

Roj: **STS 323/2016 - ECLI:ES:TS:2016:323**Id Cendoj: **28079110012016100017**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **04/02/2016**Nº de Recurso: **3134/2012**Nº de Resolución: **32/2016**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP M 20834/2012,**  
**STS 323/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a cuatro de Febrero de dos mil dieciséis.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Proidei Promociones y Desarrollo Inmobiliario, S.L., y Las Cumbres de Calahonda, S.L., representadas por el procurador D. Ernesto García-Lozano Martín, bajo la dirección letrada de D. Fernando Zunzunegui Pastor, contra la sentencia dictada el 5 de octubre de 2012 por la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 635/2012, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 700/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Móstoles, sobre nulidad de contratos de permuta financiera SWAP. Ha sido parte recurrida Banco de Santander, S.A., representado ante esta Sala por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo y bajo la dirección letrada de D. Ramón Entrena Cuesta.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero** .- *Tramitación en primera instancia.*-

1.- El procurador D. Ernesto García-Lozano Martín, en nombre y representación de las mercantiles Proidei Promociones y Desarrollo Inmobiliario, S.L y Las Cumbres de Calahonda, S.L, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco de Santander, S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia por la cual: «1) Que se declare la nulidad de los contratos de permuta financiera relacionados en la Tabla 3 de la presente demanda, y que de conformidad con el art. 1303 del Código Civil, se proceda a la restitución recíproca de las prestaciones, con condena al Banco Santander a la restitución de las liquidaciones abonadas por los clientes demandantes, según quedan expresadas en la Tabla 14, incluyendo las que se hayan podido cargar o generar con posterioridad, previa compensación con las abonadas por la demandada, y todo ello junto con los intereses legales que se hayan devengado, dejando, en su caso, sin efecto la exigibilidad de cualquier suma en concepto de cancelación anticipada.

2) Subsidiariamente se solicita que se declare el incumplimiento por parte del Banco de Santander, de sus obligaciones contractuales esenciales en la venta- asesorada de las permutas financieras relacionadas en la Tabla 3 de la presente demanda, en los términos recogidos en el cuerpo de la presente demanda, y de conformidad con el art. 1.124 y 1.101 del Código Civil, se declare la resolución de los contratos que aún estuvieren vigentes y el resarcimiento de daños y abono de intereses, que se concretan en la condena al Banco Santander a la restitución de las liquidaciones abonadas por los clientes demandantes, según quedan expresadas en la Tabla 14, incluyendo las que se hayan podido cargar o generar con posterioridad, previa compensación con las abonadas por la demandada, y todo ello junto con los intereses legales que se hayan devengado, dejando, en su caso, sin efecto las sumas exigidas en concepto de cancelación anticipada.



3) Subsidiariamente se solicita que, se declare que el Banco Santander ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información en su venta asesorada de derivados en los términos recogidos en el cuerpo de la presente demanda, sobre los swaps relacionados en la Tabla 3, y, en particular, que ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de seguimiento de la posición, y al amparo del artículo 1.101 del Código Civil, se le condene a indemnizar a mis mandantes por los daños y perjuicios causados, equivalentes a la pérdida ocasionada desde el momento en que debió avisar a los clientes, esto es, cuando las pérdidas ascendieran a más del 2% de sus fondos propios. A la indemnización determinada deberá añadirse los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, previa compensación con las liquidaciones abonadas por la demandada, y todo ello junto con los intereses legales que se hayan devengado, declarándose condonadas, en su caso, las sumas exigidas o que se pudieran exigir en concepto de cancelación anticipada y que excedan el indicado 2% de los fondos propios.

4) De forma cumulativa con las anteriores peticiones, se solicita que se condene a la demandada al pago de las costas judiciales causadas.»

