



Roj: **STS 2162/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2162**

Id Cendoj: **28079110012017100339**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/06/2017**

Nº de Recurso: **2053/2014**

Nº de Resolución: **351/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 3256/2014,**
STS 2162/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 1 de junio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por las mercantiles Santo Tomé Uno S.L, Energía Limpia 2005 S.L., Inversiones Energía Solar Soriana S.L., Inversiones Energéticas Shedar S.L., Eurovolt 2005 S.L. y Bepakasy 2005 S.L. representadas por el procurador D. Guillermo García San Miguel Hoover bajo la dirección letrada de D. Benjamín José Prieto Clar, contra la sentencia dictada el 25 de junio de 2014 por la sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia en el recurso de apelación n.º 130/2014 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1812/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 25 de Valencia, sobre contratos civiles y mercantiles. Ha sido parte recurrida Bankia S.A., representada por el procurador D. Francisco José Abajo Abril y bajo la dirección letrada de D. M.ª Asunción Lluç Gayán.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- Las entidades Santo Tome Uno S.L., Energía Limpia 2005 S.L., Inversiones Energía Solar Soriana S.L., Inversiones Energéticas Shedar S.L., Eurovolt 2005 S.L. y Bepakasy 2005 S.L., interpusieron a través de su representación procesal, demanda de juicio ordinario contra Bankia S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

«...declarando la nulidad radical de los seis citados contratos swap, con la retrocesión de todas las liquidaciones practicadas desde el inicio y devolución de las mismas a mi representada (con compensación de las positivas), por importe neto de 169.044,06 euros, con los intereses legales correspondientes y expresa condena en costas de la demandada».

2.- La demanda fue presentada el 20 de noviembre de 2012 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 25 de Valencia y fue registrada con el núm. 1812/2012 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- Bankia, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«Dicte sentencia por la que desestime íntegramente la demanda presentada por Santo Tome Uno S.L., Energía Limpia 2005 S.L., Inversiones Energía Solar Soriana S.L., Inversiones Energéticas Shedar S.L., Eurovolt 2005 S.L. y Bepakasy 2005 S.L.».



4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza de Adscripción Territorial en funciones de apoyo al Juzgado de Primera Instancia n.º 25 de Valencia dictó sentencia núm. 214/2013 de fecha de 2 diciembre de 2013, con el siguiente fallo:

«Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por la procuradora D.ª Laura Oliver Ferrer en nombre y representación de las entidades Santo Tomé Uno S.L., Energía Limpia 2005 S.L., Inversiones Energía Solar Soriana S.L., Inversiones Energéticas Shedar S.L, Eurovolt 2005 S.L., Bepakasly 2005 S.L., contra Bankia S.A., representada por el procurador D. Onofre Marmaneu Laguía, y declaro la nulidad de los seis contratos de swap celebrados entre las demandantes y la demandada en febrero de 2007; y debo condenar y condeno a Bankia a restituir a las demandantes la cuantía de 169.044,06 euros (cuantía resultante de la retrocesión de todas las liquidaciones practicadas desde el inicio y devolución de las mismas por las demandantes, con compensación de las positivas), más los intereses legales desde la interposición de la demanda; con imposición de las costas a la demandada».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Bankia.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, que lo tramitó con el número de rollo 130/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 25 de junio de 2014, cuyo fallo dispone:

«Se estima el recurso de apelación interpuesto por Bankia S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia 25 de Valencia -apoyo- con fecha 2/12/13, que se revoca y, en su lugar, se desestima íntegramente la demanda interpuesta por Santo Tomé Uno SL, Energía Limpia 2005 SL, Inversiones Energía Sola Soriana SL, Inversiones Energéticas Shedar SL, Eurovolt 2005 SL, Bepakasly 2005 SL, contra Bankia SA, no dando lugar a la nulidad contractual pretendida, y absolviendo a la entidad bancaria, con imposición a los demandantes de las costas de primera instancia, sin expresa imposición de las de esta alzada».

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- Santo Tomé Uno S.L., Energía Limpia 2005 S.L., Inversiones Energía Solar Soriana S.L., Inversiones Energéticas Shedar S.L, Eurovolt 2005 S.L. y Bepakasly 2005 S.L., interpusieron recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue el siguiente:

«Por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, así como por existir jurisprudencia contradictoria de las diferentes Audiencias Provinciales».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 21 de septiembre, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de las entidades Santo Tomé Uno S.L.U., Energía Limpia 2005 S.L., Inversiones Energía Solar Soriana S.L., Inversiones Energéticas Shedar S.L, Eurovolt 2005 S.L., Bepakasly 2005 S.L., contra la sentencia dictada, el día 25 de junio de 2014, por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9.ª), en el rollo de apelación n.º 130/2014, dimanante del juicio ordinario n.º 1812/2012, del Juzgado de Primera Instancia n.º 25 de Valencia..»

