



Roj: **STS 2264/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2264**

Id Cendoj: **28079110012017100356**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/06/2017**

Nº de Recurso: **392/2014**

Nº de Resolución: **364/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CO 1402/2013,**
STS 2264/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 8 de junio de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1.ª, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Lucena. Los recursos fueron interpuestos por las entidades Avanzado Tendencias SL, Plaza Mayor Helmántica Consulting SL, Verapeme SL y SGR. Sociedad de Gestión y de Reinversión SL, representadas por la procuradora María José Rodríguez Teijeiro. Es parte recurrida la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por el procurador Francisco Abajo Abril.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Tramitación en primera instancia

1. El procurador Miguel Tubío Roldán, en nombre y representación de Augusto y de las entidades Avanzado Tendencias SL, Plaza Mayor Helmántica Consulting SL, Verapeme SL y SGR. Sociedad de Gestión y de Reinversión SL, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Lucena, contra la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, para que se dictase sentencia:

«por la que:

- declare nulos los siguientes contratos:

- Contrato Stockpyme II-Tipo Fijo, operación de cobertura, de fecha 26 de junio de 2008, suscrito entre la mercantil Avanzado Tendencias SL y BBVA.

- Contrato Stockpyme II-Tipo Fijo, operación de cobertura, de fecha 26 de junio de 2008, suscrito entre la mercantil Plaza Mayor Helmántica Consulting SL y BBVA.

- Contrato Stockpyme II-Tipo Fijo, operación de cobertura, de fecha 26 de junio de 2008, suscrito entre la mercantil SGR Sociedad de Gestión y Reinversión SL y BBVA.

- Contrato Stockpyme II-Tipo Fijo, operación de cobertura, de fecha 26 de junio de 2008, suscrito entre la mercantil Verapeme SL y BBVA.

- Contrato Stockpyme II-Tipo Fijo (modelo general para empresarios y profesionales) de fecha 6 de agosto de 2008, suscrito entre D. Augusto y BBVA.



- Condene a la demandada a retrotraer y pagar todas las liquidaciones tanto cargos como abonos realizados en las cuentas de mis mandantes como consecuencia de los contratos declarados nulos y que a fecha de interposición de demanda consiste en saldo a pagar a mis mandantes por los siguientes importes:

- A Avanzado Tendencias SL la cantidad de 39939,66 euros.
- A Plaza Mayor Helmántica Consulting SL, la cantidad de 40934,31 euros.
- A SGR Sociedad de Gestión y de Reinversión SL la cantidad de 39939,66 euros.
- A Verapeme SL la cantidad de 67471,31 euros.
- A D. Augusto la cantidad de 21627,09 euros.

- Igualmente condene a retrotraer y pagar el resto de liquidaciones que se practiquen como consecuencia de dichos contratos después de interposición de demanda y hasta ejecución de sentencia en las cuentas de cada uno de mis mandantes.

- Condene a la demandada a pagar los intereses legales de todas las cantidades desde la fecha de su cargo en las cuentas de mis mandantes.

- Condene a la demandada al pago de las costas procesales.

Alternativamente:

- Declaren resueltos los siguientes contratos:

- Contrato Stockpyme II-Tipo Fijo, operación de cobertura, de fecha 26 de junio de 2008, suscrito entre la mercantil Avanzado Tendencias SL y BBVA.

- Contrato Stockpyme II-Tipo Fijo, operación de cobertura, de fecha 26 de junio de 2008, suscrito entre la mercantil Plaza Mayor Helmántica Consulting SL y BBVA.

- Contrato Stockpyme II-Tipo Fijo, operación de cobertura, de fecha 26 de junio de 2008, suscrito entre la mercantil SGR Sociedad de Gestión y Reinversión SL y BBVA.

- Contrato Stockpyme II-Tipo Fijo, operación de cobertura, de fecha 26 de junio de 2008, suscrito entre la mercantil Verapeme SL y BBVA.

- Contrato Stockpyme II-Tipo Fijo (modelo general para empresarios y profesionales) de fecha 6 de agosto de 2008, suscrito entre D. Augusto y BBVA.