2.- La demanda fue presentada el 14 de abril de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Móstoles y fue registrada con el núm. 700/2011. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Juan Antonio Gómez García, en representación de Banco Santander, S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba «se dicte sentencia por la que desestime íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas en todo caso a la demandante».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Móstoles dictó sentencia de fecha 30 de marzo de 2012, con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO:

Estimando íntegramente la demanda formulada por el Procurador D. Ernesto García-Lozano Martín, en nombre y representación de LAS CUMBRES DE CALAHONDA, S.L. y PROIDEI, PROMOCIONES Y DESARROLLO INMOBILIARIO, S.L. contra BANCO SANTANDER S.A., representada por el Procurador D. Juan Antonio Gómez García, debo declarar y declaro la nulidad de los siguientes C.M.O.F y sus correspondientes confirmaciones.

a) Swap bonificado reversible media de fecha 20.10.06, b) Swap de tipos de interés con opción de conversión unilateral de fecha 21.12.07 y c) Swap flotador y convertible con Cap de fecha 05.06.08, suscritos entre CUMBRES DE CALAHONDA, S.L. y la demandada; y : a) Swap de tipos de interés con opción de conversión unilateral de fecha 08.11.07 y b) Opciones de tipos de interés collar con barrera Knoc-in en el floor de fecha 09.04.08, suscritos entre PROIDEI PROMOCIONES Y DESARROLLO INMOBILIARIO, S.L. y la demandada; y en su virtud, debo acordar y acuerdo que se proceda por las partes a la recíproca restitución de las prestaciones, con la condena a la demandada de restituir a las actoras las liquidaciones abonadas por ellas hasta la fecha de la presente resolución, previa compensación con las abonadas por la demandada a las actoras; más los intereses legales; con expresa imposición de las costas causadas a la parte demandada».

**Segundo.- Tramitación en segunda instancia.-**

5.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco de Santander, S.A. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo núm. 635/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 5 de octubre de 2012, cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Banco Santander S.A., que estuvo representada por el Procurador don Eduardo Codes Feijoo, al que se opusieron Cumbres de Calahonda S.L. y Proidei Promociones y Desarrollos Inmobiliarios S.L., representadas por el Procurador don Ernesto García Lozano Martín, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número cinco de Móstoles (juicio ordinario 700/2011) en 30 de marzo del año 2012, debemos revocar, como desde la argumentación expuesta revocamos, la repetida resolución, para absolver, como absolvemos, de la demanda en su día interpuesta por las hoy apelado (demandantes originarias) contra Banco Santander S.A., imponiéndose las costas de la primera instancia a los promotores del litigio (sociedades de responsabilidad limitada Cumbres de Calahonda y Proidei), y sin que se impongan las de la alzada a ninguna de las partes.»

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

6.- El procurador D. Ernesto García-Lozano Martín, en representación de Proidei Promociones y Desarrollo Inmobiliario, S.L. y Las Cumbres de Calahonda, S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:



«Único.- Infracción del principio de libre valoración de la prueba, al aplicar de forma incorrecta las presunciones de los artículos 385 y 386 LEC , con infracción del artículo 24 de la Constitución Española .

Este motivo se interpone al amparo del ordinal 4º del art. 469 LEC , relativo a la infracción, en el proceso civil, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 CE .»

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Por infracción del art. 79.1 de la Ley de Mercado de Valores , vigente en el momento de la contratación de los productos, que obliga a los bancos a " a) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado" y a "e) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados", en los términos desarrollados por el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios.

Segundo.- Infracción del artículo 78 bis de la Ley del Mercado de Valores , relativo a las clases de clientes.

Tercero.- Por infracción del art. 1303 del Código Civil , al considerar la Sentencia de Apelación contrario a este artículo la petición principal de nulidad radical por falta de objeto y falta de causa.

Cuarto.- Infracción de los artículos 1271 y 1273 del Código Civil en cuanto al objeto de los contratos.

Quinto.- Infracción de los artículos 1274 , 1275 y 1276 del Código Civil en cuanto a la causa de los contratos.

Sexto.- Infracción del artículo 7 del Código Civil , en cuanto al ejercicio de los derechos conforme a la buena fe.

Séptimo.- Infracción del artículo 79 quáter LMV en relación con la existencia de un contrato de asesoramiento.

Octavo.- Infracción del artículo 1.101 del Código Civil en cuanto a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios debido al incumplimiento de las obligaciones»

7.- 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 24 de junio de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«ADMITIR LOS RECURSOS DE CASACIÓN Y EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuestos por la representación procesal de PROIDEI PROMOCIONES Y DESARROLLOS INMOBILIARIOS, S.L. Y LAS CUMBRES DE CALAHONDA, S.L., contra la sentencia dictada, el 5 de octubre de 2012, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19ª), en el rollo de apelación nº 635/2012 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 700/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Móstoles.»

8.- 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.