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito, quedando el presente recurso de casación pendiente de vista o votación y fallo.

4.- Por providencia de 3 de abril de 2017 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 30 de mayo de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El litigio causante del presente recurso de casación versa sobre la declaración de nulidad, por error vicio del consentimiento, de 6 contratos de permuta financiera de tipos de interés (swap) celebrados con anterioridad a la incorporación al Derecho español de la normativa «MiFID» (acrónimo de la Directiva de los Mercados de Instrumentos Financieros, en inglés *Markets in Financial Instruments Directive*).

En lo que interesa para la resolución del recurso, los hechos más relevantes para entender las cuestiones sometidas a esta sala, tal como han sido fijados en la instancia, son los siguientes:



1.- Santo Tomás Uno S.L., Energía Limpia 2005 S.L., Inversiones Energía Solar Soriana SL, Inversiones Energéticas Shedar S.L., Eurovolt 2005 S.L., Bepakasy 2005 S.L. (en adelante las demandantes o la parte actora) son seis sociedades dedicadas a la producción de energía eléctrica que se agruparon para mejorar la explotación de sus huertos solares. En 2006 cada una de ellas suscribió un contrato de leasing en una sucursal de BANCAJA (en la actualidad BANKIA SA, en adelante, Bankia) por un importe de 743.446,32 euros y en 2007 cada una de ellas suscribió en la misma entidad un contrato de swap (producto IRS) por un importe nominal de 590.000 euros. La fecha de inicio de los swaps era el 21 de junio de 2007 y el vencimiento el 21 de junio de 2012. Cada una de las entidades recibe liquidaciones positivas y negativas, que van satisfaciendo a medida que se van liquidando. El resultado de tales liquidaciones resulta negativo para las entidades, por un importe individual de 28.174,01 euros.

El 20 de diciembre de 2012, las demandantes interponen contra Bankia una demanda por el importe total de la suma de lo pagado en cumplimiento de los swaps por todas las entidades (en total 169.044,06 euros, cuantía en la que se fija el procedimiento). Solicitan la declaración de nulidad radical de los contratos de swaps con devolución a las actoras de las liquidaciones abonadas.

2.- La sentencia dictada en primera instancia estimó la demanda, declaró la nulidad de los seis contratos de swap y condenaba a la demandada a restituir a las demandantes la cuantía de 169.044,06 Euros («cuantía resultante de la retrocesión de todas las liquidaciones practicadas desde el inicio y devolución de las mismas por las demandantes con compensación de las positivas, más los intereses legales desde la interposición de la demanda»), con imposición de costas a la demandada.

La sentencia argumentaba que del examen de la prueba documental resultaba acreditado que la demandada no ofreció suficiente información del producto a los demandantes, lo que llevó a aquellos a considerar que estaban contratando un seguro que les protegía de las subidas del euríbor, convirtiendo su tipo variable en fijo y les indujo a error excusable sobre la esencia del negocio, máxime porque la información de la demandada no era clara y utilizaba, asimismo, la argumentación de que se trataba de un seguro. Considera asimismo que aunque se ha acreditado que algunos demandantes eran apoderados de otras mercantiles, no resulta de ello experiencia o conocimientos en el ámbito financiero, rechazando, incluso -pese a que uno de los legales representantes era economista- que poseyera específicos conocimientos en la materia -porque no se estudiaba en la Universidad-. Rechazó la tesis de la demandada de que existía confirmación tácita, porque no hay voluntad alguna al efecto por parte de los demandantes, sin que el enlace entre esta consecuencia y el pago de las liquidaciones negativas sea suficiente, porque aquel pago implica simplemente la asunción de pérdidas por parte del perjudicado, sin efecto adicional, por lo que considera procede dar lugar a la nulidad por vicio en el consentimiento, derivado de error, con efectos *ex tunc* y con obligación de restitución *in integrum*.

3.- La demandada interpuso recurso de apelación en el que, en síntesis, alegó: a) Inviabilidad de la acción ejercitada porque los contratos ya estaban vencidos a la fecha de la interposición de la demanda, y se aceptaron todas las liquidaciones positivas y negativas de los mismos. b) Error en la valoración de la prueba, ya que la información proporcionada por BANKIA fue suficiente y adecuada para que los demandantes formaran su consentimiento. c) Vulneración de la teoría de los actos propios y error en la valoración de la prueba. Inexistencia de error. d) Vulneración del artículo 394 LEC . Existencia de dudas relevantes y razonables, que determinarían la no imposición de costas.

