



Roj: **STS 3238/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3238**

Id Cendoj: **28079110012018100511**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/09/2018**

Nº de Recurso: **3334/2015**

Nº de Resolución: **524/2018**

Procedimiento: **Civil**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Barcelona, núm. 36, 07-01-2014 ,  
SAP B 8237/2015,  
STS 3238/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 524/2018**

Fecha de sentencia: 24/09/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3334/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/09/2018

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA. SECCIÓN 16.<sup>a</sup>

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN núm.: 3334/2015

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 524/2018**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan



En Madrid, a 24 de septiembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por Banco Mare Nostrum S.A., representado por el procurador D. Cecilio Castillo González bajo la dirección letrada de D. David Viladecans Jiménez, contra la sentencia n.º 378/2015 dictada en fecha 31 de julio por la Sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación n.º 501/2014 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1558/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 36 de Barcelona, sobre nulidad contractual. Ha sido parte recurrida La Pleta de Cereja S.L., Sweet Galaxy S.L., Promotora de Poniente S.L., Globus Barcelona S.L., Kripen S.L. y Nexus Monjos Residencial S.L., Recerques i Captacions S.L. y Nexus Catalonia S.L., representados por el procurador D. Ricardo Simó Pascual y bajo la dirección letrada de D. Juan Ignacio Navas Marqués.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- Las mercantiles Recerques i Captacions S.L, Nexus Monjos Residencial S.L., Kripen S.L., Nexus Catalonia S.L., Globus Barcelona S.L., Promotora de Poniente S.L., La Pleta de Cereja S.L. y Sweet Galaxy S.L. interpusieron demanda de juicio ordinario contra Caixa Penedès S.A. en la que solicitaban se dictara sentencia:

«Declarando la nulidad de los contratos de swap de tipo de interés indicados en el encabezamiento, acordando las recíprocas restituciones de las cantidades abonadas y cargadas en la cuenta de mi mandante en las liquidaciones realizadas de acuerdo a la suscripción de dichos contratos junto con los intereses legales, condenando al demandado al pago de las costas procesales y de los perjuicios acreditados por mi mandante».

2.- La demanda fue presentada el 19 de noviembre de 2012 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 36 y fue registrada con el n.º 1558/2012. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- Banco Mare Nostrum S.A. como sucesora de Caixa D'Estalvis del Penedès, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«Se acuerde el sobreseimiento del proceso en la Audiencia Previa por defecto legal en el modo de proponer la demanda, para el caso de que no se subsane el defecto, con imposición de costas a las actoras;

»Para el caso de no estimar la citada excepción procesal o que la misma sea subsanada, dictar la correspondiente sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, absolviendo a mi mandante de todos los pedimentos formulados en su contra, con imposición de costas a las actoras».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 36 de Barcelona dictó sentencia de fecha 7 de enero de 2014, con el siguiente fallo:

«Que estimando totalmente la demanda presentada por el Sr. Ricard Simó Pascual en representación de Kripen S.L., Globus Barcelona S.L., Nexus Catalonia S.L., Nexus Monjos Residencial S.L., Sweet Galaxy S.L., Promotora Poniente S.L., Recerques I Captacions S.L. y la Pleta de Cereja S.L., asistidos por el Sr. Juan Ignacio Navas Marques, frente a Banco Mare Nostrum S.A., antes Caixa Penedés, representada por la Sra. Marta Pradera y asistida por el Sr. David Viladecans.

»1/ Declaro la nulidad de los siguientes contratos por vicio en el consentimiento:

»1. Suscrito con Galaxy S.L.: CMOF de fecha 8 de febrero de 2007 y la suscripción a su amparo de swap subvencionado sobre tipo de interés de fecha 2 de octubre de 2008 y vigencia del 15 de octubre de 2008, con vencimiento el 15 de octubre de 2011, con importe nominal de 7.000.000 ?.

»2. Suscrito con Nexus Catalonia S.L.: CMOF de fecha 8 de febrero de 2007 y la suscripción a su amparo de swap subvencionado sobre tipo de interés de fecha 2 de octubre de 2008 y vigencia del 15 de octubre de 2008, con vencimiento el 15 de octubre de 2011, con importe nominal de 1.000.000 ?.

»3. Suscrito con Kripen S.L.: Contrato Marco de Operaciones Financieras de 8 de febrero de 2007 y la suscripción a su amparo de swap subvencionado sobre tipo de interés de fecha 2 de octubre de 2008 y vigencia del 15 de octubre de 2008, con vencimiento el 15 de octubre de 2011, con importe nominal de 5.500.000 ?.