- Condene a la demandada a retrotraer y pagar todas las liquidaciones tanto cargos como abonos realizados en las cuentas de mis mandantes como consecuencia de los contratos declarados nulos y que a fecha de interposición de demanda consiste en saldo a pagar a mis mandantes por los siguientes importes:

- A Avanzado Tendencias SL la cantidad de 39939,66 euros.
- A Plaza Mayor Helmántica Consulting SL, la cantidad de 40934,31 euros.
- A SGR Sociedad de Gestión y de Reinversión SL la cantidad de 39939,66 euros.
- A Verapeme SL la cantidad de 67471,31 euros.
- A D. Augusto la cantidad de 21627,09 euros.

- Igualmente condene a retrotraer y pagar el resto de liquidaciones que se practiquen como consecuencia de dichos contratos después de interposición de demanda y hasta ejecución de sentencia en las cuentas de cada uno de mis mandantes.

- Condene a la demandada a pagar los intereses legales de todas las cantidades desde la fecha de su cargo en las cuentas de mis mandantes.

- Condene a la demandada al pago de las costas procesales.

Alternativamente:

- Se declare la cancelación a coste cero de los siguientes contratos:

- Contrato Stockpyme II-Tipo Fijo, operación de cobertura, de fecha 26 de junio de 2008, suscrito entre la mercantil Avanzado Tendencias SL y BBVA.

- Contrato Stockpyme II-Tipo Fijo, operación de cobertura, de fecha 26 de junio de 2008, suscrito entre la mercantil Plaza Mayor Helmántica Consulting SL y BBVA.



- Contrato Stockpyme II-Tipo Fijo, operación de cobertura, de fecha 26 de junio de 2008, suscrito entre la mercantil SGR Sociedad de Gestión y Reinversión SL y BBVA.
- Contrato Stockpyme II-Tipo Fijo, operación de cobertura, de fecha 26 de junio de 2008, suscrito entre la mercantil Verapeme SL y BBVA.
- Contrato Stockpyme II-Tipo Fijo (modelo general para empresarios y profesionales) de fecha 6 de agosto de 2008, suscrito entre D. Augusto y BBVA.
- Condene a la demandada a retrotraer y pagar todas las liquidaciones tanto cargos como abonos realizados en las cuentas de mis mandantes como consecuencia de los contratos declarados nulos y que a fecha de interposición de demanda consiste en saldo a pagar a mis mandantes por los siguientes importes:
 - A Avanzado Tendencias SL la cantidad de 39939,66 euros.
 - A Plaza Mayor Helmántica Consulting SL, la cantidad de 40934,31 euros.
 - A SGR Sociedad de Gestión y de Reinversión SL la cantidad de 39939,66 euros.
 - A Verapeme SL la cantidad de 67471,31 euros.
 - A D. Augusto la cantidad de 21627,09 euros.
- Igualmente condene a retrotraer y pagar el resto de liquidaciones que se practiquen como consecuencia de dichos contratos después de interposición de demanda y hasta ejecución de sentencia en las cuentas de cada uno de mis mandantes.
- Condene a la demandada a pagar los intereses legales de todas las cantidades desde la fecha de su cargo en las cuentas de mis mandantes.
- Condene a la demandada al pago de las costas procesales».

2. El procurador Julio L. Otero López, en representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«desestimando totalmente la referida demanda y absolviendo a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. de todos los pedimentos deducidos en su contra, con expresa imposición a la actora de las costas causadas a mi representada».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Lucena dictó sentencia con fecha 13 de marzo de 2013, con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Que estimando la demanda formulada por el procurador Don Miguel Tubío Roldán en nombre y representación de Avanzado Tendencias SL, Plaza Mayor Helmántica Consulting SL, Verapeme SL y SGR. Sociedad de Gestión y de Reinversión SL y don Augusto contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA debo declarar y declaro la nulidad por vicio de error en el consentimiento de los siguientes contratos: 1. Contrato Stockpyme II-Tipo Fijo, operación de cobertura, de fecha 26 de junio de 2008, suscrito entre la mercantil Avanzado Tendencias SL y BBVA. 2. Contrato Stockpyme II-Tipo Fijo, operación de cobertura, de fecha 26 de junio de 2008, suscrito entre la mercantil Plaza Mayor Helmántica Consulting SL y BBVA. 3. Contrato Stockpyme II-Tipo Fijo, operación de cobertura, de fecha 26 de junio de 2008, suscrito entre la mercantil SGR Sociedad de Gestión y Reinversión SL y BBVA. 4. Contrato Stockpyme II-Tipo Fijo, operación de cobertura, de fecha 26 de junio de 2008, suscrito entre la mercantil Verapeme SL y BBVA. 5. Contrato Stockpyme II-Tipo Fijo (modelo general para empresarios y profesionales) de fecha 6 de agosto de 2008, suscrito entre D. Augusto y BBVA.