Formulada oposición por la demandante recurrida, la sentencia de la Audiencia estima el recurso, desestima la demanda y declara que no ha lugar a la nulidad pretendida.

A efectos de pronunciarse sobre si la información proporcionada por la demandada fue suficiente y adecuada teniendo en cuenta las circunstancias de la actora y si hubo error y este es excusable, la sentencia hace una declaración general del siguiente tenor:

«Cabe resaltar, de entrada, que el análisis, en un solo procedimiento, de la nulidad relativa a seis distintos contratos encuentra acomodo en el artículo 72,2 LEC porque todos los contratos analizados son de características análogas, de idénticos resultados y suscritos en la misma fecha, con la misma oficina, y con un contrato precedente de leasing, en todos los casos. Todas las sociedades demandantes tienen como actividad esencial el desarrollo y producción de energía eléctrica por efecto fotovoltaico en huertos y solares, puestos en marcha al mismo tiempo. No hubo -en ningún caso se relata de este modo en la demanda- negociaciones distintas con cada uno de los legales representantes de las sociedades, sino una común información contractual, encauzada a través de los representantes, con relación directa con el director de la oficina bancaria, y, posteriormente -así resulta de la testifical- la remisión por correo electrónico de los contratos, y, tras su impresión por los demandantes, la firma de los mismos y devolución a la actora del documento en soporte/papel. Así pues, ni podemos individualizar el nivel de conocimiento de cada uno de los legales representantes, ni tampoco su nivel de preparación y/o conocimiento previo de este tipo de producto,



sino considerar que, a todos ellos, se les confirió traslado del documento previamente a su firma, que medió un plazo de cuatro meses desde la fecha de la firma hasta la de inicio de efectos del contrato, y que, en este largo período intermedio, pudo -no se hizo así- por los demandantes, interesar información personalizada sobre el producto, habiendo tenido a su disposición el contrato antes de firmarlo con gran antelación a su fecha de efectos».

La sentencia valora, además: i) los actos propios de la parte demandante, que cumplió lo pactado, tanto cuando hubo liquidaciones positivas como cuando fueron negativas, sin formular reclamación; ii) de las declaraciones de los representantes legales de las sociedades resulta que tenían un conocimiento bastante certero de lo contratado, la explicación de lo captado es significativa y no revela error relevante; iii) puntualiza además que en el momento de celebración de los contratos no estaba en vigor la normativa MiFID por lo que sí era exigible la información sobre las características de los productos pero no la realización de los test de conveniencia e idoneidad; iv) de las declaraciones del director y subdirectora de la oficina se infiere tanto la existencia de información precontractual, y, en cualquier caso, la puesta a disposición, con gran antelación, del contrato, para su examen, y, en su caso, suscripción, que no se produjo en un solo acto, y fue, por el contrario, muy posterior -más de seis meses después- de suscribirse los contratos de leasing; v) durante la ejecución del contrato no hubo denuncia alguna de error, solo una petición de cancelación anticipada por amortización parcial del leasing, por lo que cabe apreciar que, aun aceptando que existiera error, hubo confirmación; vi) no son demandantes, contra lo que dice la sentencia de primera instancia, los representantes legales de las sociedades contratantes, sino estas últimas, por lo que se está fuera de la contratación de empresas con consumidores y cita a este respecto la sentencia de 29 de octubre de 2013 que, en el caso, consideró difícil de admitir que la sociedad demandante, con la experiencia de mercado y de relaciones con entidades bancarias padeciera error.

4.- La parte demandante interpone recurso de casación contra la sentencia dictada en segunda instancia.

SEGUNDO.- El escrito de interposición del recurso de casación afirma literalmente que:

«La sentencia es susceptible de ser recurrida en casación por "doble motivo" conforme a lo dispuesto en:

»- El art. 477.2.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por cuando se trata de sentencia dictada por la Audiencia Provincial que ha puesto fin a la segunda instancia, y la cuantía del asunto, a efectos casacionales, excede de 600.000 euros.

»- El art. 477.2.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por cuando se trata de sentencia dictada por la Audiencia Provincial que ha puesto fin a la segunda instancia, y la resolución del recurso presenta interés casacional por resolver puntos y cuestiones sobre los que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales».