»4. Suscrito con Nexus Monjos Residencial S.L.: CMOF de fecha 8 de febrero de 2007 y la suscripción a su amparo de swap subvencionado sobre tipo de interés de fecha 2 de octubre de 2008 y vigencia del 15 de octubre de 2008, con vencimiento el 15 de octubre de 2011, con importe nominal de 2.000.000 ?.



- »5. Suscrito con Globus Barcelona S.L.: CMOF de 8 de febrero de 2007 y la suscripción a su amparo del swap subvencionado sobre tipo de interés de fecha 2 de octubre de 2008 y vigencia 15 de octubre de 2008, con vencimiento el 15 de octubre de 2011, con importe nominal de 1.500.000 ?.
- »6. Suscrito con la Pleta de Cereja S.L.: CMOF de fecha 12 de julio de 2007 y la suscripción a su amparo de swap subvencionado sobre tipo de interés de fecha 12 de julio de 2007, con vencimiento el 12 de julio de 2011, con importe nominal de 2.000.000 ?.
- »7. Suscrito por Recerques I Captacions S.L.:
- »a) CMOF de fecha 29 de noviembre de 2006 y suscripción a su amparo de swap subvencionado sobre tipo de interés de fecha 25 de junio de 2007, con vencimiento el 25 de junio de 2011, con importe nominal de 3.000.000 ?.
- »b) COMF de fecha 12 de julio de 2007 y la suscripción a su amparo de swap subvencionado sobre tipo de interés de fecha 2 de octubre de 2008 y vigencia del 15 de octubre de 2008 con vencimiento el 15 de octubre de 2011, con importe nominal de 3.000.000 ?.
- »8. Suscrito con Promotora Poniente S.L.: COMF de fecha 12 de julio de 2007 y la suscripción a su amparo de:
- »a) Swap subvencionado sobre tipo de interés de fecha 12 de julio de 2007, con vencimiento el 12 de julio de 2011, con importe nominal de 2.000.000 ?.
- »b) Swap subvencionado sobre tipo de interés de fecha 2 de octubre de 2008 y vigencia del 15 de octubre de 2008, con vencimiento el 15 de octubre de 2011, con importe nominal de 2.000.000 ?.
- »2/ Se condena a la demandada a la restitución de las cantidades pagadas por las actoras en razón de los contratos suscritos, previa deducción de las cobradas por los mismos, según las liquidaciones que consten en los registros de la demandada, más los intereses legales desde la presente sentencia.
- »3/ Se condena en costas a la parte demandada».

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

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco Mare Nostrum S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 501/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 31 de julio de 2015 , con el siguiente fallo:

«Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por Banco Mare Nostrum S.A. contra la sentencia de 7 de enero de 2014 dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia número 36 de Barcelona , en los autos de que el presente rollo dimana, debemos revocar y revocamos la misma en el único sentido de fijar en 1.550.323,11 euros la obligación reparatoria a cargo del banco demandado, con el interés legal desde la sentencia de primera instancia, incrementado en dos puntos desde la fecha de esta resolución, confirmando expresamente el resto de la sentencia impugnada.

»Devuélvase el depósito constituido para recurrir».

Esta sentencia tuvo el voto particular de uno de los magistrados integrantes de la sala.

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

1.- El Banco Mare Nostrum S.A. interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron 4 basados todos ellos en «la valoración arbitraria e irracional de la prueba: La prueba de documentos privados. Infracción del artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ».

Los motivos del recurso de casación fueron:

»Primero.- Infracción del artículo 1266 Código Civil en relación con el artículo 78 bis LMV: Cliente profesional.

»Segundo.- Infracción del artículo 1266 Código Civil en relación con el artículo 79 LMV: No incumplimiento de los deberes de información.

»Tercero.- Infracción del artículo 1266 Código Civil en relación con el artículo 79 bis LMV: No incumplimiento de los deberes de evaluación de la idoneidad.

»Cuarto.- Infracción del artículo 1266 Código Civil .



»Quinto.- Infracción del artículo 1266 Código Civil y de la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia n.º 458/2014 del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 8 de septiembre de 2014, la sentencia n.º 207/2015 de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 23 de abril de 2015 y la sentencia n.º 323/2015 del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 30 de junio de 2015 ».