Y debo condenar y condeno a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA a reintegrar a los demandantes las cantidades que les hayan sido cobradas con ocasión de los contratos declarados nulos, así como las cantidades que haya percibido durante la tramitación del procedimiento y hasta la fecha de la sentencia como consecuencia de las liquidaciones previstas en el contrato de permuta, minoradas en su caso con las cantidades que las citadas sociedades y el Sr. Augusto hayan percibido del banco, y al pago de los intereses legales de todas las cantidades objeto de devolución, al tipo de interés legales del dinero, desde cada fecha de cobro por las entidad bancaria.

Con expresa imposición de costas a la parte demandada».

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA.



2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Córdoba, mediante sentencia de 29 de octubre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el procurador Sr. Otero López, en representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., siendo partes apeladas las entidades Plaza Mayor Helmántica Consulting S.L., Verapeme S.L., SGR Sociedad de Gestión y Reinversión S.L. y Avanzado Tendencias S.L., así como D. Augusto representados por el procurador Sr. Tubío Roldán, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Lucena de fecha 13 de marzo de 2013 , la cual revocamos parcialmente y en su lugar acordamos desestimar la demanda formulada por las entidades Plaza Mayor Helmántica Consulting S.L., Verapeme S.L., SGR Sociedad de Gestión y Reinversión S.L. y Avanzado Tendencias S.L. contra la mencionada entidad bancaria, a la que absolvemos de las pretensiones contra ella formuladas por dichas partes demandantes. Se mantienen los pronunciamientos contenidos en dicha sentencia respecto del codemandante D. Augusto . No ha lugar a hacer especial pronunciamiento en materia de costas procesales de primera instancia.

No procede hacer pronunciamiento especial en materia de costas de esta alzada».

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

1. El procurador Miguel Tubío Roldán, en representación de las entidades Avanzado Tendencias SL, Plaza Mayor Helmántica Consulting SL, Verapeme SL y SGR. Sociedad de Gestión y de Reinversión SL, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1.ª.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«1º) Infracción del art. 24.1 de la Constitución y art. 316 de la LEC .

2º) Infracción del art. 218 de la LEC , art. 6.3 del Código Civil en relación con el art. 79.bis de la LMV y arts. 60 a 70 del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero ».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción del art. 79 bis LMV y de los arts. 60 a 70 RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios de inversión; así como del art. 19 de la Ley 36/2003 y el art. 48.2 LMV, y del art. 2 de la Ley 2/1994 , en relación con el art. 6.3 CC .

2º) Infracción del art. 79 bis de la LMV y los arts. 60 a 70 Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero sobre Normas de Actuación de los Mercados de Valores y Registros Obligatorios ».

2. Por diligencia de ordenación de 24 de enero de 2014, la Audiencia Provincias de Córdoba, sección 1.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 las entidades Avanzado Tendencias SL, Plaza Mayor Helmántica Consulting SL, Verapeme SL y SGR. Sociedad de Gestión y de Reinversión SL, representadas por la procuradora María José Rodríguez Teijeiro; y como parte recurrida la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por el procurador Francisco Abajo Abril.

4. Esta sala 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 las sociedades mercantiles Avanzando Tendencias, S.L., Plaza Mayor Helmántica Consulting, S.L., Verapeme, S.L. y SGR Sociedad de Gestión y de Reinversión, S.L. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 29 de octubre de 2013, por la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1.ª, en el rollo de apelación n.º 262/2013 , dimanante del juicio ordinario 836/2010, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Lucena».