Se afirma que:

«Respecto a las cuestiones sobre los que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, son estos tres: i) Si el clausulado de los contratos swaps comercializado por las entidades bancarias, por sí mismos y sin ninguna otra explicación adicional, contiene información suficiente para que el producto sea comprendido por un cliente minorista, o si por el contrario requiere de información adicional sin la cual se produce un error en el consentimiento del minorista que suscribe. ii) Si las cláusulas de cancelación de dichos contratos swaps son suficientemente claras o si por el contrario no lo son, y esa oscuridad conlleva la nulidad de propio contrato. iii) Si, respecto a los contratos swaps, la información facilitada por el banco al cliente debe ser probado por el demandante o se invierte la carga de dicha prueba y deber ser probado por la entidad bancaria demandada».

Por lo que se refiere a las sentencias contradictorias que se aportan se señala que son «todas ellas relativas a Pymes con perfil de cliente minorista que suscriben un contrato de permuta con entidad bancaria». Según la opinión de la recurrente, aplicarían el criterio incorrecto: la sentencia recurrida 191/2014 de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9.ª y las sentencias 439/2011 de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9.ª; 136/2011, de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9.ª; 375/2012 de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9.ª; 337/2012, de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9.ª; 17/2011, de la Audiencia Provincial de Ávila, sección 1.ª; 211/2010 de la Audiencia Provincial de Ávila, sección 1.ª; 220/2011 de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5.ª; 69/2011 de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2.ª; 576/2011 de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5.ª; 9/2011 de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5.ª. Según la recurrente, aplicarían el criterio correcto: sentencias 234/2011 de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 1.ª, 313/2011, de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3.ª; 195/2011, de la Audiencia Provincial de Palencia, sección 1.ª; 240/2011, de la Audiencia Provincial de Palencia, sección 1.ª; 267/2011, de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 3.ª; 445/2010, de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 3.ª; 338/2001, de la Audiencia Provincial de Girona, sección 1.ª; 68/2011, de la Audiencia



Provincial de Girona, sección 1.ª; 539/2010 , de la Audiencia Provincial de Gijón, sección 7.ª; 462/2010 , de la Audiencia Provincial de Gijón, sección 7.ª; 217/2011 , de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª; 20/2011 , de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª; 510/2011 , de la Audiencia Provincial de Lugo, sección 1.ª; 400/2011 , de la Audiencia Provincial de Lugo, sección 1.ª; 81/2011, de la Audiencia Provincial de Lugo ; 166/2011 , de la Audiencia Provincial de Oviedo, sección 5.ª; 83/2011 , de la Audiencia Provincial de Oviedo, sección 4.ª; 404/2010 , de la Audiencia Provincial de Oviedo, sección 4.ª; 132/2011 , de la Audiencia Provincial de Oviedo, sección 6.ª; 25/2010, de la Audiencia Provincial de Oviedo, sección 5.ª y 294/2011, de la Audiencia Provincial de Oviedo, sección 4.ª».

Más adelante, el escrito de interposición, bajo un epígrafe de «fundamentación del recurso» expone: i) «Primero. Infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso» y ii) «Segundo. Existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales».

Identifica como normas infringidas: «los arts. 1088 , 1091 , 1254, siguientes y concordantes del Código Civil y en especial 1258 , 1265 , 1266 , 1269 , 1300 y 1301 ; del art. 79, siguientes y concordantes de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores ; del RD 629/1993, de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, de la Directiva 2006/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2006 y de la directiva 93/13/CEE y del Consejo de 5 de abril de 1993».