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 18 de abril de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de Banco Mare Nostrum S.A. contra la sentencia dictada en segunda instancia el 31 de julio de 2015, por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16.ª, en el rollo de apelación n.º 501/2014, dimanante del juicio ordinario n.º 1558/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 36 de Barcelona».

3.- Mediante escrito de 23 de abril de 2018, Bankia S.A. pone en conocimiento de la sala la absorción de Banco Mare Nortrum S.A. por parte de Bankia S.A.

4.- Se dio traslado a las partes recurridas para que formalizaran su oposición al recurso de casación, lo que hicieron mediante la presentación del correspondiente escrito.

5.- Por providencia de 10 de julio de 2018 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 12 de septiembre de 2018, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

El presente recurso versa sobre la nulidad por error de unos contratos de permuta financiera celebrados por los mismos administradores de varias empresas de un grupo empresarial que habían celebrado con anterioridad otros contratos semejantes a los que ahora impugnan y que, además, otorgaron fianza para garantizar sus liquidaciones negativas. Las dos sentencias de instancia estimaron la demanda y recurre la entidad financiera.

1.- La sentencia de la Audiencia Provincial contiene la siguiente enumeración de hechos no controvertidos:

«1º/ las empresas del denominado grupo Bonet, perteneciente a Darío y a Desiderio -padre e hijo- y dedicado a la promoción inmobiliaria, eran clientes de antiguo de Caixa d'Estalvis del Penedés, y a finales del año 2006 manejaban un riesgo crediticio global con esa entidad superior a 20 millones de euros;

»2º/ en fecha 29 de noviembre de 2006 Recerques i Captacions SL, empresa perteneciente a ese grupo, firmó con Caixa Penedés un contrato marco en previsión de las diversas operaciones financieras que pudieran concertar entre ellas, con mención específica de la permuta de tipos de interés, y a continuación un "swap sobre tipo de interés" por un periodo de dos años a computar desde el 1 de agosto siguiente y un importe nominal de tres millones de euros, consistente en que el banco pagaría trimestralmente el euribor a 3 meses mientras que el cliente abonaría el interés fijo, siendo cancelado anticipadamente dicho swap en fecha 26 de junio de 2007 y sustituido por otro modalidad swap bonificado;

»3º/ el 8 de febrero de 2007 otras cinco empresas del grupo (Nexus Catalonia SL, Nexus Monjos Residencial SL, Sweet Galaxi SL, Globus Barcelona SL y Kripen SL) firmaron con Caixa Penedés otros tantos contratos marco y sendas permutas financieras de tipos de interés por las que la entidad pagaba el euribor a 3 meses y el cliente un tipo fijo de 4,28%, de tres años de duración, con inicio de cobertura para el siguiente 1 de agosto, y un importe nocional total de 17 millones de euros;

»4º/ los seis swaps mencionados en los epígrafes anteriores fueron cancelados anticipadamente en fecha 25 de junio de 2007 y sustituidos por otras tantas permutas de tipos -modalidad swap bonificado- de iguales importes nocionales y duración, que a su vez fueron cancelados anticipadamente el día 30 de junio de 2008, en cuya fecha las cinco empresas del grupo reseñadas en el epígrafe anterior suscribieron otras tantas permutas modalidad range accrual, que a su vez fueron canceladas -sin llegar a producir liquidación alguna- el siguiente 25 de agosto;

»5º/ el 2 de octubre de 2008 las mencionadas seis empresas del grupo firmaron sendas permutas de tipos de interés por un total nocional de 20 millones de euros y una duración de tres años, cuyos contratos finalizaron a su vencimiento;



»6º/ el 12 de julio de 2007 otras dos empresas del grupo, Promotora de Poniente SL y La Pleta de Cereja SL, habían suscrito sendas permutas de tipos -modalidad swap bonificado- con Caixa Penedés por un periodo de cuatro años y un capital de dos millones de euros cada una, siendo sustituida la permuta de Promotora de Poniente el 2 de octubre de 2008 por otra de iguales características, también extinguida a su vencimiento;

»7º/ el saldo global de las liquidaciones de las permutas de tipos referidas arroja un resultado negativo para las empresas del grupo Bonet, ya que frente a cobros por un total de 65.115,20 euros hubo pagos por un total de 1.615.438,31 euros, habiendo dejado impagadas liquidaciones por valor de 796.681,59 euros;

»8º/ la demanda judicial se interpuso el 19 de noviembre de 2012, ya vencidos todos los contratos».