9.- Por providencia de 30 de noviembre de 2015 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 20 de enero de 2016, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.- Resumen de antecedentes.-**

1.- La compañía mercantil "Las Cumbres de Calahonda, S.L.", suscribió el 5 de mayo de 2006 un préstamo con garantía hipotecaria con el "Banco Santander, S.A.", con un principal de 3.300.000 ? y un plazo de amortización de tres años mediante una única cuota; a un tipo fijo de interés del 3,65% el primer año, y a un tipo variable del Euribor + 0,65% los otros dos años.

1.1.- El 20 de octubre de 2006, "Las Cumbres de Calahonda, S.L." concertó con "Banco Santander, S.A." un contrato marco de operaciones financieras ("CMOF"); y en esa misma fecha, un contrato de confirmación de permuta financiera de tipos de interés (swap bonificado reversible media), con un nocional de 3.300.000 ? y vencimiento el 23 de octubre de 2011.

1.2.- El 21 de diciembre de 2007, las mismas partes suscribieron un contrato de confirmación de permuta financiera de tipos de interés (swap de tipos de interés con opción de conversión unilateral), con el que cancelaban la operación anterior, si bien ambas se consideran conjuntas e inseparables. Se mantuvo el nocional y se pactó el vencimiento a 27 de diciembre de 2012.



1.3.- El 3 de junio de 2008, las mismas partes suscribieron un nuevo documento de confirmación de permuta financiera de tipos de interés (swap flotador y convertible con cap), que supuso la cancelación de la operación antes descrita, pero también considerándola como un todo. Se mantuvo el nocional y se estableció como fecha de vencimiento el 5 de junio de 2011.

1.4.- Los tres contratos de swap referenciados dieron lugar a las siguientes liquidaciones:

- a) 23 de enero de 2007: liquidación positiva a favor del cliente, por importe de 31.937,03 ?.
- b) 23 de abril de 2007: liquidación positiva a favor del cliente, por importe de 33,59 ?.
- c) 23 de julio de 2007: liquidación positiva a favor del cliente, por importe de 35.510,48 ?.
- d) 23 de octubre de 2007: liquidación negativa a favor del banco, por importe de 88.424,24 ?.
- e) 27 de marzo de 2008: liquidación positiva a favor de la actora, por importe de 2.452,45 ?.
- f) 5 de septiembre y 5 de diciembre de 2008: liquidaciones neutras.
- g) 5 de marzo de 2009: liquidación negativa a favor del banco, por importe de 6.080,25 ?.
- h) 5 de junio de 2009: liquidación negativa a favor del banco, por importe de 22.609,77 ?.
- i) 5 de septiembre de 2009: liquidación negativa a favor del banco, por importe de 27.745,67 ?.
- j) 5 de diciembre de 2009: liquidación negativa a favor del banco, por importe de 30.622,26 ?.

2.- La entidad mercantil "Proidei Promociones y Desarrollo Inmobiliario, S.L." suscribió el 4 de noviembre de 2007, con "Banco Santander, S.A.", un contrato marco de operaciones financieras ("CMOF"); y en la misma fecha, un documento de confirmación de permuta financiera de tipos de interés (swap de tipos de interés con opción de conversión unilateral), con un nocional de 10.000.000 ? y vencimiento el 12 de noviembre de 2012.

2.1.- El 9 de noviembre de 2007, "PROIDEI" y "Banco Santander" suscribieron un contrato de cuenta corriente con garantía hipotecaria, con un límite de 756.000 ? y vencimiento el 9 de noviembre de 2008, con un interés del 5,05% hasta el 9 de febrero de 2008 y un variable del Euribor + 0,50% el plazo restante.

2.2.- El 29 de noviembre de 2008, las mismas partes concertaron otro contrato de cuenta corriente con garantía hipotecaria, con un límite de 275.000 ? y vencimiento un año, a un interés fijo del 5,25% el primer semestre y variable del Euribor + 0,5% el segundo.

2.3.- El 29 de abril de 2008, las mismas partes suscribieron un nuevo documento de confirmación de opciones de tipos de interés collar con barrera knock-in en el floor, por el que cancelaban el primer swap, si bien ambas operaciones se consideraban de manera conjunta e inseparable. Se mantuvo el nocional y se fijó como fecha de vencimiento el 2 de mayo de 2013.

