



Roj: **STS 1837/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1837**

Id Cendoj: **28079110012016100273**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/04/2016**

Nº de Recurso: **2752/2012**

Nº de Resolución: **268/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 13150/2012,**
STS 1837/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 22 de abril de 2016

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 10ª, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Madrid. Los recursos fueron interpuestos por las entidades Promociones Parque Orgaz, S.L. y Servicios de Propiedades para Internacionales, S.A., representadas por el procurador Juan Miguel Sánchez Masa. Es parte recurrida la entidad Banco CAM, S.A.U., representada por el procurador Ramón Rodríguez Nogueira.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1. El procurador Juan Miguel Sánchez Masa, en nombre y representación de Promociones Parque Orgaz, S.L. y Servicios de Propiedades para Internacionales, S.A., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Madrid, contra la entidad Caja de Ahorros del Mediterráneo (en la actualidad Banco CAM, S.A.U.), para que se dicte sentencia:

« por la que, estimando íntegramente la demanda, se declarase que:

»1. Los contratos CMOF, IRS SWAP nº 2643 y 2648, y CAP nº 2645 y 2650, suscritos por mis mandantes con la demandada e identificados en el cuerpo de la presente demanda, son inexistentes por la concurrencia de error sufrido por las demandantes o bien nulos radicalmente, por la concurrencia de un error propio por vicio del consentimiento.

»2. Con carácter subsidiario respecto del anterior, que se declare que los mismos contratos son nulos radicalmente por dolo de la demandada.

»3. Con carácter subsidiario respecto del anterior, que se declare que los mismos contratos son nulos radicalmente por ausencia de causa o concurrencia de causa ilícita.

»4. Que en cualquiera de los casos anteriores, se condene a la mercantil demandada a abonar a Promociones Parque Orgaz, S.L. la suma de ciento veintidós mil un euros con cincuenta y nueve céntimos (122.001,59 ?), en concepto de restitución de prestaciones recíprocas consumadas como consecuencia de la suscripción de los expresados contratos, más los intereses legales devengados desde el día en que se produjeron aquellas, hasta su completo pago.



»5. Que en cualquiera de los casos anteriores, se condene a la mercantil demandada a abonar a Promociones Parque Orgaz, S.L. la suma de tres mil ciento trece euros con quince céntimos (3.113,15 ?), en concepto de indemnización de daños y perjuicios, más los intereses legales devengados desde el día en que se produjeron aquellos, hasta su completo pago.

»6. Que en cualquiera de los casos anteriores, se condene a la mercantil demandada a abonar a la demandante Servicio de Propiedades para Internaciones, S.A. la suma de ciento veintisiete mil ciento noventa y dos euros con setenta y dos céntimos (127.192,72 ?), en concepto de prestaciones recíprocas consumadas como consecuencia de la suscripción de los expresados contratos, más los intereses legales devengados desde el día en que se produjeron aquellas, hasta su completo pago.

»7. Que en cualquiera de los casos anteriores, se condene a la mercantil demandada a abonar a la demandante Servicio de Propiedades para Internaciones, S.A. la suma de quince mil setecientos nueve euros con ochenta y nueve céntimos (15.709,89 ?), en concepto de indemnización de daños y perjuicios, más los intereses legales devengados desde el día en que se produjeron aquellos, hasta su completo pago.

»8. Todo ello, con expresa imposición de costas».

2. El procurador Ramón Rodríguez Nogueira, en representación de Caja de Ahorros del Mediterráneo, contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

«por la que se *desestime íntegramente la demanda, con expresa imposición a la parte actora de las costas causadas a mi mandante*».