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria 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 11 de mayo de 2017, 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.

Los demandantes (Avanzado Tendencias, S.L., Plaza Mayor Helmántica Consulting, S.L., SGR Sociedad de Gestión y Reinversión, S.L., Verapeme, S.L. y Augusto) entre junio y agosto de 2008 obtuvieron de BBVA la financiación para la instalación de huertos solares fotovoltaicos.

Avanzado Tendencias, S.L. concertó el día 26 de junio de 2008 cuatro préstamos por un importe total de 699.665 euros, en los que el interés del primer año era fijo del 5,68%, y el resto variable (Euribor a seis meses), con un suelo del 3%.

El 26 de junio de 2008, con concertaron los siguientes contratos en similares condiciones: Plaza Mayor Helmántica Consulting, S.L., suscribió cuatro préstamos por un importe total de 669.705 euros; SGR Sociedad de Gestión y Reinversión, S.L., cuatro préstamos por un importe total de 669.705 euros; y Verapeme, S.L. cuatro préstamos por un importe total de 669.705 euros.

Además, el mismo día, Avanzado Tendencias, S.L., Plaza Mayor Helmántica Consulting, S.L., SGR Sociedad de Gestión y Reinversión, S.L., y Verapeme, S.L. concertaron con BBVA una permuta financiera de tipos de interés, por el mismo nocional de las cantidades objeto de los préstamos.

El 7 de agosto de 2008, Augusto suscribió con BBVA un contrato de préstamo por un importe de 327.360 euros, con un interés fijo inicial del 7% el primer año, y un interés variable (Euribor a seis meses), con un suelo del 3%. Augusto también suscribió con BBVA una permuta financiera, cuyo nocional coincidía con la cantidad objeto del préstamo.

Previamente a la firma de los reseñados contratos por los legales representantes de Avanzado Tendencias, S.L., Plaza Mayor Helmántica Consulting, S.L., SGR Sociedad de Gestión y Reinversión, S.L., y Verapeme, S.L., fueron informados por el banco de la permuta financiera, que denominaban seguro de tipos de interés. Esta información fue suministrada en reuniones previas a la firma de los contratos y fue acompañada de la entrega de documentación explicativa.

Sin embargo, Augusto no recibió esa información sobre la permuta financiera, antes de la firma del contrato.

2. Avanzado Tendencias, S.L., Plaza Mayor Helmántica Consulting, S.L., SGR Sociedad de Gestión y Reinversión, S.L., Verapeme, S.L. y Augusto presentaron la demanda que dio inicio al presente procedimiento, en la que denunciaban que BBVA incumplió los deberes de información precontractual sobre el producto (permuta financiera) y sus riesgos, y pedían la nulidad de las dos permutas financieras. En la fundamentación de derecho se fundaba la nulidad no sólo en que la falta de información había propiciado el error vicio, sino también en que el incumplimiento de los deberes de información impuestos por la normativa MiFID conllevaba la nulidad de ambos contratos (art. 6.3 CC). Subsidiariamente, la demanda pedía la resolución de estos contratos por incumplimiento contractual.

3. La sentencia de primera instancia apreció que había existido un incumplimiento de los deberes de información precontractual sobre ambas permutas financieras y los riesgos que entrañaban, y acordó la nulidad de los contratos por error vicio. Consiguientemente, ordenó la restitución de las liquidaciones practicadas.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por el BBVA. La Audiencia estimó en parte el recurso. En relación con las cuatro sociedades, entendió que la permuta financiera concertada por sus respectivos representantes, el día 26 de junio de 2008, vino precedida por unas reuniones, días antes de la firma del contrato, en las que los empleados del banco explicaron «cómo era el producto y los riesgos que tenía». Por eso entiende que no hubo incumplimiento de los deberes de información previstos en el art. 79 bis 3 LMV, y que si hubiera habido error por las entidades demandantes, sería inexcusable.

Sin embargo, en relación con la permuta financiera firmada por Augusto , la Audiencia advierte que no existió información previa a la firma del contrato, razón por la cual declara el incumplimiento de los deberes de información y que dicho incumplimiento propició el error vicio, que justifica la declaración de nulidad. Por esta razón confirma la nulidad de este contrato de permuta financiera.