2.4.- Los dos swap antedichos arrojaron las siguientes liquidaciones:

- a) 12 de febrero de 2008: liquidación positiva para el cliente, por importe de 4.574,45 ?.
- b) 2 de agosto y 2 de noviembre de 2008 y 2 de febrero de 2009: liquidaciones neutras.
- c) 2 de mayo de 2009: liquidación negativa a favor del banco, por importe de 66.960,84 ?.
- d) 2 de agosto de 2009: liquidación negativa a favor del banco, por importe de 85.388,34 ?.
- e) 2 de noviembre de 2009: liquidación negativa a favor del banco, por importe de 97.344,72 ?.

3.- "Las Cumbres de Calahonda, S.L." y "Proidei Promociones y Desarrollo Inmobiliario, S.L." presentaron demanda de juicio ordinario contra "Banco Santander, S.A.", en la que solicitaban: 1) La declaración de nulidad de los contratos suscritos entre las partes antes mencionados, por error en el consentimiento, con restitución de las prestaciones; 2) Subsidiariamente, la resolución de tales contratos por incumplimiento de la entidad bancaria, con indemnización de daños y perjuicios; 3) Subsidiariamente, la condena al banco a indemnizar los daños y perjuicios causados.

4.- Opuesta a tales pretensiones la entidad financiera, el juzgado dictó sentencia en la que consideró resumidamente: (i) Los swap son contratos complejos, a los que resulta aplicable la normativa del mercado de valores; (ii) Son, además, contratos de adhesión redactados unilateralmente por la entidad financiera, sin posibilidad alguna de negociación; (iii) Fue la entidad financiera quien tomó la iniciativa en la suscripción de los contratos controvertidos, incluyendo sus sucesivas modificaciones; (iv) Que las entidades demandantes tengan un volumen de negocio elevado, no significa sin más que sus representantes tengan conocimientos financieros especializados. Sin que tampoco conste que tengan experiencia en este tipo de productos; (v) Los swap fueron "vendidos" como productos de cobertura ante el riesgo de subidas de los tipos de interés; (v)



No se informó a los clientes que de los contratados eran productos en los que nunca podían ganar mucho, mientras que sí podrían tener grandes pérdidas; (vi) La falta de información adecuada propició un error en el consentimiento prestado por las demandantes. Razones por las cuales estimó la demanda.

5.- Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, el mismo fue estimado por la Audiencia Provincial, al considerar que las características de los productos que se plasman en los contratos pueden entenderse por cualquier gestor de sociedades con la magnitud económica de las demandantes, dado que en el administrador de sociedades mercantiles que tengan un importante volumen de negocio y actividad habrá de presumirse la necesaria formación para comprender las características y funcionamiento de los contratos de swap. Además, aunque no había deber de asesoramiento por la entidad financiera, el mismo debe entenderse cumplido desde la firma del contrato marco, porque los sucesivos contratos de swap contenían cláusulas que permitían conocer su dinámica. Los contratos dieron lugar a liquidaciones tanto positivas como negativas, por lo que los clientes tuvieron que ser conscientes de la mecánica de los productos contratados. Como consecuencia de ello, la Audiencia Provincial concluyó que no cabía considerar que hubiera un error excusable que viciara el consentimiento, por lo que revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda.

**Segundo.- Recurso extraordinario por infracción procesal.-**

*Planteamiento :*

1.- "Las Cumbres de Calahonda, S.L." y "PROIDEI Desarrollos Inmobiliarios, S.L." formularon un único motivo de infracción procesal, al amparo del art. 469.1.4º LEC , en relación con el art. 24 CE , por infracción del principio de libre valoración de la prueba, al aplicar de forma incorrecta las presunciones de los artículos 385 y 385 LEC .

2.- En el desarrollo del motivo, se argumenta que la sentencia de apelación parte del indicio consistente en que las actoras eran empresas con cierto volumen de negocio, para establecer la presunción de que ello suponía la experiencia suficiente para comprender lo que contrataban, sin que existe un nexo lógico y razonable entre el indicio y la presunción. Falta de lógica que se acentúa cuando el razonamiento se relaciona con un requisito, el de clasificación de los clientes como minoristas o profesionales (art. 78 bis LMV), que no era de aplicación cuando se iniciaron las relaciones contractuales entre las partes.