3. El Juez de Primera Instancia núm. 8 de Madrid dictó Sentencia con fecha 31 de enero de 2012 , con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador D. Juan Miguel Sánchez Masa en nombre y representación de las entidades "Promociones Parque Orgaz S.L." (PPO) y "Servicios de Propiedades para Internacionales, S.A." (SPI), contra la entidad "Banco CAM, S.A.U." (anteriormente Caja de Ahorros del Mediterráneo) debo declarar y declaro la nulidad de los contratos CMOF, IRS SWAP nº 2643 y 2648, y CAP nº 2645 y 2650, todos ellos suscritos por las actoras con la demandada, por concurrir vicio en el consentimiento por error, con la consiguiente condena a la demandada a abonar a la demandante, "Promociones Parque Orgaz, S.L.", la suma de 122.001,59 euros, en concepto de restitución de prestaciones recíprocas consumadas como consecuencia de la suscripción de los expresados contratos, más la suma de 3.113,15 euros, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, y a abonar a la demandante, "Servicio de Propiedades para Internaciones, S.A.", la suma de 127.192,72 euros, en concepto de prestaciones recíprocas consumadas como consecuencia de la suscripción de los expresados contratos, más la suma de 15.709,89 euros, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, cantidades todas incrementadas con los intereses legales devengados desde el día en que se produjeron aquellas, hasta su completo pago, con expresa imposición de las costas procesales 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 CAM S.A.U.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, mediante Sentencia de 11 de julio de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«FALLAMOS: En mérito de lo expuesto, con estimación del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad «Banco CAM, SAU» frente a la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Madrid en fecha 21 de febrero de 2012 (sic) en los autos de proceso de declaración seguidos ante dicho órgano por los trámites del procedimiento ordinario con el núm. 2477/2010, procede:

»1.º Revocar la expresada resolución y en su lugar, dictar la siguiente:

"Con desestimación de la demanda interpuesta por la representación procesal de las entidades mercantiles "Promociones Parque Orgaz, SL" y "Servicios de Propiedades para Internacionales, SA" frente a la entidad "Caja de Ahorros del Mediterráneo" -hoy "Banco CAM, SAU", procede:

1.- Absolver a la expresada demandada de las pretensiones formuladas frente a la misma.

2.- No haber lugar, por concurrir fundadas dudas de hecho y de derecho, a especial pronunciamiento respecto de las costas procesales ocasionadas en la primera instancia".

»2.º No haber lugar a especial pronunciamiento respecto de las costas procesales ocasionadas en la sustanciación de esta alzada».

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

1. El procurador Juan Miguel Sánchez Masa, en nombre y representación de Promociones Parque Orgaz, S.L. y Servicios de Propiedades para Internacionales, S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

«1.º- Vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución por valoración de la prueba errónea y arbitraria y constitutiva de error judicial».

El motivo se articula en dos submotivos:

«1.1.º- Infracción del artículo 348 de la LEC al no valorar el informe pericial aportado por la actora y llegar a conclusiones erróneas y arbitrarias.

»1.2.º- Infracción del artículo 376 de la LEC en relación con el artículo 326.2 de la LEC ».

El motivo del recurso de casación fue:

«1.º- Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 481.3 de la LEC por infracción de los artículos 70 quáter, en relación con los artículos 78 y 79 de la Ley del Mercado de Valores introducidos en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la expresada Ley e introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros (MiFID)».

2. Por diligencia de ordenación de 5 de octubre de 2012, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, tuvo por interpuesto los recursos 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 Promociones Parque Orgaz, S.L. y Servicios de Propiedades para Internacionales, S.A., representadas por el procurador Juan Miguel Sánchez Masa; y como parte recurrida la entidad Banco CAM, S.A.U., representada por el procurador Ramón Rodríguez Nogueira.

4. Esta Sala 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 las entidades Promociones Parque Orgaz, S.L., y Servicios de Propiedades para Internacionales, S.A., contra la sentencia dictada, el 11 de julio de 2012, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª), en el rollo de apelación nº 507/2012, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 2477/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 10 (sic) de Madrid».

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Banco CAM, S.A.U., 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 6 de abril de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**PRIMERO.- Resumen de antecedentes**

1. Para la resolución de los presentes recursos debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

Las mercantiles demandantes, Promociones Parque Orgaz, S.L. (en adelante, PPO) y Servicios de Propiedades para Internacionales, S.A. (en adelante, SPI), son dos empresas con los mismos socios y administradores.

La demandada, Caja de Ahorros del Mediterráneo (en la actualidad, Banco CAM, S.A.U.), en atención al elevado nivel de endeudamiento que las demandantes soportaban con ocasión de dos préstamos hipotecarios de interés variable (uno con Caixa d'Estalvis de Tarragona, que ascendía al importe total prestado de 3.766.000 euros, y otro con la demandada), les ofreció la posibilidad de contratar un swap para cubrirse de posibles subidas del tipo del Euribor.

La directora de la sucursal ofertó el producto y el gestor de derivados, Humberto, lo explicó en varias reuniones habidas en el domicilio de los socios de las demandantes, lugar donde finalmente se firmaron los siguientes contratos: sendos contratos marco de operaciones financieras de fechas 14 y 17 de enero de 2008, con PPO



y SPI, respectivamente; sendos contratos de swap de tipos de interés (IRS), de fechas 23 y 24 de enero de 2008, con PPO y SPI, respectivamente; y sendos contratos *cap/floor* de 23 y 24 de enero con PPO y SPI, respectivamente.

