad de la contratación de los dos swaps objeto de litigio (el de intereses y el de inflación), basado en el error vicio provocado por un defecto de información; "sino que su causa o fundamento de pedir principal en relación con ambos productos litigiosos fue el incumplimiento por la demandada de sus deberes como asesor financiero del cliente, siendo el de información uno más (no el único) de los que se denunciaron como incumplidos". Y, afirma a continuación, que "en atención a dicha causa o fundamento de pedir, Iberinox reclamó el resarcimiento del daño sufrido y, adicionalmente, sólo en el caso del swap de inflación su resolución".

También argumenta que la resolución del contrato de adquisición del swap de inflación no se basó sólo en el incumplimiento del deber de información, sino en otros. Y, con independencia de esto, la imposibilidad de resolver el contrato por incumplimiento de estos deberes en la contratación de productos financieros complejos, sólo afectaría al swap de inflación y en relación con la pretensión principal.

Procede estimar en parte el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**2. Estimación del motivo.** En primer lugar hemos de partir de las pretensiones contenidas en la demanda respecto de cada uno de los swaps. Empezaremos por el swap de tipos de interés de 19 de septiembre de 2007.

Respecto de este swap, la demanda pedía que se declarara que el banco había incumplido "sus obligaciones legales de información, diligencia, transparencia, imparcialidad e interdicción del conflicto de interés en la contratación de este swap", y que se condenara al banco a indemnizarle los perjuicios sufridos, en concreto 463.774,67 euros, que es el resultado neto de las liquidaciones, así como los intereses legales de cada desembolso (positivo o negativo).

La acción ejercitada no era la de resolución del contrato de adquisición del swap comercializado por Banco Santander por haber incumplido este sus deberes legales relacionados con la comercialización de productos financieros complejos, sino la de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de estos deberes en el marco de la relación de asesoramiento que propició la contratación del swap. Por lo tanto, no resultaba de aplicación la razón esgrimida por la Audiencia para desestimar esta pretensión.

Conforme a la jurisprudencia de esta sala, no puede fundarse una acción de resolución de un contrato de adquisición de productos financieros en el incumplimiento de deberes previos a la contratación, al amparo del art. 1124 CC, "dado que el incumplimiento, por su propia naturaleza, debe venir referido a la ejecución del contrato, mientras que aquí el defecto de asesoramiento habría afectado a la prestación del consentimiento" (sentencia 491/2017, de 13 de septiembre).

Pero sí cabe, como recuerda la sentencia 677/2016, de 16 de noviembre, con cita de otras anteriores, que, en el marco de una relación de asesoramiento prestado por una entidad de servicios financieros y a la vista del perfil e intereses de inversión del cliente, puede surgir una responsabilidad civil al amparo del art. 1101 CC, por el incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones surgidas de esa relación de asesoramiento financiero, que causa al inversor un perjuicio consistente en la pérdida total o parcial de su inversión, siempre y cuando exista una relación de causalidad entre el incumplimiento o cumplimiento negligente y el daño indemnizable. Esta doctrina ha sido reiterada en resoluciones posteriores, recientemente por las sentencias 62/2019, de 31 de enero, y 303/2019, de 28 de mayo.

**3.** En la instancia ha quedado acreditado que este swap de intereses de 19 de septiembre de 2007 fue concertado, como los anteriores, a instancia y por recomendación del director de la sucursal del banco (Conrado), a pesar de que el cliente no tenía necesidad de contratarlo; este swap de 2007 sustituyó a otro anterior (de 22 de septiembre de 2006), que se canceló anticipadamente y que había dado tres liquidaciones positivas a favor de Iberinox (de 38.884,33 euros, 39.446,78 euros y 41.678 euros); esta reestructuración del swap anterior se debió, según reconoció el Sr. Conrado, a una campaña de productos del banco, quien fijó las condiciones del nuevo swap sin que el cliente fuera consciente ni informado de los riesgos que este nuevo swap entrañaba.