*Decisión de la Sala :*

1.- En nuestro sistema procesal civil, como regla general, no es admisible la revisión de la prueba practicada en la instancia por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal, como se desprende de la propia enumeración de motivos de recurso contenida en el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Sin perjuicio de lo cual, es posible cierto control sobre las conclusiones de hecho que sirven de base a la sentencia recurrida -la de apelación- de forma excepcional, al amparo del ordinal 4º del artículo 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, la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal 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 de las instancias y las mismas se agotan 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 a la Sala 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 635/2012, de 2 de noviembre , 223/2015, de 29 de abril , y 313/2015, de 21 de mayo , entre otras muchas). En todo caso, la valoración de la prueba impugnada por esta vía debe afectar a la encaminada a fijar 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, en que lo se impugna realmente es el criterio jurídico de la Audiencia Provincial para determinar que los clientes, por su volumen de negocio y experiencia económica previa, estaban en condiciones de conocer las consecuencias contractuales y económicas de los productos financieros contratados y que prestaron un consentimiento no viciado por error; lo que no es propio de este tipo de recurso extraordinario.

2.- Respecto al control de la apreciación de la prueba de presunciones por esta vía del recurso extraordinario por infracción procesal, tiene afirmado esta Sala, verbigracia en sentencias núm. 215/2013 bis, de 8 de abril , y 836/2005, de 10 de noviembre , que las infracciones relativas a la prueba de presunciones solo pueden producirse en los casos en que se ha propuesto esta forma de acreditación de hechos en la instancia o ha sido utilizada por el juzgador, o cuando éste ha omitido de forma ilógica la relación existente entre los hechos base que declara probados y las consecuencias obtenidas; pero no en aquellos casos, como el presente, en los cuales el tribunal se ha limitado a obtener las conclusiones de hecho que ha estimado más adecuadas



con arreglo a los elementos probatorios que le han sido brindados en el proceso sin incurrir en una manifiesta incoherencia lógica.

3.- En la sentencia recurrida no se hace una aplicación expresa de la prueba de presunciones, ni se contiene mención alguna a los arts. 385 y 386 LEC, donde se regula dicho medio probatorio, sino que el tribunal, en su discurrir lógico de razonamiento, llega a la deducción de que las empresas demandantes, por su volumen de negocio y su experiencia en el mercado, podían estar en condiciones de conocer y comprender los productos financieros que contrataban, lo que excluiría la posibilidad de error en el consentimiento. Aunque la sentencia utilice el verbo "presumir", realmente no aplica una presunción en sentido jurídico-procesal, sino una deducción o una máxima de experiencia. Lo que jurídicamente podrá ser más o menos acertado, pero no se proyecta sobre el punto de vista de la apreciación probatoria, sino desde el de la valoración probatoria. Como decíamos en la Sentencia núm. 77/2014, de 3 de marzo, *"No debe confundirse la revisión de la valoración de la prueba que, al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, excepcionalmente puede llegar a realizarse en caso de error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva ( Sentencias 432/2009, de 17 de junio ; 196/2010, de 13 de abril ; 495/2009, de 8 de julio y 211/2010, de 30 de marzo ; 326/2012, de 30 de mayo ), con la revisión de la valoración jurídica.... Como ya hemos declarado en otras ocasiones, una valoración como ésta, al margen de que sea o no acertada, es jurídica y debería ser impugnada, en su caso, en el recurso de casación, si con esta valoración se infringe la normativa legal reguladora de la materia y su interpretación jurisprudencial"*.

4.- Consecuentemente, el recurso extraordinario por infracción procesal debe ser desestimado, sin perjuicio de la revisión de tales consideraciones jurídicas que proceda al resolver el recurso de casación.

**Tercero.- Recurso de casación.-**

**Primer motivo :**

*Planteamiento*

1.- Se enuncia al amparo del art. 477.2.º LEC, por infracción del art. 79.1 de la Ley del Mercado de Valores y el Real Decreto 629/1993, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios.

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta que cuando se firmaron los primeros contratos todavía no estaba en vigor la Ley 47/2007 y que en la normativa anterior no se distinguía entre clientes minoristas y profesionales. En cualquier caso, el banco habría incumplido las obligaciones legales de información respecto de productos financieros derivados y, en particular, sobre sus riesgos.