Los términos de los swap inicialmente suscritos fueron los siguientes: "*interest rate swap*", se contrataba la cobertura de tipos de interés con un nominal de 3.700.000 euros, en el caso de la sociedad PPO, y de 3.000.000 euros, en el caso de la sociedad SPI; con fecha de vencimiento el 24 y 23 de enero de 2011, respectivamente; con liquidaciones anuales a un tipo fijo del 4% y una prima de 3.256 euros, en el caso de PPO, y de 5.700 euros, en el caso de SPI, que el cliente pagaba al banco, siendo la parte variable a abonar por el banco al tipo de Euribor anual.

Los términos de los *cap/floor* suscritos fueron los siguientes: se fijaba una barrera del 4,70% y una opción, ejercitable sólo si en la fecha de fijación del precio de ejercicio el tipo de interés subyacente alcanzaba o superaba el precio de la barrera (*knock in*), como una prima a abonar por la demandada como precio por la opción concedida por las demandantes.

En la primera liquidación de aquellas dos operaciones (*swap* y *cap/floor*), las dos sociedades demandantes obtuvieron un saldo positivo (11.473,08 euros a favor de PPO, y 11.620,50 euros a favor de SPI), porque al no exceder el Euribor del 4,70% la demandada no pudo ejercitar la opción del *cap*.

En la segunda de las liquidaciones anuales, la correspondiente al año 2010, el resultado fue ya negativo para las demandantes. El día 28 de enero de 2010, la Caja demandada cargó en las cuentas de las actoras la suma total de 101.387,89 euros por «liquidación de derivados».

La propia entidad demandada ofreció a las demandantes la contratación de un nuevo préstamo hipotecario por importe de 300.000 euros, para saldar la deuda generada por el impago de las cuotas de las coberturas suscritas por SPI y PPO y la provisión del pago de las cuotas de estas coberturas para el 2011.

Ante este ofrecimiento, el administrador de SPI y PPO pidió a la caja que le facilitara información precisa para conocer de dónde salían las liquidaciones que le presentaban. Primero recibió una contestación del Sr. Humberto con un resumen de la forma de proceder en las liquidaciones. Posteriormente recibió un correo en el que se adjuntaba la comunicación enviada en su día por la central de la demandada a la sucursal relativa a los datos de la liquidación del swap correspondiente a los dos primeros vencimientos.

Finalmente, la caja demandada, a través del director de la sucursal, ofreció a las demandantes ampliar el préstamo hasta los 600.000 euros, además de cancelar los derivados anticipadamente, en lugar de practicar la última liquidación, por considerar esto lo más conveniente dada la situación de insolvencia en que las sociedades se encontraban.

Las demandadas accedieron a esta propuesta, no sin antes y a la vista del modelo de escritura enviada por la demandada, corregir algunas de sus cláusulas y matizar el escrito de imputación del préstamo a los pagos elaborado por la demandada, en el sentido de añadir que la cancelación anticipada de los derivados suscritos se hiciera por orden de la caja, como requisito previo para suscribir la escritura de préstamo hipotecario.

Una vez suscrita la nueva escritura de préstamo, la caja presentó la liquidación derivada de la cancelación anticipada de los derivados.

2 . Las sociedades PPO y SPI pidieron, en la demanda que dio inicio al presente procedimiento, la nulidad de los reseñados contratos por error vicio y por dolo. Afirman que la demandada incumplió las obligaciones impuestas por la Directiva MiFID, al haber facilitado información errónea sobre los productos ofertados, presentando como contratos de seguros contra subidas de tipos lo que eran productos derivados de carácter especulativo. También habría Incumplido el deber de proteger el interés de los clientes, al existir intereses antagónicos, de modo que si ganaba la caja su cliente perdía, circunstancia que infringía el art. 70 quáter de la Ley de Mercado de Valores (en adelante, LMV). Y el deber de confeccionar un test de conveniencia e idoneidad para determinar el nivel de conocimiento que tenía el cliente sobre los productos financieros ofertados, lo que en el presente caso no se realizó (art. 79 bis LMV).

La demanda también pedía, con carácter subsidiario, la nulidad de los contratos por ausencia de causa pues no había cobertura alguna de subida de tipos cuando estos ya estaban en el nivel del supuesto aseguramiento, y la caja era consciente de que las posibilidades de que subieran eran muy remotas.