5. Frente a la sentencia de apelación, las entidades Avanzado Tendencias, S.L., Plaza Mayor Helmántica Consulting, S.L., SGR Sociedad de Gestión y Reinversión, S.L., y Verapeme, S.L. formulan recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Ambos recursos afectan al pronunciamiento relativo a la estimación del recurso de apelación respecto de los contratos de 26 de junio de 2008. El pronunciamiento que desestima la apelación respecto del otro contrato de permuta financiera, de agosto de 2008, ha quedado firme, al no ser objeto de impugnación.

**SEGUNDO. Recurso extraordinario por infracción procesal**

1. Formulación del motivo primero . El motivo se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469 LEC , en relación con el art. 24.1 CE y el art. 316 LEC , y la jurisprudencia que los interpreta, «respecto de la práctica de la prueba y la consiguiente valoración de la misma, al llevarse a cabo por la sentencia recurrida una valoración manifiestamente arbitraria o ilógica, que no supera el test de racionalidad constitucionalmente exigible».

La valoración de la prueba que se impugna es la relativa al suministro de la información precontractual, a los legales representantes de las sociedades demandantes, de cómo funcionaba el producto y sus riesgos. En concreto, se denuncia que no se haya valorado toda la prueba, sino esencialmente y de forma errónea el interrogatorio de los legales representantes de las sociedades demandantes.

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

2. Desestimación del motivo . Hemos reiterado en muchas ocasiones que la valoración de la prueba corresponde a los tribunales de instancia sin que el recurso extraordinario por infracción procesal sea el cauce ordinario para la revisión de esta valoración probatoria como si se tratara de una tercera instancia.

Es cierto que, de manera excepcional, cabría justificar un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4º del art. 469.1 LEC , en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva» (entre otras, sentencias 326/2012, de 30 de mayo ; y 58/2015, de 23 de febrero). Pero , como también recordábamos en la sentencia 535/2015, de 15 de octubre , «la selección de los hechos más relevantes, la valoración de las pruebas practicadas, que necesariamente supone otorgar un mayor relieve a unas que a otras, podrá ser o no compartida (y evidentemente no lo es por la recurrente), pero no puede ser tachada de ilógica ni irracional y no vulnera ninguna regla tasada de valoración de la prueba. Que el juicio del tribunal de apelación sobre la importancia relativa de unas y otras pruebas, la valoración de las mismas, las conclusiones fácticas que extrae de este proceso valorativo, y la mayor relevancia otorgada a unos u otros aspectos fácticos, no sean compartidos por la recurrente, incluso que sean razonablemente discutibles, no convierte en arbitraria ni errónea la revisión de la valoración de la prueba hecha por la audiencia provincial».

Esto es lo que ocurre en el presente caso. El tribunal de apelación, a la vista de los interrogatorios de los legales representantes de las sociedades demandantes, ha llegado a la convicción de que es cierto que hubo reuniones previas a la firma de los contratos, en las que se explicó el funcionamiento del producto y sus riesgos. No es posible ahora revisar la valoración de esta prueba como si fuéramos un tribunal de instancia y sustituir la de la Audiencia por la nuestra. Tan sólo podemos advertir si ha existido algún error notorio o arbitrariedad grave, y no lo advertimos. Con independencia de que pudiéramos no compartirla, la valoración de la prueba realizada por la Audiencia, que le permite llegar a la reseñada convicción, no encierra ningún error notorio. Era factible dentro del margen de discrecionalidad que, con carácter general, le corresponde al tribunal de instancia al realizar la valoración de la prueba, y, en particular, la que respecto del interrogatorio de parte prevé el art. 316 LEC .

3. Formulación del motivo segundo . El motivo se formula al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC , en relación con el art. 218 LEC y la jurisprudencia que lo interpreta, «respecto de la falta de exhaustividad al no analizarse la nulidad por contravención de normas imperativas, artículo 6.3 del Código Civil , en relación con los artículos 79 bis de la Ley del Mercado de Valores (norma imperativa) y los artículos 60 a 70 del RD 217/2008, de 15 de febrero , sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión».