*Decisión de la Sala :*

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

2.- Uno de los ámbitos en los que la reforma legal supuso mayores modificaciones fue en el de las normas de conducta contenidas en el Título VII de la LMV y en su desarrollo reglamentario. Desde un punto de vista material, la trasposición de la normativa MiFID conllevó, en general, un endurecimiento de las exigencias que deben cumplir las entidades que prestan servicios de inversión frente a sus clientes minoristas en cuanto a normas de conducta, tales como las obligaciones de conocer al cliente y de informarle, el registro de contratos o las obligaciones relativas a la gestión de órdenes y la política de mejor ejecución, si bien la norma permite conceder un nivel de protección y un trato distinto dependiendo de la categoría a la que cada cliente pertenezca.

Respecto del aspecto concreto de categorización del cliente, antes de la reforma las entidades tenían que ofrecer un trato homogéneo y cumplir las mismas normas de conducta respecto de todos sus clientes, independientemente del nivel de conocimientos o experiencia que tuvieran. Por el contrario, la Ley 47/2007, introduciendo un nuevo art. 78 bis en la LMV, las obliga a clasificar al cliente en tres categorías: cliente minorista, cliente profesional y contraparte elegible, a los efectos de dispensarles distintos niveles de protección. El cliente minorista es la categoría residual en la que hay que clasificar a quienes no puedan ser



considerados clientes profesionales o contrapartes elegibles (o hayan pedido no ser tratados como tales). Al cliente minorista se le debe otorgar el mayor nivel de protección, estando obligada la entidad que le presta servicios de inversión a cumplir todas las normas de conducta. El cliente profesional es aquél al que se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos. Por tal motivo se le puede otorgar un menor nivel de protección, en particular, respecto de la obligación de conocerlo o de facilitarle información. Tienen la consideración de clientes profesionales las entidades financieras y demás personas jurídicas que, para poder operar en los mercados financieros, hayan de ser autorizadas o reguladas por Estados, sean o no miembros de la Unión Europea, los Estados y Administraciones regionales, los organismos públicos que gestionen la deuda pública, los bancos centrales y organismos internacionales y supranacionales, y los empresarios que cumplan ciertas condiciones en cuanto a volumen del activo, cifra anual de negocio o recursos propios, los inversores institucionales y aquellos otros que lo soliciten, renuncien de forma expresa a su tratamiento como clientes minoristas y satisfagan ciertos requisitos relacionados con su experiencia y conocimientos.

3.- Como quiera que cuando se firmaron los primeros contratos de swap objeto de litigio no estaba en vigor el mencionado art. 78 bis LMV, ni las entidades financieras tenían, por tanto, que ofrecer un diferente nivel de información según el tipo de cliente (minorista o profesional), la afirmación de la sentencia recurrida relativa a que las empresas demandantes no podían tener la protección propia de los clientes minoristas es errónea, máxime si en las actuaciones tampoco hay datos concluyentes para afirmar que, incluso respecto de los contratos subsiguientes firmados con la reforma legal ya en vigor, "Las Cumbres de Calahonda, S.L." y "PROIEDI Desarrollos Inmobiliarios, S.L." tuvieran la condición legal de clientes profesionales, y no de clientes minoristas.

4.- Tanto antes como después de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, la legislación recogía la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, puesto que siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía. Aquí ni siquiera consta que se hiciera un estudio previo de las condiciones económicas y empresariales del cliente para asegurarse de la adecuación de los productos ofrecidos a su perfil inversor. Y antes al contrario, no parece razonable la recomendación de un producto complejo y arriesgado como es el swap ( Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013 -asunto C-604/11 , "Genil 48, S.L." y "Comercial Hostelera de Grandes Vinos, S.L.", contra "Bankinter, S.A." y "BBVA, S.A."-, y la Sentencia del Pleno de esta Sala 1ª de 20 de enero de 2014 ), para asociarlo a las posibles fluctuaciones del interés variable de otras operaciones -crédito sindicado y crédito para financiar un pago de impuestos ligado a la operación matriz financiada-, sin advertir de las graves consecuencias patrimoniales que podían derivarse -como de hecho sucedió- en caso de bajada del euríbor. A lo sumo, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la citada normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis.3 de la Ley del Mercado de Valores (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre ), acentuó tales obligaciones, pero no supuso una regulación realmente novedosa.