3. La sentencia dictada en primera instancia apreció la concurrencia de error vicio en el consentimiento prestado por el representante de las demandantes, al concertar los contratos de swap y los *cap/floor* . En ningún momento las sociedades demandantes fueron advertidas por la caja de que las operaciones contratadas fueran de inversión ni de los riesgos que se podían producir, que de hecho ocurrieron, una vez que se produjo una bajada drástica de los tipos de interés. Con ello el banco omitió información esencial y



relevante sobre la operación, que produjo un error invalidante en la demandante, quien contrató sobre la base de la información defectuosa que sobre las posibilidades de rentabilidad le había facilitado el banco.

4. Esta sentencia fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial, que estimó el recurso y dejó sin efecto la sentencia de primera instancia.

Después de analizar la normativa aplicable, respecto del error vicio razona en el siguiente sentido:

«De la revisión definitiva de las pruebas practicadas, señaladamente las testificales practicadas a instancia de la parte demandada resulta la intervención del Sr. Humberto quien afirmó haber explicado las características de los productos a los Sres. Virgilio en distintas ocasiones, quienes dispusieron de aproximadamente cuatro meses para decidir acerca de las operaciones, se extrae una conclusión contraria a la alcanzada en la Sentencia apelada ya que en el concreto caso que se somete a la revisión de esta Sala y respecto de los contratos concertados entre las partes, pueda tenerse por probado el error que se invoca pues la propia estructura, extensión, titulación y contenido de los documentos aportados, que integran en su conjunto los negocios jurídicos celebrados hacen inverosímil la afirmación de la parte demandante en orden al desconocimiento de lo que en realidad se trataba, o que se encontraban persuadidos de tratarse de un contrato de seguro para cubrir las alteraciones de los tipos de interés pues la propia configuración de los documentos evidencia que la firma no responde a un mero supuesto de improvisación.

»Que existió un extenso e intenso período previo de información precontractual acorde con las características de los sujetos contratantes se ha probado de modo inconcuso. Y aun cuando la parte actora sostiene en su recurso que no le fue ofrecida información en función de su perfil, de la prueba practicada anteriormente analizada no puede llegarse a tal conclusión. Consta, además que la entidad demandada tenía la obligación de informar con arreglo a la normativa aplicable a la fecha de suscripción del contrato -enero de 2008 - y que cumplió con la misma, pues así ha quedado acreditado a través de la prueba testifical, en relación con el contenido del art. 19 del Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril de medidas de reforma económica, que prevé la información sobre instrumentos de cobertura del riesgo de incremento de tipos de interés en las operaciones hipotecarias con interés variable. Ciertamente es que la actora afirma que no se le informó de que dicho instrumento de cobertura se trataba de una permuta financiera o swap, sino que se le hizo creer que se hallaba ante un seguro para cubrirse ante los tipos de interés, pero [...] en los propios documentos aportados por la actora se indica claramente en su encabezamiento que tiene por objeto operaciones financieras y se describen los riesgos inherentes al mismo en lugar visible e inmediatamente anterior al lugar destinado para la firma, por lo que, sin desconocer la complejidad del producto, no puede considerarse en referencia a este concreto supuesto enjuiciado que resulte inasequible al administrador de una sociedad que contrae numerosos créditos en el marco de su actividad, con un volumen tan importante como el que resulta de las actuaciones.

»En lo que se refiere a la afirmación relativa a una irregular actuación de la entidad bancaria basada en la aserción de que ésta era conocedora de que la operación nunca sería favorable para el cliente, en atención a su conocimiento de las estimaciones de la evolución del mercado, tampoco puede acogerse el argumento. Lo cierto es que se ha de tener presente que entre el momento en que se produce la suscripción del contrato y el momento en el que tiene lugar la primera de las liquidaciones negativas había transcurrido un año durante el cual el tipo de interés aplicable se había mantenido dentro del túnel pactado, de forma que no se produjo ninguna liquidación negativa para todo ese período. No es posible imputar a la demandada la falta de información sobre la previsión de que la evolución de los tipos de interés a dos años vista redundaría en perjuicio de la demandante, ni que fuera a producirse una crisis financiera de tan graves efectos, ni la caída de los tipos de interés que ha determinado las negativas consecuencias que denuncia la parte demandante».

Concluye que, a la vista de la prueba practicada, en atención al momento temporal en que tuvo lugar la suscripción de los contratos, la información suministrada fue suficiente y adecuada.