En el desarrollo del «primero» de los apartados que identifica como «fundamentación del recurso» realiza primero unos comentarios sobre la evolución legislativa de la regulación de los servicios de inversión; expone que, de acuerdo con la sentencia 244/2013, de 18 de abril , aunque el contrato se celebrara antes de la incorporación de la Directiva 2004/39/CE, el Derecho aplicable debe ser interpretado conforme a la misma; añade que, cuando menos por analogía, conforme al art. 4.1 CC , este producto debe ser comercializado con aplicación de la normativa que exige unos requisitos mínimos de información y que, en todo caso, la redacción entonces vigente de los arts. 78 y 79 LMV y la normativa de desarrollo contenida en el Real Decreto 629/1993 ya establecía obligaciones de diligencia y transparencia; que de los hechos probados se desprende que la entidad bancaria incumplió la normativa legal aplicable; cita el art. 19 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre para argumentar que no ampara la oferta de un producto como el swap como si fuera un seguro y que hacerlo supone un fraude con la intención de eludir el cumplimiento de la Ley 2/1994, de 30 de marzo sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios; sin solución de continuidad señala que la comercialización de swaps está «sujeta a las disposiciones del Código civil y además de la normativa del mercado de valores» y que en la Directiva 2004/39 y en la Ley 47/2007, de 19 de marzo que la transpone al ordenamiento interno se establece que el nivel de protección no depende de la relación de un consumidor con un empresario, sino al cliente minorista; añade que con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 47/2007 era aplicable el Real Decreto 629/1993 y sin solución de continuidad, para argumentar que el swap es un producto complejo que comporta riesgo y cuya contratación requiere conocimientos específicos, cita la guía de la Comisión Nacional del Mercado de Valores sobre preguntas y respuestas sobre los efectos prácticos de la nueva protección al inversor (MiFID) para los inversores minoristas, la Memoria del Servicio de Reclamaciones de la propia entidad y su página web, las cautelas previstas en los arts. 2, 9 y 11 de la Orden del Ministerio de Economía 888/2008, de 27 de marzo; inmediatamente después añade que las cláusulas del contrato se apartan de la voluntad de quien las firmó porque requieren un alto grado de conocimientos financieros para entenderlas por lo que considera aplicable el art. 1288 CC y que dice resulta también de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios y de la Ley de condiciones generales de la contratación; añade que hubo falta de información lo que provocó error, por lo que son aplicables los arts. 1265 y 1266 CC y procede anular el contrato; que los intereses de las partes del swap son contrarios, por lo que existía un claro conflicto de interés y que por eso el banco incluyó una cláusula en el contrato conforme a la cual las partes declaraban conocer el riesgo del producto y haber actuado sin asesoramiento de la otra, lo que es falso porque Bankia ofreció la operación a las sociedades contratantes indicándoles que era beneficiosa y que podrían cancelar sin coste alguno, por lo que entiende se incumplieron los arts. 78 y 79 LMV y la Directiva 2004/39 , y la entidad incumplió las reglas de la buena fe al no informar correctamente y ocultar información relevante sobre la bajada de los tipos de interés; añade que hay incumplimiento de la entidad por ausencia de información sobre uno de los elementos fundamentales del contrato, el coste de cancelación y que aunque en el contrato se hiciera alguna referencia era imposible que un cliente minorista pudiera calcularlo por no tener acceso a cotizaciones futuras del euríbor; expone que hay un «confusionismo» en la regulación legal de la ineficacia de los contratos y hace un resumen apretado de los diferentes tipos de ineficacia y sus efectos, con cita de abundantes preceptos del Código civil, a lo que añade sin solución de continuidad una exposición de dos páginas sobre la causa de los contratos para terminar diciendo que deja su análisis del resto de la legislación infringida para otra parte de su escrito, y termina la exposición de este «motivo» del recurso transcribiendo «en el sentido indicado» el fundamento jurídico quinto de la sentencia 384/2014 .

Todo lo anterior en párrafos seguidos sin ninguna estructura y en el orden que se acaba de exponer.



El escrito del recurso, en el desarrollo de lo que parece presentarse como segundo motivo del recurso (literalmente, «fundamentación del recurso»), bajo el titulillo de «Segundo. Existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales», expone que este motivo se fundamenta en la necesidad de unificación por esta sala de las normas que se consideran infringidas por existir jurisprudencia contradictoria sobre tres aspectos.

En particular, afirma que estos aspectos son: «i) Si el clausulado de los contratos swaps comercializado por las entidades bancarias, por sí mismo, y sin ninguna otra explicación adicional, contiene información suficiente para que el producto sea comprendido por un cliente minorista, o si por el contrario requiere de información adicional sin la cual se produce error en el consentimiento del cliente minorista que lo suscribe. ii) Si las cláusulas de cancelación de dichos contratos swaps son suficientemente claras o si por el contrario no lo son, y esa oscuridad conlleva la nulidad del propio contrato. iii) Si, respecto a los contratos swaps, la información facilitada por el banco al cliente debe ser probada por el demandante o se invierte la carga de dicha prueba y debe ser probado por la entidad bancaria demandada».

A continuación, y para cada uno de estos aspectos, el escrito del recurso va transcribiendo fragmentos de la sentencia recurrida y, por comparación, sentencias de Audiencias en las que se entiende, bien que se ha interpretado la normativa de manera correcta y coincidente con las pretensiones de la demandante y recurrente, bien de forma incorrecta y en el mismo sentido que la sentencia recurrida.