**2.-** El 19 de noviembre de 2012, Recerques i Captacions S.L, Nexus Monjos Residencial S.L., Kripen S.L., Nexus Catalonia S.L., Globus Barcelona S.L., Promotora de Poniente S.L., La Pleta de Cereja S.L. y Sweet Galaxy S.L. (en adelante las demandantes) interpusieron demanda de juicio ordinario contra Caixa Penedés S.A. (en la actualidad Banco Mare Nostrum S.A., en adelante la demandada o la entidad financiera) por la que solicitaban la nulidad de una serie de contratos celebrados entre las partes y la recíproca restitución de las cantidades abonadas y cargadas como consecuencia de dichos contratos.

La demanda se refería, en particular, a los siguientes contratos: Contratos Marco de Operaciones financieras (CMOF) de fechas 8 de febrero de 2007, 12 de julio de 2009, 29 de noviembre de 2006, así como las siete confirmaciones de Swap de Tipo de interés de fecha 2 de octubre de 2008 pertenecientes respectivamente a KRIPEN, S.L., GLOBOS BARCELONA, S.L., NEXOS CATALONIA, S.L., NEXOS MONJOS RESIDENCIAL, S.L., SWEET GALAXY, S.L., PROMOTORA DE PONIENTE, S.L. Y RECERQUES I CAPTACIONS, S.L. las confirmaciones de Swap de Tipo de Interés de fecha 12 de julio de 2007 pertenecientes a LA PLETA DE CEREJA, S.L. y PROMOTORA DE PONIENTE, S.L. y la conformación del Contrato Swap de Tipos de Interés de fecha 25 de junio de 2007.

**3.-** El juzgado estimó íntegramente la demanda, declaró la nulidad de los contratos y condenó a la entidad demandada a restituir las cantidades abonadas por las actoras en razón de los contratos suscritos previa deducción de las cantidades cobradas por los mismos según las liquidaciones que consten en los registros de la demandada, más intereses desde la sentencia.

El juzgado basó su decisión en el error provocado por la falta de cumplimiento de los deberes de información por parte de la entidad financiera, que ofreció los productos a los administradores de la sociedad, que era cliente minorista, y sugirió la cancelación de los anteriores contratos, prescindiendo de su interés y conveniencia. Ante la discrepancia de declaraciones de las partes sobre la información precontractual proporcionada, el juzgado restó importancia tanto al hecho de que las demandantes hubieran suscrito con anterioridad otros swaps (porque no constaba que hubieran generado liquidaciones negativas que permitieran conocer el riesgo de los productos) como al hecho de que hubieran firmado fianzamientos de las eventuales liquidaciones negativas (lo que las demandantes justificaron en haber firmado toda la documentación que se les presentó por la entidad). Tuvo en cuenta que no se realizara el test de conveniencia y que meses antes de la contratación los expertos contarán con estimaciones de bajadas del tipo de interés, lo que permitía pensar que la demandada disponía de más información que los clientes y no se la proporcionó. Concluyó que no constaba que se informase concretamente a los administradores sobre los riesgos del producto ni sobre los costes de cancelación, lo que propició el error en la contratación.

**4.-** La entidad demandada recurrió en apelación y la Audiencia estimó el recurso en el único extremo de fijar la obligación de restitución a una cantidad determinada, sin remisión a la ejecución de sentencia, manteniendo la declaración de nulidad de todos los contratos.

En sus razonamientos, la sentencia de apelación analizó de manera separada los contratos celebrados antes y después de la entrada en vigor de las normas MIFID.

Para los primeros (permutas de junio y julio de 2007) afirmó que el error padecido por las demandantes era imputable a la demandada porque no ofreció a los administradores trípticos informativos, fichas del producto o borradores del contrato que pudieran facilitarles la comprensión de la naturaleza y riesgos de los productos. Afirmó que no constaba que los documentos denominados «términos y condiciones indicativos» fueran suscritos con la antelación relatada (unos 15 días) por el empleado de la entidad, porque llevaban la misma fecha que los contratos, que solo se informó de manera verbal de lo básico, que los impresos preredactados de confirmación subrayan la finalidad de servir de cobertura a los riesgos de subida de tipos de interés, por lo que dada la inexperiencia inversora de los clientes pudieron pensar que «aseguraban» la estabilidad de su carga financiera, que fue insuficiente la somera información proporcionada por el empleado de la entidad de que tendrían que pagar si bajaban los tipos sin advertir del alto riesgo del producto, que la inclusión en las cuentas anuales de las sociedades de los derivados de cobertura no era indicio del pleno conocimiento del producto financiero porque se hicieron meses después de la contratación. Consideró que