El banco, en el marco de la relación de asesoramiento que propició la contratación de estos productos financieros, y en concreto la contratación del swap de tipos de interés, el 19 de septiembre de 2007, incumplió los deberes que respecto de la comercialización de productos financieros complejos le imponía la normativa pre-MiFID, entonces vigente, que según la jurisprudencia de esta sala ya contenía, para las empresas que comercializaban productos financieros complejos, especiales deberes de información. Así lo expresamos, entre otras, en la sentencia 60/2016. de 12 de febrero:

"(T)ambién con anterioridad a la trasposición de la Directiva MiFID, la normativa del mercado de valores daba una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza" ( Sentencias 460/2014, de 10 de septiembre, y 547/2015, de 20 de octubre).

"El art. 79 LMV ya establecía como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de "asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...]".

"Por su parte, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, 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".

El incumplimiento de estos deberes legales, en el marco de la relación de asesoramiento que ligaba a las partes, propició la contratación de un swap que reportó a Iberinox un perjuicio representado por el saldo neto negativo de las liquidaciones practicadas, que han sido cifradas en 463.774,67 euros. Esta cantidad devengará intereses desde la reclamación judicial, en este caso la interposición de la demanda, y no, como se había solicitado en la demanda, desde cada una de las liquidaciones practicadas, en atención a que la acción ejercitada no es la de nulidad, que conlleva la restitución de prestaciones, sino la de indemnización de daños y perjuicios, y estos se han determinado por el saldo neto final de las liquidaciones.

4. En relación con el swap de inflación, concertado el 13 de noviembre de 2008, a juzgar por el suplico de la demanda, es claro que se ejercitó una primera acción principal de resolución del contrato por incumplimiento de obligaciones del banco previas al perfeccionamiento del contrato de swap: pidió que se declarara el incumplimiento de Banco de Santander de "sus obligaciones legales de información, diligencias, transparencia, imparcialidad e interdicción del conflicto de interés en la contratación del swap de inflación, declarándose resuelto el contrato fundado en dicho incumplimiento, sin conste de cancelación alguno a cargo de la demandante"; y, en su consecuencia que se condenara a la demandada a pagar a Iberinox 771.233,20 euros, correspondiente a la suma del resultado neto de sus liquidaciones, más las que se devengaran hasta la fecha de la sentencia, así como al pago de los intereses legales de cada desembolso (positivo o negativo) desde la fecha de su cargo en cuenta hasta la fecha de la sentencia.



La acción ejercitada con carácter subsidiario también era resolutoria, pues la previa declaración de incumplimiento va anudada, mediante un gerundio, a la resolución del contrato ("declarándose resuelto el contrato fundado en dicho incumplimiento..."); y las peticiones de condena son consecuencia de la resolución por incumplimiento.

#### **CUARTO.** *Motivo tercero del recurso de casación*

**1. Formulación del motivo.** El motivo denuncia la "infracción por inaplicación del art. 1124 CC, en relación con (i) los arts. 79 sexies LMV y 68, 77, 68, 69 y 80 RD 217/2008; (ii) la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito; la (iii) Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; (iv) la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela".

En el desarrollo del motivo se razona que la sentencia recurrida infringe el art. 1124 CC al haber desestimado la acción ejercitada con carácter subsidiario, respecto del swap de inflación, de resolución con fecha 3 de febrero de 2009 en que el cliente solicitó del banco la cancelación del swap y el banco desatendió esta petición.

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación,

**2. Estimación del motivo.** Partimos de que en la instancia quedó acreditado que, el 3 de febrero de 2009, Iberinox comunicó al banco, a través del director de la sucursal con que operaba, el Sr. Conrado, la orden de cancelación del swap de inflación que había sido concertado el 13 de noviembre de 2008. El banco desatendió esta orden de cancelación y así lo comunicó al cliente. La razón de la negativa era que no había transcurrido el periodo de tiempo mínimo de seis meses.