Para el «primer aspecto controvertido» termina exponiendo que en el caso la sentencia recurrida invierte la carga de la prueba en materia de información, que en el caso no hubo información y es el banco quien debe probar que sí la proporcionó; para el segundo dice que no hay en el contrato referencia al método de cancelación que permita conocer su coste y que además a un cliente minorista le resultaría imposible calcularlo; que se trata de un producto que no puede ofrecerse sin evaluar al cliente conforme a los arts. 79.bis apartados 7 y 8 LMV; para el tercero vuelve a repetir que de acuerdo con la normativa contenida en los arts. 79 LMV y en el Real Decreto 629/1993 el banco tenía obligación de informar, copia considerandos de la Directiva 2003/71/CE sobre el folleto que debe publicarse en la oferta pública o admisión a cotización de valores, repite que el banco debió probar que informó y no lo hizo, añade que la normativa infringida es el art 79 LMV, los arts. 4, 5 y 78 y siguientes del Real Decreto 629/1993, los considerandos 18 a 21 de la Directiva 2003/71/CE y los considerandos 2, 3, 29, 31, 41 y 71 de la Directiva 2004/39; por fin apunta que estas normas inciden en el ámbito contractual porque se hizo una oferta *erga omnes* vinculante mediante el recurso a la buena fe contractual que conforme a los arts. 7.1 y 1258 CC y 57 Código de Comercio ha de presidir la ejecución de todos los contratos mercantiles y que según la jurisprudencia opera como límite al ejercicio de los derechos subjetivos; añade que según la jurisprudencia la infracción de las normas administrativas incide plenamente en el orden civil; acumula varios párrafos sobre la diligencia y la negligencia profesional y la diligencia en la contratación bancaria, añade que la falta de información no solo da lugar a vicios del consentimiento, sino a negligencia y que este principio se recoge en la jurisprudencia de la sala.

Al igual que en el primer motivo, todo lo anterior en párrafos seguidos sin ninguna estructura y en el orden que se acaba de exponer.

2.- En su escrito de oposición, Bankia alega causas de inadmisión y causas de oposición.

Como causa de inadmisión señala que no se ha justificado el interés casacional por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina de la sala porque se omite cualquier razonamiento sobre la supuesta oposición y tampoco se justifica de modo razonado la contradicción entre las sentencias de la Audiencias Provinciales; también que el recurso se aparta de la base fáctica fijada en la sentencia e intenta hacer una tercera instancia de la casación.

Como motivos de oposición al primer motivo del recurso aduce que no se justifica la causa por la que se entiende que la sentencia recurrida infringe los preceptos citados, copia fragmentos de la sentencia recurrida de los que resulta que se entiende que sí hubo información, invoca la normativa aplicable la normativa pre MiFID y dice que sí se cumplió, tal y como apreció la sentencia recurrida.

Como motivos de oposición al segundo motivo alega que se copian fragmentos de sentencias que responden a diferentes supuestos fácticos y no se aclara en qué consistiría el interés casacional; con respecto a lo que el recurrente llama «primer aspecto», señala que carece de todo rigor y no se entiende qué alega o pretende porque la sentencia recurrida considera probado que sí hubo información previa al contrato; con respecto al «segundo aspecto», alega que también es un hecho probado que hubo información sobre la cancelación anticipada; con respecto al «tercer aspecto» observa que es redundante y dice que muestra la confusión del recurrente entre la carga de la prueba del error (que recae en quien lo alega) y la carga de la prueba del deber informativo (que recae en la entidad financiera) y que ha quedado demostrado que sí cumplió; muestra



finalmente su disconformidad con las manifestaciones vertidas en el escrito del recurso acerca de la incidencia en el orden civil del incumplimiento de las normas administrativas, para el caso de que se hubiera producido.

TERCERO.- Procede desestimar el recurso por las razones que se exponen a continuación.

1.- Es doctrina de la sala que el recurso de casación exige claridad y precisión en la identificación de la infracción normativa (art. 477.1 LEC), lo que se traduce, no sólo en la necesidad de que su estructura sea muy diferente a la de un mero escrito de alegaciones, sino también en la exigencia de una razonable claridad expositiva para permitir la individualización del problema jurídico planteado (art. 481.1 y 3 LEC). De acuerdo con esta doctrina, es precisa también la fundamentación suficiente sobre la infracción del ordenamiento jurídico alegada (art. 481.1 LEC) y el respeto a la valoración de la prueba efectuada en la sentencia recurrida. En este sentido, esta sala ha declarado que no es posible transformar la casación en una tercera instancia (entre las más recientes, sentencias 25/2017, de 18 de enero , 122/2017, de 23 de febrero , 146/2017, de 1 de marzo , 196/2017, de 22 de marzo).