tampoco constaba que las cinco fianzas personales por un máximo de 1.008.000 euros en garantía del pago de las eventuales liquidaciones negativas que pudieran arrojar los swaps contratados previamente a los que se impugnan fueran firmadas con antelación y con la debida y específica explicación de su significado. Negó que la contratación sucesiva de permutas de tipos eliminara la excusabilidad del error si en las segundas o ulteriores no se dio la más completa información previa del producto, y que en el caso no se había acreditado que se informara del peligro en caso de descenso de los tipos para que el cliente adoptara su decisión inversora con pleno conocimiento de causa.

Para las permutas contratadas después de la Directiva MIFID, la sentencia de apelación razonó que la demandada omitió el análisis del perfil financiero inversor previsto en la legislación del mercado de valores, que tomó la iniciativa de aconsejar la contratación de los productos y realizó un asesoramiento sin cumplimentar la evaluación de idoneidad del producto para el cliente, ni en forma de test ni de cualquier otra forma, que la contratación de swaps en octubre de 2008 obedecía a la sola conveniencia de la entidad, que la normativa que protege a los clientes minoristas no dispensa de los deberes de información por el hecho de que en los años anteriores el cliente hubiera contratado permutas de tipos de interés, que no eran idénticas en cuando los índices de referencia eran distintos. La sentencia consideró plausible la afirmación de los administradores de que se dejaron arrastrar por las someras indicaciones que recibieron de su bancario de confianza, que se limitó a exponer la finalidad de cobertura del producto sin advertir de los riesgos.

5.- Frente a la sentencia de apelación, la demandada interpuso recurso extraordinario por infracción procesal, fundado en cuatro motivos, y recurso de casación fundado en cinco motivos.

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

##### **1.-** *Formulación de los motivos.*

Los cuatro motivos denuncian, al amparo del art. 469.1.4.º LEC, una valoración arbitraria, ilógica e irracional de la prueba por parte de la sentencia recurrida que no supera, conforme a la doctrina constitucional, el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en art. 24 CE.

En el desarrollo del primer motivo impugna la conclusión de la sentencia de que no consta acreditado que los documentos identificados como «términos y condiciones» fuesen precontractuales y razona que sí fueron firmados antes que los derivados impugnados (args. folios 23 a 27 del recurso). Razona que la estimación del motivo debe dar lugar a la integración del *factum* o, subsidiariamente, a la resolución conforme a lo alegado en el motivo dos del recurso de casación.

En el desarrollo del segundo motivo impugna la conclusión de la sentencia recurrida en el sentido de que las actoras eran unos empresarios noveles y razona que se trata de clientes profesionales a efectos de la normativa MIFID (args. folios 29 a 32 del recurso). Razona que la estimación del motivo debe dar lugar a declarar como probado que las actoras no eran empresas noveles, sino que su dimensión les permitía tomar sus propias decisiones de inversión y para valorar correctamente los riesgos inherentes a dichas decisiones o, subsidiariamente, a la resolución conforme a lo alegado en los motivos primero y quinto del recurso de casación.

En el desarrollo del tercer motivo impugna la conclusión de la sentencia recurrida en el sentido de que el hecho de que las demandantes hubieran contratado con la demandada swaps con anterioridad no es relevante y no permite presumir nada en cuanto al conocimiento de los contratos impugnados y sus riesgos (args. folios 35 a 39 del recurso). Razona que la estimación del motivo debe dar lugar a la integración del *factum* en el sentido de declarar como probado que las actoras eran conocedores de los swaps contratados, dado que con anterioridad habían contratado un número considerable de swaps con la recurrente con una estructura obligacional y formal cuasi idéntica o, subsidiariamente, a resolver conforme a lo alegado en los motivos tercero y quinto del recurso de casación.

En el desarrollo del cuarto motivo impugna la conclusión de la sentencia recurrida en el sentido de que las fianzas constituidas por los administradores y socios de las actoras para cubrir el riesgo de impago de una serie de swaps es irrelevante en el juicio de existencia del error (args. folios 41 a 44 del recurso). Razona que la estimación del motivo debe dar lugar a que se integre el *factum*, en el sentido de declarar como probado que las actoras afianzaron por más de 1.000.000,00 euros antes de la celebración de los contratos impugnados y que ello demuestra que eran conscientes de los riesgos de los swaps o, subsidiariamente, a resolver teniendo en cuenta lo alegado en el motivo quinto del recurso de casación.