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

4. Desestimación del motivo segundo . La lectura de la demanda, de los hechos y fundamentos jurídicos, permite concluir que la petición de nulidad del contrato de permuta financiera concertado por las sociedades demandantes el 26 de junio de 2008 con el BBVA se basaba en el incumplimiento de los deberes de información que propició error en el consentimiento. Aunque en la narración de hechos, en un momento determinado, se hace referencia a la nulidad absoluta del contrato sobre la base del art. 6.3 CC , no queda claro que junto a la anterior acción, se hubiera ejercitado formalmente ésta última. De hecho, el juzgado de primera instancia que estimó la demanda, al apreciar el incumplimiento de los deberes de información impuesto por la normativa MiFID, declaró la existencia de error vicio y no hizo ninguna mención a la nulidad de pleno derecho.

Pero aún en el caso en que se entendiera que había ejercitado la acción de nulidad absoluta derivada del incumplimiento de los deberes legales de información contenidos en el art. 79 bis LMV, la sentencia habría dado respuesta a la misma, cuando razona:



«Del examen de dicha prueba de carácter personal se desprende que no existen motivos suficientes para considerar que ha existido un déficit informativo determinante de la nulidad pretendida ni un error en la formación del consentimiento contractual».

Esa nulidad absoluta pretendida presuponía la infracción de unos deberes legales de información que expresamente se razona que no se incumplieron, y podría entenderse que al proyectar esa conclusión sobre las pretensiones de la demanda, se concluye que no existió «un déficit informativo determinante de la nulidad pretendida ni un error en la formación del consentimiento contractual». En la forma en que está redactado, se distingue entre un déficit informativo que por sí podría ser determinante de la nulidad y un déficit informativo que hubiera provocado el error vicio del consentimiento.

Y, en todo caso, aunque se entendiera que había sido objeto de la controversia la nulidad de pleno derecho por el incumplimiento de los deberes legales de información del art. 79 bis LMV y que no se había pronunciado sobre ello la sentencia de apelación, este defecto, como veremos al resolver el recurso de casación, sería irrelevante, pues conforme a la jurisprudencia de la sala el incumplimiento de los deberes de información contenidos en el art. 79 bis 3 LMV no conlleva por sí la nulidad del contrato conforme al art. 6.3 CC .

TERCERO. *Recurso de casación*

1. Formulación del motivo primero . El motivo denuncia la infracción del art. 79 bis LMV y de los arts. 60 a 70 RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios de inversión; así como del art. 19 de la Ley 36/2003 y el art. 48.2 LMV, y del art. 2 de la Ley 2/1994 , en relación con el art. 6.3 CC . El recurso entiende que el incumplimiento del deber de información, al regularse en normas imperativas, determina la nulidad del contrato conforme al art. 6.3 CC .

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

2. Normativa aplicable en relación con los deberes de información y los test de conveniencia e idoneidad . El contrato de permuta financiera fue concertado el día 26 de junio de 2008, cuando regía la normativa MiFID, y en concreto las exigencias contenidas en el art. 79 bis LMV, desarrolladas por RD 217/2008, de 15 de febrero , sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión. El alcance de esta normativa, en relación con la validez del contrato, fue expuesto en la sentencia 840/2013, de 20 de enero , que reiteramos a continuación.

El art. 79 bis LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión a clientes que, como es el caso, no tienen la consideración de inversores profesionales.

Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2). Además deben proporcionarles, «de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión», que «deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias» (apartado 3).

El art. 64 RD 217/2008, de 15 de febrero , regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe «proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional». Y aclara que esta descripción debe «incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas».

Y en su apartado 2, concreta:

«en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

- a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.
- b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.
- c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.



d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento».

Además, las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad (apartado 7 y 6 del art. 79 bis LMV).

3. Desestimación del motivo primero . El motivo debe desestimarse porque el pretendido incumplimiento de estos deberes de información, según la jurisprudencia de esta sala, no podría dar lugar por sí sola a la nulidad del contrato.

La jurisprudencia de esta sala es clara en el sentido de que el incumplimiento de los reseñados test y de los deberes de información previstos en el art. 79 bis LMV ni determina por sí la nulidad del contrato, ni tampoco conlleva ineludiblemente la nulidad por error vicio, sin perjuicio de que permita presumir el error.