En el marco de la relación de comercialización del swap de inflación, el banco, de acuerdo con el art. 79 sexies de la LMV entonces en vigor, debía haber cumplido con la orden de cancelación. Es muy relevante que el banco en su escrito de oposición al recurso, como ocurrió con el de contestación a la demanda, omita una justificación de por qué no podía atenderse a esa cancelación y, en concreto, por qué no podía cancelarse dentro los primeros seis meses, que es lo que se contiene en la comunicación por la que deniega la orden de cancelación. A falta de una justificación jurídica que mostrara que el banco no podía atender a esta orden de cancelación, debemos entender que incumplió la obligación de atender a ella, razón por la cual procedería tener por correctamente resuelto en ese momento el swap con las siguientes consecuencias. Al cliente le correspondía pagar el coste de cancelación que entonces operaba, que entendemos es de 276.796,10 euros porque no ha sido contradicho por el banco. Y las partes deben restituirse las liquidaciones posteriores al 3 de febrero de 2009, más los intereses devengados desde cada una de ellas, lo que se determinará en ejecución de sentencia.

#### **QUINTO.** *Costas*

**1.** Desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal, imponemos al recurrente las costas de su recurso ( art. 398.1 LEC).

**2.** Estimado el recurso de casación, no hacemos expresa condena en costas ( art. 398.2 LEC).

**3.** La estimación del recurso ha supuesto la estimación en parte tanto del recurso de apelación de Banco Santander como del recurso de apelación de Iberinox, por lo que no procede hacer expresa condena de las costas generadas por ambos recursos ( art. 398.2 LEC).

**4.** Estimadas en parte las pretensiones de ambas partes, no hacemos expresa condena de las costas generadas en primera instancia ( art. 394 LEC).

**5.** Se acuerda la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal, y la devolución del depósito constituido para recurrir en casación, según dispone la Disposición Adicional 15.ª, apartados 8.ª y 9.ª, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

## **FALLO**

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

**1.º** Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Iberinox 88 S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia (Sección 3.ª) de 20 de julio de 2017 (rollo 279/2017).

**2.º** Estimar el recurso de casación interpuesto por Iberinox 88 S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia (Sección 3.ª) de 20 de julio de 2017 (rollo 279/2017), cuya parte dispositiva modificamos en el siguiente sentido.



**3.º** Estimar en parte los recursos de apelación interpuestos por Banco Santander S.A. y por Iberinox 88 S.A. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Bilbao de 16 de noviembre de 2016, cuya parte dispositiva modificamos en el siguiente sentido.

**4.º** Estimar en parte la demanda interpuesta por Iberinox 88 S.A. contra Banco Santander S.A. el siguiente sentido:

i) declarar que Banco Santander S.A. incumplió sus obligaciones legales en la comercialización del swap de tipos de interés de 19 de septiembre de 2007 y condenarle a indemnizar a Iberinox el perjuicio sufrido, representado por el saldo neto negativo de las liquidaciones practicadas y cifrado en 463.774,67 euros, más los intereses devengados por esta cantidad desde la reclamación judicial.

ii) Declarar que Banco Santander S.A. incumplió la orden de cancelación del swap de inflación de 13 de noviembre de 2008, dirigida el 3 de febrero de 2009; tener por resuelta la contratación de este swap (se entiende en la relación entre Banco Santander e Iberinox 88) a la fecha en que se ordenó su cancelación, con el coste de cancelación para el cliente que entonces operaba (276.796,10 euros); y ordenar la restitución de las prestaciones recibidas por las liquidaciones practicadas con posterioridad al 3 de febrero de 2009, más los intereses devengados desde cada una de esas liquidaciones, lo que deberá fijarse en ejecución de sentencia.

iii) Desestimar el resto de las pretensiones ejercitadas en la demanda.

**5.º** Imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a Iberinox 88 S.A.

**6.º** No hacer expresa condena de las costas ocasionadas por el recurso de casación, los recursos de apelación y las de primera instancia.

**7.º** Se acuerda la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución del depósito constituido para recurrir en casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.