Por último, la Audiencia Provincial tampoco aprecia que concurra dolo ni falta o ilicitud de la causa. En cuanto a la nulidad por dolo razona:

«(L)a parte actora no expresa de modo concreto cuáles fueron las «palabras o maquinaciones insidiosas» cuya concurrencia exige el art. 1269 CC y que condujeron a la consumación del engaño. Como quiera que el dolo ha de ser grave art. 1270 CC y de otra, como ha quedado indicado es requisito fundamental para el éxito de la nulidad fundada en el error, sea provocado dolosamente, sea únicamente obediente a ignorancia, que sea excusable, y en el caso consta acreditado que la parte actora contó con el asesoramiento oportuno y la información necesaria incluso por parte de la entidad bancaria, como evidencia que declarase conocer los riesgos de las operaciones que celebraban. Así, la seguridad jurídica y la buena fe contractual impiden que frente a esas declaraciones negociales libremente expresadas y suscrita con la firma, de la administradora prevalezcan unas afirmaciones gratuitas, carentes de la menor prueba, sobre la existencia una dolosa maniobra de desinformación por parte del Banco. Sin desconocer que muchas veces las declaraciones negociales no



responden a la realidad, para la prevalencia de ésta sobre aquellas ha de exigirse una prueba cumplida y convincente, no una simple versión unilateral por mucho que se insista en la misma».

En lo que respecta a la inexistencia o ilicitud de la causa señala:

«Que el "móvil" de la contratación fuese obtener beneficios resulta indiferente. Los que se celebraron eran contratos aleatorios, aunque no especulativos. Y en ese "aleas" está obtener ganancias o soportar liquidaciones negativas. Tampoco es cierto que tenga que soportar pérdidas desde un punto de vista económico. La finalidad económica del contrato es fijar los costes financieros en un arco cierto. Aunque los préstamos o créditos obtenidos a interés variable (uno de ellos con otra entidad) sufran alzas espectaculares, sus costes financieros tendrían un tipo máximo (techo o «cap»). Y a la inversa, si bajan considerablemente, un coste mínimo (suelo o «floor»). Pero en todo caso lo que le pagaría la entidad demandada a las actoras en los casos de liquidaciones positivas servía para compensar lo que pagaba de más por los préstamos; y lo que abona a "la demandada en las liquidaciones negativas es porque lo soporta de menos en las operaciones de préstamo. La finalidad es neutralizar, dentro de una horquilla, las subidas o bajadas de los tipos de interés. El comportamiento general de la operación es neutro. Otra cosa es que no le guste tener que seguir pagando un tipo mínimo elevado, cuando por circunstancias del mercado podría obtener un tipo inferior; pero sí le convino pagar un tipo inferior al de mercado cuando este era elevado. Pero además se omite que los bancos son un negocio. La exposición de la parte demandante y de la sentencia recurrida supone desconocer que las entidades bancarias se proponen obtener beneficios de las operaciones que celebran, y según la tesis de las demandantes sólo deberían soportar perjuicios.»

5. Frente a la sentencia de apelación, PPO, y SPI, interponen recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, en la modalidad de interés casacional por aplicación de norma que no lleva más de cinco años en vigor.

SEGUNDO.- *Recurso extraordinario por infracción procesal*

1. *Formulación del único motivo.* El motivo, al amparo del art. 469.1.4º LEC, se funda en la infracción del art. 24 CE por valoración errónea y arbitraria de la prueba, constitutiva de error judicial porque yerra al analizar el funcionamiento de las permutas financieras suscritas. Este motivo se articula en dos submotivos.

El *submotivo primero* se funda en la infracción del art. 348 LEC, al no valorar el informe pericial aportado por la actora y llegar a conclusiones erróneas y arbitrarias. La parte recurrente argumenta que aportó un informe pericial que la Audiencia no valora, y que tenía por objeto analizar el funcionamiento de los contratos suscritos y su eventual función de cobertura. En él se llega a la conclusión de que los contratos de *swap* ofertados por la demandada no son idóneos para la finalidad perseguida por el cliente en cuanto a un seguro que limitase el riesgo sin que ello supusiera asumir otros riesgos, y el contrato *cap* pudiera ser de cobertura si la opción la hubiera podido ejercer el cliente. Por tanto, no son contratos de cobertura contra la subida de tipos. Además, el banco demandado tenía medios para intuir que el mercado financiero apuntaba a la bajada de los tipos de interés, y cuando diseñó estos productos combinados lo hizo de modo que su exposición al riesgo de subida de tipos fuera de solo el 0,70%, mientras que aseguró disfrutar de los rendimientos obtenidos por las eventuales bajadas que podrían preverse para el futuro inmediato.