En la sentencia 716/2014, de 15 de diciembre , razonamos por qué la infracción del deber de recabar el test de conveniencia no determina la nulidad de pleno de derecho del contrato de swap:

«La normativa comunitaria MiFID no imponía la sanción de nulidad del contrato para el incumplimiento de los deberes de información, lo que nos lleva a analizar si, de conformidad con nuestro derecho interno, cabría justificar la nulidad del contrato de adquisición de este producto financiero complejo en el mero incumplimiento del deber de recabar el test de conveniencia, al amparo del art. 6.3 CC .

»Conforme al art. 6.3 CC , "(l)os actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención". La norma legal que introdujo los deberes legales de información del art. 79bis LMV no estableció, como consecuencia a su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero. Sin embargo sí que dispuso expresamente otro efecto distinto, de orden administrativo, para el caso de contravención. La Ley 47/2007 , al tiempo que traspuso la Directiva MiFID, estableció una sanción específica para el incumplimiento de estos deberes de información del art. 79 bis, al calificar esta conducta de "infracción muy grave" (art. 99.2.zbis LMV), lo que permite la apertura de un expediente sancionador por la Comisión Nacional del Mercados de Valores (CNMV) para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas (art. 97 y ss LMV).

»Con lo anterior no negamos que la infracción de estos deberes legales de información pueda tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información pueda provocar un error vicio, en los términos que expusimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 .

»Pero la mera infracción de estos deberes, en concreto, en este caso el deber de recabar el test de conveniencia, no conlleva por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato, como pretende el recurrente, por las razones antes apuntadas y porque, con la contravención de estos deberes legales no cabe advertir que se hayan traspasado los límites autonomía privada de la voluntad (art. 1255 CC)».

Consiguientemente, si el motivo vincula la infracción de las normas que imponen el reseñado deber de información (art. 79 bis LMV) con la nulidad de pleno de derecho del contrato de permuta financiera, debe desestimarse porque en cualquier caso la pretendida infracción no habría determinado esa consecuencia.

4. Formulación del motivo segundo . Volvemos a transcribir la formulación del motivo, para que se entienda mejor las razones de su desestimación:

«Motivo Segundo, subsidiariamente, referido al segundo y tercer motivo de admisibilidad. Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC , por incorrecta interpretación de la LEC, por incorrecta interpretación e inaplicación de lo dispuesto en el artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores y los artículos 60 a 70 del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero : en relación al Motivo Segundo de admisibilidad; por la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales sobre puntos y cuestiones resueltos por la Sentencia recurrida en lo relativo al problema jurídico. ¿Hasta dónde llega el deber de información? Jurisprudencia que se solicita: el art. 79 bis de la LMV y los artículos 60 a 70 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero , exigen unas informaciones detalladas y precisas mientras dure la relación jurídica en cuestión, obligación que se incumple por parte de la entidad con una información genérica en la fase precontractual. Concretamente en lo relativo a los criterios, estrictamente jurídicos, existe una clara contraposición entre las siguientes Secciones: de una parte, Sentencias de la Audiencia Provincial de Granada: Sentencia de 8/02/2013 (Sección 5ª, Recurso de Apelación 260/11); Sentencia de Audiencia Provincial de Granada de 8 de febrero de 2013 (sección 4ª, Recurso de Apelación 504/12); Sentencia de Audiencia Provincial de Jaén de 5/10/2012 (sección 1ª, Recurso de Apelación 313/12); Sentencia de Audiencia Provincial de Jaén de 28/09/2012 (sección 3ª, Recurso de Apelación 254/12); Sentencia de Audiencia Provincial de Jaén de 11/03/2013 (sección 3ª, Recurso de Apelación 455/12); Sentencia de Audiencia Provincial de Córdoba de 28/1/2013 (sección 2ª, Recurso de