##### **2.-** *Decisión de la sala. Desestimación.*

Se desestiman todos los motivos del recurso por infracción procesal.



Nuestro ordenamiento procesal civil no reconoce la posibilidad de tercera instancia en los procesos civiles. La valoración de la prueba impugnada debe afectar a la fijación de los hechos, no puede alcanzar a la propia valoración jurídica, como se desprende de la propia enumeración de motivos de recurso contenida en el art. 469 LEC. De manera excepcional, únicamente es posible cierto control sobre las conclusiones de hecho que sirven de base a la sentencia recurrida -la de apelación-, al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC, siempre que, conforme a la doctrina constitucional, no superen el test de la razonabilidad exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE -en este sentido SSTs 101/2011, de 4 de marzo, y 263/2012, de 25 de abril-. No obstante, como se ha adelantado, la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal por este motivo no da paso a una tercera instancia en la que, fuera de los supuestos excepcionales, se pueda replantear la completa revisión de la valoración de la prueba, ya que esta es función del enjuiciamiento en la instancia, que se agota en la apelación. Por ello, es doctrina jurisprudencial incontrovertida, tal y como recuerda la Sentencia de esta Sala 44/2015, de 17 de febrero, que la valoración de la prueba corresponde en principio al tribunal de instancia, debiéndose reducir su examen en esta sede a problemas de infracción en concreto de una regla de valoración, al error patente y a la interdicción de la arbitrariedad o irrazonabilidad (Sentencias del Tribunal Constitucional 63/1984, 91/1990, 81/1995, 142/1999, 144/2003, 192/2003, 276/2006, 64/2010 y 138/2014; y de esta Sala de 24 de febrero y 24 de julio de 2000 y 15 de marzo de 2002, entre otras muchas).

En todo caso, la valoración de la prueba impugnada por esta vía debe afectar a la encaminada a la fijación de los hechos, sobre los que se proyecta la valoración jurídica, pero no puede alcanzar a la propia valoración jurídica, como ocurre en el presente caso con los motivos segundo, tercero y cuarto del recurso, en los que lo que se impugna realmente es el criterio jurídico de la Audiencia Provincial para determinar que el cliente no estaba en condiciones de conocer las consecuencias contractuales y económicas de los productos financieros contratados y que, por ello, presto? un consentimiento viciado por error. La valoración de si las actoras eran empresarios noveles, si el hecho de que hubieran contratado con anterioridad otros swaps y hubieran prestado fianzas permiten considerar que sí conocían los riesgos de los productos contratados y que, por tanto, contrataron sin error vicio en el consentimiento no afecta a los hechos probados sino a su valoración y, por tanto, están excluidos de este recurso.

Solo el primero de los motivos plantea una cuestión que a primera vista podría incardinarse en este recurso, pues se refiere a la prueba de que todos los documentos denominados «términos y condiciones» suscritos por las partes lo fueron con antelación a la firma de los respectivos contratos, frente a la afirmación de la sentencia recurrida de que no consta acreditado que fuesen documentos precontractuales y que hubiesen sido suscritos con anterioridad a los respectivos contratos. El motivo sin embargo tiene que ser desestimado porque aunque tiene razón la recurrente cuando argumenta que partiendo de algunos datos (firma de diferentes personas por parte de la demandada en los contratos y en los documentos «términos y condiciones», diferente lengua de redacción de unos y otros) resulta lógico concluir que se firmaron en lugares diferentes, de ello no resulta la fecha en que se firmaron. La alegación de que los documentos «términos y condiciones» llevan la fecha prevista para la celebración de alguna de las operaciones y no la fecha de firma del contrato, con ser plausible, no suple la falta de fecha de firma de tales documentos ni permite deducir que se firmaron con antelación suficiente a la firma de los contratos como para considerar, ahora ya como valoración jurídica y no hechos probados, que los clientes estaban informados en el momento de contratar.

### **TERCERO.- Recurso de casación**

Los cinco motivos del recurso denuncian infracción del art. 1266 CC y se dirigen a impugnar la valoración de la sentencia recurrida en el sentido de que hubo error invalidante en la contratación.