Denuncia que la valoración de la prueba pericial es arbitraria, ya que, al desconocerla, la Audiencia yerra al describir el funcionamiento de la permuta financiera contratada, toda vez que considera erróneamente que el *cap* o techo está suscrito a favor de los demandantes, cuando en realidad está constituido a favor del banco; y Audiencia Provincial se inventa un inexistente *floor* o suelo que limite las bajadas. Añade que de una valoración objetiva del informe pericial resulta que los productos combinados *swap-cap* suscritos no tienen finalidad de cobertura contra la subida de tipos. Y la estimación del submotivo determinaría la declaración de nulidad por la concurrencia de error en el consentimiento y, subsidiariamente, por dolo.

El *submotivo segundo* se funda en la infracción del art. 376 LEC, en relación con el art. 326. 2 LEC, por arbitrariedad, al haberse considerado acreditado que la demandada cumplió con la obligación de informar.

La parte recurrente argumenta que la sentencia recurrida, al considerar acreditado, por la prueba testifical de los empleados de la demandada, que se les informó adecuadamente de la naturaleza del producto, al menos durante cuatro meses antes de la firma, es arbitraria porque: i) indica que el banco cumplió con la obligación de informar en relación con el contenido del art. 19 del Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril de medidas de reforma económica, que prevé la información sobre instrumentos de cobertura del riesgo de incremento de tipos de interés, lo que pondría de manifiesto que el Sr. Humberto, empleado del banco, defendió que los *swap-cap* contratados tenían función de cobertura cuando, como habría quedado acreditado, no era cierto que lo fuesen; ii) el que se dispusiera de cuatro meses para decidir acerca de las operaciones, no acredita que tuviera conocimiento previo de su contenido hasta la firma de los documentos; iii) esta



afirmación choca con la manipulación de los documentos 9 y 10 aportados por la demandada y que habían sido impugnados; iv) en la información facilitada nunca se incluyeron simulaciones de escenarios negativos y así resulta de la documentación manipulada; v) respecto de las advertencias impresas en los contratos, donde las partes manifiestan conocer y aceptar los riesgos inherentes o que puedan derivarse de la realización de esta Operación, la Audiencia ha obviado que el representante legal de la demanda reconoció que los documentos vienen impresos con esa manifestación y deben firmarse con ellos tanto si se informa suficientemente o no sobre su naturaleza, por lo que no acredita nada.

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

2. Desestimación del motivo. No es admisible que bajo la invocación formal de la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba, se pretenda que el Tribunal Supremo realice una nueva valoración conjunta de la prueba practicada (pericial, testifical y documental), distinta a la realizada por la Audiencia, cuando lo único que existe es una discrepancia de la parte recurrente respecto de la selección de las pruebas más relevantes y alguna valoración jurídica extraída de los hechos considerados probados.

El submotivo primero plantea, a través del recurso extraordinario por infracción procesal, una cuestión de índole sustantiva o jurídica, relativa a la interpretación de los contratos *swap-cap*, cuya infracción -de concurrir- debía ser planteada en casación. Además, el hecho de que la sentencia recurrida no haya considerado acreditada una irregular actuación de la entidad bancaria basada en un supuesto conocimiento de que la operación nunca sería favorable para el cliente, porque, según el recurso, el informe pericial acreditaba que la demandada conocía a través del estudio de curvas *Bloomberg* que era más que probable que los tipos acabarían bajando, entra dentro de sus facultades de apreciación y valoración de las pruebas practicadas, por lo que no es apto para fundamentar un recurso extraordinario.

El submotivo segundo también debe ser desestimado. Que la sentencia recurrida haya prestado valor a la testifical del empleado del banco sobre el cumplimiento de los deberes de información (Sr. Humberto), y haya tenido en cuenta la duración del periodo de negociaciones, lo manifestado en el contrato por los clientes sobre el conocimiento de los riesgos de las operaciones suscritas, la estructura, extensión, titulación y contenido de los contratos, y el perfil del administrador de las sociedades para concluir que no se tiene por probado el error invocado, no convierte la valoración de la prueba en arbitraria ni constituye un error notorio.