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

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

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

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



6.- Son ya múltiples las sentencias de esta Sala que conforman una jurisprudencia reiterada y constante y a cuyo contenido nos atenderemos, que consideran que un incumplimiento de dicha normativa, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los contratos de swap, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía, como a un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo ( Sentencias de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 491/2015, de 15 de septiembre ; así como las Sentencias 384 y 385 de 2014, ambas de 7 de julio ; 387/2014, de 8 de julio ; 458/2014, de 8 de septiembre ; 460/2014, de 10 de septiembre ; 110/2015, de 26 de febrero ; 563/2015, de 15 de octubre ; 547/2015, de 20 de octubre ; 562/2015, de 27 de octubre ; 595/2015, de 30 de octubre ; 588/2015, de 10 de noviembre ; 623/2015, de 24 de noviembre ; 675/2015, de 25 de noviembre ; 631/2015, de 26 de noviembre ; 676/2015, de 30 de noviembre ; 670/2015, de 9 de diciembre ; 691/2015, de 10 de diciembre ; 692/2015, de 10 de diciembre ; 741/2015, de 17 de diciembre ; y 742/2015, de 18 de diciembre ).

7.- En este caso, partiendo de los propios hechos considerados acreditados en la instancia, no puede apreciarse que la entidad financiera cumpliera los deberes de información que hemos visto que establecía la legislación aplicable en las respectivas fechas de celebración de los contratos litigiosos; y desde ese punto de vista, la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta Sala, en los términos expuestos. En particular, la sentencia no hace mención de manera clara y terminante a que el banco informara a los clientes de los riesgos de las sucesivas operaciones que fueron concertando, que es elemento determinante para la formación del consentimiento en este tipo de contratos; sino que, partiendo de una premisa errónea (que los clientes tienen experiencia financiera por el mero hecho de ser empresas con un cierto volumen de negocio), deduce que prestaron su consentimiento de forma no viciada, aunque la entidad financiera no cumplió sus obligaciones legales de información.

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

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

8.- El banco prestó al cliente un servicio de asesoramiento financiero, lo que le obligaba al estricto cumplimiento de los deberes de información ya referidos; cuya omisión no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo, en tanto que la información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

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





9.- Habida cuenta que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia uniforme de esta Sala en materia de información y prestación del consentimiento en los contratos de permuta financiera, debe prosperar este primer motivo del recurso de casación, anulando la sentencia recurrida, y desestimando el recurso de apelación interpuesto por "Banco Santander, S.A." contra la sentencia de primera instancia, que debe ser confirmada. Sin necesidad de examinar el resto de motivos de casación esgrimidos.

**Cuarto.- Costas y depósitos.-**

1.- La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal conlleva la imposición a la parte recurrente de las costas causadas por el mismo, conforme determina el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

2.- Del mismo modo, la estimación del recurso de casación supone desestimación del recurso de apelación, por lo que deben imponerse a "Banco Santander, S.A." las costas causadas por éste, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Mientras que no procede hacer expresa imposición de las causadas por el recurso de casación, según determina el artículo 398.2 de la misma Ley .

3. - Procede acordar también la pérdida del depósito constituido para el recurso extraordinario por infracción procesal, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial . Y la devolución del constituido para el recurso de casación (apartado 8 de la misma disposición).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

**FALLAMOS**

1.- DESESTIMAR el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por las compañías mercantiles "Las Cumbres de Calahonda, S.L." y "PROIDEI Desarrollos Inmobiliarios, S.L.", contra la sentencia de fecha 5 de octubre de 2012, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19ª, en el recurso de apelación núm. 635/12 .

2.- ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por las compañías mercantiles "Las Cumbres de Calahonda, S.L." y "PROIDEI Desarrollos Inmobiliarios, S.L.", contra la sentencia de fecha 5 de octubre de 2012, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19ª, en el recurso de apelación núm. 635/12 .

3.- Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar acordamos desestimar el recurso de apelación interpuesto por "Banco Santander, S.A." contra la sentencia núm. 70/2012, de 30 de marzo de 2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Móstoles , en el procedimiento de juicio ordinario núm. 700/11, que confirmamos íntegramente.

4.- Imponer a "Las Cumbres de Calahonda, S.L." y "PROIDEI Desarrollos Inmobiliarios, S.L." las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

5.- Imponer a "Banco Santander, S.A." las costas del recurso de apelación.

6.- No haber lugar a imposición de las costas causadas por el recurso de casación.

7.- Ordenar la devolución del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida del realizado para el recurso extraordinario de infracción procesal.

8.- Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Ignacio Sancho Gargallo, Francisco Javier Orduña Moreno, Rafael Saraza Jimena, Pedro Jose Vela Torres. Firmada y rubricada. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Pedro Jose Vela Torres** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.