En el primer motivo razona que las demandantes, que pertenecen al mismo grupo y por tanto deben ser contempladas de manera unitaria, deben ser consideradas como clientes profesionales, tanto por sus fondos propios como por las partidas de activo (art. 78 bis LMV) y argumenta que la jurisprudencia de la Sala Primera aplicada por la sentencia recurrida se refiere a clientes minoristas.

En el segundo motivo razona que la entidad financiera cumplió los deberes de información (art. 79 LMV) y se proporcionaron antes de la firma de los contratos litigiosos documentos informativos precontractuales en los que se informaba de las características, condiciones y régimen de los productos, en particular de los supuestos en los que el cliente tendría que pagar.

En el tercer motivo razona que no se incumplió el deber de evaluación de la idoneidad/conveniencia que establecen los apartados 6 y 7 del art. 79 bis LMV y los arts. 72 a 74 del RD 217/2008, de 15 de febrero, porque no se trata de realizar un test sino de evaluar la conveniencia o idoneidad para el cliente y cuando el cliente ya ha contratado con anterioridad, cada operación relacionada con el mismo instrumento financiero no debe



considerarse como la prestación de un servicio nuevo y se presume que si ya ha contratado un swap y vuelve a contratar uno similar o idéntico es porque tiene experiencia y lo conoce.

En el cuarto motivo razona que la sentencia recurrida infringe la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la aplicación del art. 1266 CC al error vicio en la contratación de productos financieros complejos, conforme a la cual lo relevante es si el cliente conocía las características y riesgos de los productos. Alega que la sentencia no ha valorado adecuadamente que las demandantes habían contratado previamente swaps del mismo tipo y que habían constituido previamente fianzas para garantizar los swaps por un importe superior a un millón de euros.

En el motivo quinto razona que la sentencia recurrida infringe la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la aplicación del art. 1266 CC al error vicio en la contratación de productos financieros complejos cuando el cliente es un experto inversor, porque entonces se presume que conoce la naturaleza y los riesgos de los productos que contrata.

Procede estimar el recurso por las razones que exponemos a continuación.

#### **CUARTO.- Estimación del recurso de casación**

**1.-** La sentencia recurrida valora que hubo error excusable por parte de las demandantes y que tal error le era imputable a la demandada, tanto en la contratos de los swaps celebrados en junio y julio de 2007 como en los celebrados en octubre de 2008. Para los primeros considera decisivo que no se proporcionara con antelación a la firma de los contratos información documentada precontractual y que en los contratos se utilizaran términos como el de cobertura, que podía hacer pensar a las demandantes que se aseguraban la estabilidad de su carga financiera; no considera decisivo ni que hubieran contratado sucesivamente permutas con anterioridad a los primeros contratos impugnados ni que hubieran prestado fianzas en garantía del pago de liquidaciones negativas para algunas de tales permutas. Para los segundos contratos impugnados, la sentencia considera decisivo que no se cumplimentara la evaluación de idoneidad ni se evaluara la conveniencia para las demandantes de los productos contratados; añade que el hecho de que las demandantes hubieran contratado swaps en años anteriores no excusa el que la entidad financiera omitiera la evaluación dado que la normativa no efectúa tal dispensa y los índices de referencia en los contratos eran diferentes.

**2.-** Todos los motivos del recurso denuncian infracción del art. 1266 CC e impugnan la apreciación de error vicio en el consentimiento en la celebración de los contratos litigiosos, pero lo hacen por varias razones: por pertenecer las demandantes a un mismo grupo empresarial que debe ser considerado como un cliente profesional, por haber mediado información precontractual y cumplimiento por parte de la entidad de los deberes de información y por no haber tenido en cuenta que las demandantes habían contratado con anterioridad productos semejantes a los litigiosos y habían suscrito fianzas en garantía del pago de las liquidaciones negativas, lo que revelaría un conocimiento del riesgo.