2.- En el presente caso, el recurso de casación no cumple los requisitos establecidos para su admisión (art. 483.2.2.º LEC) y carece manifiestamente de fundamento (art. 483.2.4.º LEC). Ello por las siguientes razones:

a) Esta sala ha interpretado reiteradamente los preceptos reguladores de la casación en el sentido de que las diferentes modalidades de acceso son excluyentes, de modo que si el procedimiento se tramita por razón de la cuantía y la cuantía excede de 600.000 euros no cabría otra modalidad de recurso de casación. El art. 481.1 LEC exige que en el escrito de interposición se exprese «el supuesto, de los previstos por el art. 477.2», conforme al que se pretende recurrir la sentencia». Si la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros la vía de acceso a la casación sería por razón de la cuantía y no procedería, como hace el recurso, la vía de acceso por razón de interés casacional, ni siquiera de manera subsidiaria. Entre otros más, según los autos de 19 de abril de 2017 (rec. 3223/2014), de 30 de noviembre de 2016 (rec. 296/2015), de 9 de marzo de 2016 (rec. 240/2015), de 10 de febrero de 2016 (rec. 1267/2015), de 14 de septiembre de 2016 (rec. 3514/2015), por razones de congruencia y contradicción procesal no cabe indicar más de una modalidad en el mismo recurso.

b) La parte demandante, ahora recurrente, fijó en primera instancia la cuantía en 169.044,06 euros y alega ahora para acceder a la casación que, a efectos del recurso, la cuantía no es la que fijó sino la suma de todos los notariales de los seis swaps por los que reclama. Como recuerda el auto de 19 de abril de 2017 (rec. 3223/2014), es «doctrina del Tribunal Constitucional y de esta sala, específica para el acceso a casación en función de la cuantía litigiosa, que si esta ha quedado fijada por las partes en la fase inicial del pleito por debajo del límite marcado por la ley para que proceda tal recurso extraordinario, ninguno de los litigantes podrá luego concretarla o revisarla al alza con objeto de recurrir en casación la sentencia de segunda instancia que le haya sido desfavorable (STC 93/1993, de 22 de marzo , SSTS 9-10-92 , 9-12-92 , 14-7-95 , 5-9-95 y 26-11-97 e innumerables autos desestimatorios de recursos de queja tramitados bajo la vigencia de la LEC de 1881), y que ya ha sido aplicada por esta sala en Autos desestimatorios de recursos de queja con la vigencia de la LEC de 2000 (cfr. AATS, entre otros, de 19 de junio , 18 de septiembre y 2 de octubre de 2007 , en recursos 364/2007 , 366/2007 y 476/2007 y los más recientes de 23 de noviembre de 2010, en recurso 500/2010 , 6 de septiembre de 2011, en recurso 321/2011 y 8 de enero de 2013, en recurso 360/2012) pues en este caso el procedimiento se ha seguido desde un inicio por una cuantía inferior a la legalmente exigida para acceder a la casación».

c) En todo caso, y con independencia de la modalidad de acceso, tanto si es por razón de la cuantía como si es por interés casacional, el único motivo de casación es la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso (art. 477.1 LEC).

El recurso identifica un «doble motivo»: que el asunto excede de 600.000 euros y que la resolución del recurso presenta interés casacional. Es decir, identifica como motivos lo que no son más que criterios de selección para el acceso a un recurso extraordinario y no una tercera instancia. En otro lugar, el escrito identifica dos motivos, «la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso» y la «existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales».

d) El único motivo previsto legalmente para el recurso de casación es la infracción de norma y el escrito debe citar de manera precisa la norma infringida y explicar las razones por las que la sentencia recurrida infringe o desconoce la norma.

El escrito, sin embargo, acumula de forma indiscriminada una cita heterogénea de preceptos. Primero, cita «los arts. 1088 , 1091 , 1254, siguientes y concordantes del Código Civil y en especial 1258 , 1265 , 1266 , 1269 , 1300 y 1301 ; del art. 79, siguientes y concordantes de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores ; del RD 629/1993, de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, de la Directiva 2006/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2006 y de la directiva 93/13/CEE y del Consejo de 5 de abril de 1993».