En realidad, este submotivo impugna una valoración jurídica junto con valoraciones relativas a la declaración de hechos probados. Impugna la valoración que el tribunal ha hecho de unas pruebas para alcanzar la conclusión de que no existió error en la contratación de los swaps, que como hemos reiterado en tantas ocasiones es ajeno al recurso extraordinario por infracción procesal. Y respecto de los aspectos a los que podría alcanzar la valoración de la prueba en relación con la determinación de los hechos, como la valoración de la testifical, tan sólo existe una discrepancia que no justifica la revisión de la valoración del tribunal de instancia.

TERCERO.- Recurso de casación

1. Formulación del motivo único. El motivo se funda en la infracción del art. 70 quáter, en relación con los arts. 78 y 79 LMV, introducidos en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la expresada Ley e introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros (MiFID).

En el desarrollo del motivo se argumenta que la normativa MiFID estaba vigente y era plenamente aplicable en su integridad a los contratos que nos ocupan. Y el problema que se plantea en operaciones como la que constituye el objeto del presente procedimiento, es distinguir entre lo que debe considerarse como «interés antagónico» entre las partes con el legítimo «interés comercial» de la entidad de crédito para obtener un lucro. Esta distinción tiene especial importancia porque, si se aprecia la existencia de un interés antagónico, el banco tiene obligación de informar a su cliente de la existencia de dicho interés contrario al de su cliente, con la consecuencia inevitable de producir vicio en el consentimiento por error si no se hace así. La sentencia recurrida yerra al no saber diferenciar entre interés antagónico entre las partes con el legítimo interés comercial. Son dos conceptos distintos introducidos por la Ley 47/2007 en nuestro ordenamiento jurídico. Si la entidad de crédito concede un préstamo a una persona, sea física o jurídica, ambas partes tienen un interés comercial legítimo. Sin embargo, en el presente caso, el interés del banco no es simplemente comercial sino antagónico; la banca gana sólo cuando pierde el cliente y el cliente gana sólo cuando pierda la banca.

Al ser antagónicos los intereses de los firmantes del contrato y al no haberse informado de esa circunstancia a los clientes, la entidad financiera ha infringido lo dispuesto en el art. 70 quáter LMV, lo que afecta a la posibilidad que tenían de prestar un consentimiento libre e informado como pleno conocedor del contenido de los contratos suscritos.

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



2. *Desestimación del motivo* . El art. 70 quáter LMV fue introducido por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre . Conforme a su originaria redacción, vigente al tiempo en que fueron concertados los contratos de swap objeto de litigio, este precepto, bajo la rúbrica «Conflicto de interés», disponía lo siguiente:

«1. De conformidad con lo dispuesto en la letra d), apartado 1, del artículo 70 ter, las empresas que presten servicios de inversión deberán organizarse y adoptar medidas para detectar posibles conflictos de interés entre sus clientes y la propia empresa o su grupo, incluidos sus directivos, empleados, agentes o personas vinculadas con ella, directa o indirectamente, por una relación de control; o entre los diferentes intereses de dos o más de sus clientes, frente a cada uno de los cuales la empresa mantenga obligaciones.

»A tales efectos no se considerará suficiente que la empresa pueda obtener un beneficio, si no existe también un posible perjuicio para un cliente; o que un cliente pueda obtener una ganancia o evitar una pérdida, si no existe la posibilidad de pérdida concomitante de un cliente.

»Igualmente deberán aprobar, aplicar y mantener una política de gestión de los conflictos de interés que sea eficaz y apropiada a su organización, destinada a impedir que los conflictos de interés perjudiquen los intereses de sus clientes.

»2. Cuando las medidas organizativas o administrativas adoptadas para gestionar el conflicto de interés no sean suficientes para garantizar, con razonable certeza, que se prevendrán los riesgos de perjuicio para los intereses del cliente, la empresa de servicios de inversión deberá revelar previamente la naturaleza y origen del conflicto al cliente antes de actuar por cuenta del mismo.

»3. Reglamentariamente se establecerán las reglas para la identificación y registro de los conflictos de interés, y las medidas, requisitos organizativos y políticas que deban adoptarse para garantizar la independencia del personal que ejerce actividades que impliquen riesgo de conflicto de interés, así como la información que deba suministrarse a los clientes afectados o al público en general».

Este precepto se halla ubicado, en la Ley del Mercado de Valores, dentro el Título III (Empresas de servicios de inversión) y el capítulo III (Condiciones de ejercicio), distinto del Título VII (Normas de conducta), en el que se encuentra el art. 79 bis relativo a las obligaciones de información.