**3.-** Partiendo de los hechos probados, no consta acreditado en la instancia que la demandada recurrente, que ahora en casación invoca el carácter profesional del grupo al que pertenecen las demandantes, las hubiera calificado como inversores profesionales ni que se lo hubiera comunicado, por lo que, aunque fuera cierto que se cumplen los requisitos del art. 78 bis LMV (redactado por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre , y aplicable a los contratos impugnados celebrados en 2008), tampoco se les dio ocasión de solicitar un trato no profesional; la propia demandada no invocó tal carácter profesional en su contestación a la demanda ni en su recurso de apelación, donde insistió en otras razones para excluir que hubiera habido error en la contratación. Por ello, debemos partir de la consideración de que se trataba de clientes minoristas y que la demandada estaba obligada a suministrar, con carácter previo a la contratación, una información clara y comprensible al cliente que permitiera conocer los riesgos concretos del producto, y a realizar los correspondientes test de conveniencia o de idoneidad, en su caso. Los mismos deberes de información eran exigibles, aunque entonces no se exigiera la clasificación de los clientes ni la celebración de los tests correspondientes, para la celebración de los contratos celebrados en 2007, antes de la vigencia de la normativa MiFID.

**4.-** No obstante, atendiendo al significado que estos deberes tienen en el marco de la doctrina del error como vicio del consentimiento determinante de la nulidad contractual, que es lo relevante en este proceso civil, la jurisprudencia de esta sala ha precisado que, en su caso, el incumplimiento de los deberes no determina por sí la existencia de error vicio, sino que lo presumen. De modo que, a pesar de la falta de constancia de la información precontractual y, en su caso, del preceptivo test, puede acreditarse que el cliente contrató con conocimiento de las características del producto y de sus riesgos ( sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014 ; 32/2017, de 19 de enero ; 99/2017, de 15 de febrero ; y 264/2018, de 9 de mayo ).

**5.-** En el presente caso, hay datos que permiten concluir que no se contrató con error vicio y que los administradores de las demandantes tenían conocimiento de lo que contrataban y de sus riesgos, en atención





a la experiencia derivada de la previa contratación de esta clase de productos financieros así como del otorgamiento de fianzas en garantía de los resultados negativos de algunos de esos swaps, lo que corrobora que, antes de contratar los swaps que ahora se impugnan, conocían el riesgo de pérdidas. Consta probado en la instancia que las partes contrataron swaps desde 2006, antes de los swaps que se impugnan, de modo que los swaps anteriores y sus liquidaciones muestran cómo el banco y las empresas del grupo fueron adaptando a las situaciones del mercado el tipo de permuta financiera que podía serle más favorable, sin perjuicio de que la bajada de los tipos hiciera aflorar liquidaciones negativas.

**6.-** Lo anterior permite concluir que no es correcta la valoración jurídica realizada por la Audiencia y que, por el contrario, cuando contrataron las permutas financieras impugnadas los administradores de las demandantes conocían el producto financiero y los riesgos que conllevaba en caso de bajada de los tipos de interés, y por ello no se contrató con error vicio.

Por todo lo anterior, procede estimar el recurso de casación, anular la sentencia de segunda instancia y desestimar la demanda.

#### **QUINTO.- Costas y depósitos**

**1.-** La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal determina que se impongan a la recurrente las costas generadas por dicho recurso. La estimación del recurso de casación determina que no se impongan a ninguna de las partes las costas de dicho recurso ( arts. 398 y 394 LEC ).

No se imponen las costas de la apelación porque el recurso debió ser estimado ( art. 398 LEC ) y se imponen a la demandante las costas de primera instancia ( art. 394 LEC ).

**2.-** Procede acordar la pérdida del depósito constituido para interponer el recurso por infracción procesal y la devolución del depósito constituido para interponer el recurso de casación, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartados 8 y 9 LOPJ .

#### **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 y estimar el recurso de casación interpuesto por Banco Mare Nostrum S.A. (en la actualidad Bankia S.A.) contra la sentencia dictada en segunda instancia el 31 de julio de 2015, por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16.ª, en el rollo de apelación n.º 501/2014 , dimanante del juicio ordinario n.º 1558/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 36 de Barcelona.

**2.º-** Anular dicha sentencia y, en su lugar, desestimar la demanda interpuesta por Recerques i Captacions S.L, Nexus Monjos Residencial S.L., Kripen S.L., Nexus Catalonia S.L., Globus Barcelona S.L., Promotora de Poniente S.L., La Pleta de Cereja S.L. y Sweet Galaxy S.L.

**3.º-** Imponer a Banco Mare Nostrum S.A. (en la actualidad Bankia S.A.) las costas del recurso extraordinario por infracción procesal. No imponer las costas del recurso de casación ni las de la apelación. Imponer a las demandantes las costas de la primera instancia.

**4.º-** Imponer la pérdida del depósito constituido para interponer el recurso por infracción procesal y la devolución del depósito constituido para interponer el recurso de 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.