Apelación 424/12); Sentencia de Audiencia Provincial de Córdoba de 3/12/2012 (sección 2ª, Recurso de Apelación 392/12), y, de otra parte sentencias, una de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 9ª, sentencia de 10/07/2009, ROJ SAP M 7885/2009 , Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 20/04/2012 (Sección 1ª, Recurso de Apelación 232/2011) así como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de fecha 17/6/2013 (sección 1ª, Recurso de apelación 169/2013) y la sentencia recurrida por medio del presente escrito de fecha 29/10/2013 (Recurso de Apelación 262/2013). Aportadas como documentos nº 6 a 15 y 1. Y subsidiariamente del anterior, en relación al Motivo Tercero de Admisibilidad, la excepción de notoriedad con la que se acompañan las sentencias que comprenden los documentos nº 16 a 21»

También es muy significativo el razonamiento contenido en el desarrollo del motivo, que transcribimos para que se entiendan las razones de la desestimación:

«En este apartado, a los efectos de no realizar reiteraciones necesarias se dan por reproducidas todas las alegaciones del apartado Motivo anterior, excluyendo, exclusivamente las relativas a la infracción del artículo 6.3 del Código Civil que se razonan exclusivamente en el Motivo Primero en relación a la contravención de la Jurisprudencia.

»A juicio de esta parte, el Motivo Primero de casación justifica cumplidamente la presencia de interés casacional en la resolución del recurso planteado pero también cabe apreciar dicho interés jurídico casacional desde otra perspectiva. Por ello, de forma subsidiaria incluimos el presente motivo. Habida cuenta que actualmente constituye un hecho notorio el incremento de la litigiosidad en materia de instrumentos financieros, y muy particularmente, en lo que se refiere a contratos de permuta financiera.

»En este sentido, el presente motivo se plantea como consecuencia de concretas contradicciones en lo relativo a la interpretación y aplicación del derecho material en lo que atañe a los requisitos para entender cumplidas o incumplidas las obligaciones legales (imperativas) dimanantes del artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores .

»Así las cosas, en el presente caso habrá que estar a la interpretación y aplicación de las obligaciones legales establecidas, de forma cumulativa, en el art. 79 de la LMV».

Y a continuación, se deja constancia de la contradicción entre Audiencias Provinciales.

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

5. Desestimación del motivo segundo . El motivo debe desestimarse por conllevar un defecto de formulación que hubiera justificado su inadmisión y ahora su desestimación. No basta con indicar con precisión la norma jurídica infringida por la sentencia recurrida, que en este caso se hace al mencionar el art. 79 bis LMV, sino que además debe acompañarse de una explicación clara de la infracción: cómo, por qué y en qué ha sido infringida o desconocida la norma, sin que para ello pueda acudir, como hace el recurrente, a una remisión a lo expuesto en otro apartado del escrito de recurso.

La formulación del motivo debe ir acompañada de una exposición razonada de la infracción denunciada en el encabezamiento y de cómo influyó en el resultado. Además debe hacerse con una razonable claridad expositiva, que permita identificar el problema jurídico planteado y fundamentar adecuadamente la infracción legal denunciada. En nuestro caso no es así, pues además de que la formulación del motivo es confusa, el desarrollo se apoya en una remisión a lo argumentado en otro motivo y se completa con valoraciones genéricas y vagas, sin que el tribunal tenga que extraer las razones que a su entender justificarían la infracción denunciada del contenido de las sentencias de las audiencias que luego se referencian.

CUARTO. Costas

Desestimados el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal, imponemos a la parte recurrente las costas ocasionadas con ambos recursos (art. 398.1 LEC).

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 Avanzado Tendencias, S.L., Plaza Mayor Helmántica Consulting, S.L., SGR Sociedad de Gestión y Reinversión, S.L., y Verapeme, S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (sección 1ª) de 29 de octubre de 2013 (rollo núm. 262/2013), que conoció de la apelación de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Lucena de 13 de marzo de 2013 (juicio ordinario 836/2010). **2.º-** Desestimar el recurso de casación interpuesto por Avanzado Tendencias, S.L., Plaza Mayor Helmántica Consulting, S.L., SGR Sociedad de Gestión y Reinversión, S.L., y Verapeme, S.L. contra la reseñada sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (sección 1ª) de 29



de octubre de 2013 (rollo núm. 262/2013). 3.º- Imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación a la parte recurrente. Y 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