En el desarrollo del escrito va acumulando la cita de otros preceptos, como el art. 4.1 CC , artículos de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, una Orden ministerial y otros preceptos del Código civil como, entre otros, los arts. 6.3 , 1261 , 1270 , 1274 a 1277 , 1288 , la Ley de consumidores y usuarios, la Ley general de condiciones generales de la contratación (además de considerandos de Directivas europeas). En definitiva, se van reproduciendo normas heterogéneas de distinta procedencia y valor, sin identificar por qué se han infringido en el caso. Todo ello se traduce en una falta de claridad expositiva que impide la individualización del problema jurídico planteado.

e) En la parte del recurso que desarrolla la existencia de interés casacional por existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales (que cita en lo que denomina «segundo motivo) se reproducen fragmentos de las sentencias que están a favor o en contra de lo que la parte recurrente considera que debía ser la solución de su caso, pero sin reflejar de modo correcto una contradicción que pudiera afectar al presente caso.

Nuevamente, además, aparecen citadas otras normas de manera heterogénea y sin explicar por qué son aplicables al caso y se han infringido (arts. 7.1 y 1258 CC y 57 del Código de Comercio junto a otras normas, como la Ley de mercados de valores, la normativa pre y post «MiFID»).

f) El escrito denuncia que es cuestión controvertida en la jurisprudencia de las Audiencias la de la carga de la prueba sobre la información y aporta sentencias en las que se razona sobre la aplicación del art. 217 LEC . El art. 217 LEC contiene una norma relativa a la sentencia, pues es la sentencia la que, al decidir a quién ha de perjudicar la falta de prueba de determinados extremos puede atribuir a la parte a la que no le corresponda las consecuencias de la falta de prueba. En consecuencia, si lo que pretendía la recurrente es denunciar la infracción del art. 217 LEC debió hacerlo a través del art. 469.1.2 LEC (infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia) y no en el recurso de casación.

g) Finalmente, el recurso de casación no constituye una tercera instancia y no permite revisar la valoración de la prueba realizada por el tribunal de apelación (sentencias 142/2010, de 22 de marzo ; 56/2011 de 23 febrero ; 71/2012, de 20 febrero ; 669/2012, de 14 de noviembre ; 147/2013, de 20 de marzo ; 5/2016, de 27 de enero y 367/2016, de 3 de junio). En el caso, la Audiencia declara probado, no como valoración jurídica, que los administradores tenían un conocimiento de lo contratado partiendo, entre otros datos, de sus propias declaraciones y de las de los empleados de la entidad y de la puesta a disposición, con gran antelación, del contrato para su examen.

En definitiva, el escrito de interposición no reúne los requisitos mínimos para considerarse un recurso de casación y constituye un conjunto acumulado, sin claridad ni orden, de alegaciones que hace imposible sintetizar cuál es la norma infringida y por qué se entiende infringida.

CUARTO.- Por todo lo expuesto procede la desestimación del recurso por inadmisión, de acuerdo con la reiterada doctrina de la sala conforme a la cual las causas de inadmisión se convierten, en este momento procesal, en causas de desestimación del recurso (entre las más recientes, con cita de otras muchas anteriores, sentencias de esta sala 546/2016, de 16 de septiembre , 146/2017, de 1 de marzo , 152/2017, de 2 de marzo , 196/2017, de 22 de marzo).

Como se reitera en estas sentencias, no es obstáculo para ello el que en su día el recurso fuera admitido a trámite, dado el carácter provisorio de dicha admisión inicial, por hallarse sujeta a un examen definitivo en la sentencia (sentencias 97/2011, de 18 de febrero y 548/2012, de 20 de septiembre). El Tribunal Constitucional ha afirmado en numerosas resoluciones que «la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede volverse a abordar o reconsiderarse en la sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar, en su caso, a un pronunciamiento de inadmisión por falta de tales presupuestos» (por todas, SSTC 32/2002, de 11 de febrero ; 204/2005, de 18 de julio ; 237/2006, de 17 de julio ; 7/2007, de 15 de enero ; 28/2011, de 14 de marzo ; 29/2011 de 14 de marzo ; 69/2011, de 16 de mayo ; y 200/2012, de 12 de noviembre).

QUINTO.- Conforme disponen los artículos 394.1 y 398.1 LEC procede imponer a la parte recurrente las costas del recurso, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

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

esta sala ha decidido

1º.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Santo Tomé Uno S.L., Energia Limpia 2005 S.L., Inversiones Energia Solar Soriana SL, Inversiones Energéticas Shedar S.L., Eurovolt 2005 S.L., Bepakasy 2005 S.L. contra la sentencia 191/2014, de 25 de junio de 2014, dictada por la sección 9.ª de la Audiencia Provincial



de Valencia, en el recurso de apelación n.º 130/2014 . 2º.- Imponer a la recurrente las costas causadas por el recurso de casación y ordenar la pérdida del depósito constituido para el mismo, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 9 LOPJ . 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