El art. 70 quáter impone a las empresas que prestan servicios de inversión, como la caja demandada, el deber de organizarse y adoptar las medidas necesarias para detectar posibles conflictos de interés entre sus clientes y la propia empresa o grupo. Además, deben aprobar, aplicar y mantener una política de gestión de los conflictos de interés que sea eficaz y apropiada a su organización.

Los conflictos de interés potencialmente perjudiciales para los clientes aparecen descritos en el art. 44 del RD 217/2008, de 15 de febrero :

«Al objeto de identificar los conflictos de interés a los efectos de lo dispuesto en el artículo 70 quáter de la Ley 24/1988, de 28 de julio , las entidades que presten servicios de inversión deberán tener en cuenta, como criterio mínimo, si la propia empresa, o bien una persona competente u otra persona directa o indirectamente vinculada a aquella mediante una relación de control, se encuentra en alguna de las siguientes situaciones:

a) La entidad o la persona en cuestión puede obtener un beneficio financiero, o evitar una pérdida financiera, a costa del cliente, o,

b) tiene un interés en el resultado del servicio prestado o de la operación efectuada por cuenta del cliente, distinto del interés del propio cliente en ese resultado, o,

c) tiene incentivos financieros o de cualquier otro tipo para favorecer los intereses de terceros clientes, frente a los propios intereses del cliente en cuestión, o,

d) la actividad profesional es idéntica a la del cliente, o,

e) recibe, o va a recibir, de un tercero un incentivo en relación con el servicio prestado al cliente, en dinero, bienes o servicios, distinto de la comisión o retribución habitual por el servicio en cuestión.

»En cualquier caso, tal y como se señala en el mencionado artículo 70 quáter de la Ley no se considerará suficiente que la empresa pueda obtener un beneficio, si no existe también un posible perjuicio para un cliente; o que un cliente pueda obtener una ganancia o evitar una pérdida, si no existe la posibilidad de pérdida concomitante de un cliente».

En la medida en que pueda existir un eventual beneficio de la entidad de inversión ligado a la pérdida concomitante para el cliente en los contratos concertados por la caja con las dos sociedades demandantes (los dos swaps complementados con los correspondientes *cap/floor*), podría haber conflicto de interés.



Pero, al margen de la incidencia que la existencia del conflicto de interés puede tener en la apreciación de la validez de la contratación de esos productos financieros, y del posible vicio en el consentimiento, en cualquier caso la eventual infracción del art. 70 quáter nunca determinaría por sí misma la estimación de la demanda, sino, en su caso, las sanciones administrativas previstas en la propia normativa legal.

Lo anterior no impide que en la valoración de los propios deberes legales de información en la prestación de servicios de inversión, regulados en el art. 79 bis LMV, podamos tener en cuenta la existencia de algún tipo de conflicto de interés y la relevancia de su conocimiento respecto de la válida contratación.

En este caso, el conflicto de interés está inserto en las características propias del producto contratado y los concretos riesgos asumidos con su contratación, respecto de los que el art. 79bis LMV impone a la empresa prestadora del servicio financiero el deber de informar de manera imparcial, clara y no engañosa. Como en este caso se ha justificado en la instancia que existió una información precontractual que cumplía estas exigencias legales, y esta valoración jurídica no ha sido directamente impugnada en el recurso de casación, debemos considerar irrelevante la denunciada infracción del art. 70 quáter LMV.

Lo relevante sería que no se hubiera informado a los clientes de los concretos riesgos asociados a la contratación de estos productos financieros, que incluyen las posibles pérdidas para el cliente concomitantes con los beneficios para la caja. Si en la instancia se ha declarado que se cumplió con este deber de información, procede desestimar el recurso de casación.

CUARTO. Costas

1. Desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal procede imponer a la parte recurrente las costas ocasionadas con su recurso (art. 398.2 LEC).

2. Desestimado el recurso de casación procede imponer a la parte recurrente las costas ocasionadas con su recurso (art. 398.2 LEC).

FALLO

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

1º Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Promociones Parque Orgaz, S.L. y Servicios de Propiedades para Internacionales, S.A. contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 10ª) de 11 de julio de 2012 (rollo núm. 507/2012), e imponer las costas del recurso a la parte recurrente. 2º Desestimar el recurso de casación interpuesto por Promociones Parque Orgaz, S.L. y Servicios de Propiedades para Internacionales, S.A. contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 10ª) de 11 de julio de 2012 (rollo núm. 507/2012), e imponer las costas del recurso a la parte recurrente.

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

Así se acuerda y firma. Francisco Marin Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres