



Roj: **STS 3237/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3237**

Id Cendoj: **28079110012018100510**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/09/2018**

Nº de Recurso: **2413/2015**

Nº de Resolución: **506/2018**

Procedimiento: **Civil**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 506/2018

Fecha de sentencia: 19/09/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2413/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/09/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a M. Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO. SECCIÓN 1.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2413/2015

Ponente: Excm. Sra. D.^a M. Ángeles Parra Lucán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 506/2018

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.^a M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 19 de septiembre de 2018.



Esta sala ha visto los recursos extraordinarios por infracción procesal y los recursos de casación interpuestos por **Banco Popular** Español S.A., representado por la procuradora D.^a María José Bueno Ramírez bajo la dirección letrada de ^o. Jerónimo Martínez Abellaneda y por Inmobiliaria San Javier S.L. representada por el procurador D. Ignacio Gómez Gallegos, bajo la dirección letrada de D. Jesús Lázaro Ruiz, contra la sentencia n.º 131 dictada en fecha 12 de mayo de 2015 por la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Toledo en el recurso de apelación n.º 294/2014 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 663/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Talavera de la Reina, sobre nulidad de contratos. Ambas partes se personan ante el Tribunal Supremo en calidad de recurrentes y recurridos con respecto a los recursos interpuestos.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a M. Ángeles Parra Lucán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- Inmobiliaria San Javier S.L. interpuso demanda de juicio ordinario contra **Banco Popular** Español S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia declarando:

«A) La NULIDAD DE LOS CONTRATOS SUSCRITOS con la entidad financiera **Banco Popular** Español S.A. en fecha 17 de junio, 2 y 3 de julio de 2008 citados en el encabezamiento de la demanda, por existir en su formación vicios del consentimiento de tal naturaleza e importancia que hacen devenir al contrato nulo, así como declare la existencia de cláusulas oscuras y abusivas que se tendrán por no puestas y nulas, por incurrir en grave desequilibrio entre las prestaciones de las partes, por incumplir gravemente la legislación y normativa específica en la materia, por ocultar la entidad bancaria información fundamental sobre dichos contratos incurriendo en un fraude en la contratación, y tener una causa ilícita, no contener un objeto cierto y tangible que sea materia del contrato, ni tampoco existir un motivo o razón de la obligación establecida para mi representada.

»B) Y subsidiariamente, se declare la RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS MENCIONADOS en virtud de lo establecido en la cláusula vigesimoprimer, punto segundo del contrato marco de operaciones financieras toda vez que ya en el primer burofax dirigido por mi mandante a la entidad bancaria **Banco Popular** Español S.A. en fecha 12 de diciembre de 2008, Inmobiliaria San Javier S.L. manifestó rotundamente su voluntad de dar por terminado el contrato bonificado swap de fecha 2 de julio de 2008 y resto de anexos, sin que por tanto proceda la devolución de cantidad alguna al **Banco** por parte de mi representada, pues todos los cargos y liquidaciones efectuadas a Inmobiliaria San Javier S.L. se han realizado con posterioridad a la notificación referida de 12 de diciembre de 2008.

»C) Obligando en cualquier caso a la entidad bancaria demandada a retrotraer el saldo a fecha anterior a la primera liquidación y a deshacer los efectos del producto desde la formalización en caso de nulidad o desde la recepción en fecha 15 de diciembre de 2008 del burofax remitido por mi mandante instando la resolución de los citados contratos.

»D) Todo ello, con expresa imposición de costas a la parte demandada.»

2.- La demanda fue presentada el 28 de julio de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Talavera de la Reina y fue registrada con el n.º 663/2011. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- **Banco Popular** Español S.A. contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación total de las pretensiones de la demandante con expresa imposición de las costas a Inmobiliaria San Javier S.L.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Talavera de la Reina dictó sentencia de fecha 30 de septiembre de 2013, con el siguiente fallo:

«Desestimo la demanda interpuesta por la procuradora D.^a Ana María Marco Gutiérrez, en nombre y representación de Inmobiliaria San Javier S.L. frente a **Banco Popular** Español.

»Se condena en costas a la actora.»

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Inmobiliaria San Javier S.L.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Toledo, que lo tramitó con el número de rollo 294/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 12 de mayo de 2015, con el siguiente fallo:



«Que ESTIMANDO EN PARTE el recurso de apelación que ha sido interpuesto por la representación procesal de Inmobiliaria San Javier S.L., debemos REVOCAR Y REVOCAMOS EN PARTE la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Talavera de la Reina, con fecha 30 de septiembre de 2013, en el procedimiento n.º 663/2011, de que dimana este rollo, y en su lugar:

»1.º) No ha lugar a declarar la nulidad del contrato de permuta de intereses suscrito entre las partes con fecha diecisiete de junio de dos mil ocho.

»2.º) No procede, por parte de la parte actora, el pago de cantidad alguna por la resolución de dicho contrato.

»3.º) No ha lugar a declarar la nulidad del contrato marco de operaciones financieras firmado en fecha dos de julio de dos mil ocho, sin perjuicio de su falta de eficacia en relación con el contrato de permuta de intereses objeto de este procedimiento.

»4.º) No ha lugar a declarar la nulidad del contrato de crédito suscrito en fecha tres de julio de dos mil ocho; todo ello sin efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas en el presente recurso...».

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

1.- Banco Popular Español S.A. e Inmobiliaria San Javier S.L. interpusieron cada uno de ellos recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal de la Inmobiliaria San Javier S.L. fueron:

«Primero.- Por infracción del artículo 24 CE, con infracción de normas y garantías procesales a tenor de lo dispuesto en el artículo 459, en relación con los artículos 217, 270, 271, 272 y 326.2 LEC, y con vulneración del principio de legalidad y de igualdad de armas procesales, por la admisión de una grabación en soporte CD presentado como documento 5 del escrito de contestación de la demanda de contrario, con efectiva indefensión.

»Segundo.- Por infracción del artículo 24 CE, principios generales de justicia rogada, y el artículo 218, en relación con los artículos 456, 458 y 465.5 LEC, al recaer la sentencia de la segunda instancia sobre pronunciamientos no impugnados en el recurso, como es la existencia de un mutuo disenso para la resolución contractual, lo cual nunca había sido alegado ni en la demanda, ni el escrito de contestación a la demanda, siendo introducida dicha figura jurídica por primera vez a lo largo de todo el proceso en la sentencia resolutoria del recurso de apelación, incurriendo así en la denominada jurisprudencial y doctrinalmente como vicio de "incongruencia extra petitum", con vulneración al derecho a la tutela judicial y efectiva indefensión».

El motivo del recurso de casación fue el siguiente:

«Único.- Al amparo de lo dispuesto en el n.º 3 del artículo 477.2 LEC, sobre interés casacional, por resolver la sentencia puntos y cuestiones sobre los que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. De lo dispuesto en el artículo 477.2.1.º, y con infracción de normas vigentes al dictarse la sentencia».

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal de **Banco Popular** Español S.A. fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 469.1.4.º LEC, por vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española, concretamente por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que produce el haber incurrido la resolución recurrida en un error patente en la valoración de la prueba, palmario, irracional y/o arbitrario, dado que en este caso la valoración de la prueba 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 artículo 24 de la Constitución Española (SSTS, 540/2013, de 13 de septiembre, RJ 2013\5931; 28 de noviembre de 2008, RJ 2008\6938; 1789/03, 30 de junio de 2009, RJ 2009\4705 y 1889/2006 de 6 de noviembre de 2009, RJ 2009\7283).

»Segundo.- Al amparo del artículo 469.1.4.º LEC, por vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española, concretamente por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que produce el haber incurrido la resolución recurrida en un error patente en la valoración de la prueba, palmario, irracional y/o arbitrario, dado que en este caso la valoración de la prueba 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 artículo 24 de la Constitución Española (SSTS, 540/2013 de 13 de septiembre, RJ 2013\5931; 28 de noviembre de 2008, RJ 2008\6938; 1789/03 de 30 de junio de 2009, RJ 2009\4705 y 1889/2006 de 6 de noviembre de 2009, RJ 2009\7283).

Los motivos del recurso de casación fueron:



«Primero.- Al amparo del artículo 477.2.3.º LEC por infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el mutuo disenso recogida en las sentencias de este Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1999 , 15 de diciembre de 2004 , 10 de octubre de 2007 , 7 de noviembre de 2012 , 22 de octubre de 2013 y 16 de febrero de 2015 , aduciendo la existencia de interés casacional por vulneración de doctrina jurisprudencial recogida en las sentencias citadas, al entender la sentencia recurrida que se habría producido un mutuo disenso del contrato swap firmado en su día por las partes, sin que se dieran las circunstancias y requisitos exigidos por dicha doctrina para ello.

»Segundo.- Al amparo del artículo 477.2.3.º LEC por infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el mutuo disenso recogida en las sentencias de este Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1965 , 5 de abril de 1979 y 30 de diciembre de 2002 , respecto del mutuo disenso y sus efectos, aduciendo la existencia de interés casacional por vulneración de doctrina jurisprudencial recogida en las sentencias citadas, al entender la sentencia recurrida que, de haberse producido un mutuo disenso del contrato swap firmado en su día por las partes, las consecuencias del mismo serían que no procedería "por parte de la actora, el pago de cantidad alguna por la resolución de dicho contrato"».

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 la entidad Inmobiliaria San Javier S.L. y por la representación procesal de la entidad **Banco Popular Español, S.A.**, contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 12 de mayo de 2015, por la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1.ª, en el rollo de apelación n.º 294/2014 , dimanante del juicio ordinario n.º 663/2011, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Talavera de la Reina».

3.- Se dio traslado a cada una de las partes de los respectivos escritos para que formalizaran su oposición a los recursos de casación e infracción procesal, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

4.- 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 11 de septiembre de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes

El litigio causante de los presentes recursos de casación versa sobre la nulidad de los contratos marco, swap y póliza de crédito concertada entre las partes. La cliente, una sociedad inmobiliaria que suscribió los contratos con el **Banco** demandado, interesó la declaración de nulidad de los mismos, o subsidiaria resolución, con retroacción del saldo de la cuenta a la fecha de la primera liquidación del producto contratado. El Juzgado desestimó la demanda, la Audiencia estimó en parte el recurso de apelación de la demandante y declaró que no había lugar a la nulidad de ninguno de los tres contratos pero que la actora no debía pagar cantidad alguna al **Banco**.

Recurren en casación tanto la demandante como el **Banco** demandado. La demandante pide que se declare que hubo error y que los contratos celebrados son nulos. El **Banco** impugna la interpretación de la sentencia recurrida que consideró que había habido mutuo disenso pero que la actora no debía abonar al **Banco** cantidad alguna por la resolución del contrato de swap.

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

1.- **Banco Popular** Español S.A. (en adelante el **Banco** o la parte demandada) e Inmobiliaria San Javier S.L. (en adelante la demandante o Inmobiliaria) suscribieron:

- un contrato denominado "Confirmación SWAP bonificado euro" (por un valor nominal de 10.000.000 euros, fecha valor de 19 de diciembre de 2008, vencimiento de 19 diciembre de 2012); el documento suscrito llevaba fecha de 17 de junio de 2008;

- un contrato marco de operaciones financieras con el fin de regular las operaciones financieras entre las partes; el documento suscrito llevaba fecha de 2 de julio de 2008, y



- el 3 de julio de 2008, ante notario, una póliza de crédito con garantía personal en cobertura de riesgos por importe de 500.000 euros y con fecha de vencimiento 3 de julio de 2009.

2.- El 28 de julio de 2011, Inmobiliaria interpuso demanda contra el **Banco** por la que solicita la nulidad de todos los contratos (por vicios del consentimiento, cláusulas oscuras y abusivas, desequilibrio entre las prestaciones de las partes, incumplimiento de la legislación aplicable, ocultación de información sobre los contratos, causa ilícita y falta de objeto cierto) y, subsidiariamente, resolución en virtud de lo establecido en la cláusula vigesimoprimer, punto segundo del Contrato Marco de Operaciones Financieras y del burofax que dirigió al **Banco** el 12 de diciembre de 2008. Solicitó que en ambos casos se procediera a retrotraer el saldo a fecha anterior a la primera liquidación y a deshacer los efectos del producto desde la formalización en caso de nulidad o desde la recepción del burofax para el caso de la resolución.

Alegó que todos los contratos estaban vinculados, pues no se le ingresó en su cuenta la cantidad objeto de la póliza de crédito, que el **Banco** no le dejó disponer de ninguna liquidación a su favor y en cambio le exigía el pago de 505.843,66 euros. Afirmó que todos los contratos se firmaron el mismo día aunque llevaran fechas diferentes. Que el producto le fue ofrecido por el director de la entidad, con quien tenía confianza, para cubrirse frente a las subidas de tipo de interés de los préstamos hipotecarios que tenía concertados con otras entidades. Que es empresaria pero carece de formación universitaria y de formación especializada en productos financieros, que no se le realizó antes de contratar ni el test de idoneidad ni el de conveniencia, a pesar de tratarse de productos financieros complejos. Que al observar los cargos negativos que se le hacían solicitó verbalmente la resolución de los contratos por ser inteligibles para ella y el **Banco** le contestó mediante un mail en noviembre de 2008 por el que le comunicaba que la cancelación supondría un coste aproximado de unos 528.100 euros. Que mediante burofax de 12 de diciembre notificó al **Banco** que, al amparo de la cláusula 21.2 del contrato marco de operaciones financieras, resolvía el contrato y que pese a ello el **Banco** le siguió cargando liquidaciones negativas, no en la cuenta asociada al préstamo, sino en otra que tenía en la entidad.

En su contestación a la demanda el **Banco** alegó que la póliza tenía una finalidad liquidatoria tal y como se indicaba en el mismo; que con independencia de las fechas que se incorporan a los documentos la confirmación y el contrato marco conforman una única relación jurídica (el derivado) que tenía por objeto la cobertura frente a las subidas de los tipos de interés de los préstamos que tenía concertada la demandante; que los contratos son claros, que la administradora de la demandante, que contrató el producto, tiene experiencia desde hace años como administradora de diversas empresas; que no se le dijo que el swap fuera un seguro; se le informó de los riesgos, se hicieron presentaciones un mes antes de la firma y en el momento de la firma se envió un correo electrónico, firmó un precontrato y la contratación tuvo lugar telefónicamente, repasando las características del producto; que no se realizó el test de idoneidad porque expresamente se recogía en los documentos suscritos que no se realizaba labor de asesoramiento y no se realizó el test de conveniencia porque Inmobiliaria firmó una solicitud de tratamiento como cliente profesional. Añadió que, como consecuencia de las bajadas de los tipos de interés, la demandante adeuda 933.361,99 euros por las liquidaciones negativas del swap más sus intereses. Que la cancelación del swap lleva aparejado un coste según el precio de mercado y la demandante pretende ampararse en la extinción del contrato marco, que no implica la extinción del swap (tal y como se dice expresamente en la cláusula 21.2 del CMOF); que sin el pago del coste de cancelación del swap tampoco se puede terminar la póliza, pues en el documento contractual de la póliza se exige para su terminación que se pague el saldo resultante y que la cuenta de crédito ya no cubra ningún riesgo. Añade que existe incompatibilidad entre la pretensión de nulidad y la resolución que dice la demandante ejerció en los burofaxes que dirigió a la demandada, donde de manera ambigua se decía resolver y que los contratos eran nulos. Que en marzo de 2009, antes de que se giraran liquidaciones, Inmobiliaria intentó reestructurar el derivado pero no llegó hacerlo y no planteó la nulidad hasta dos años y medio después, seguramente porque, conociendo las características del producto, esperaba una evolución favorable.

3.- El juzgado desestimó la demanda. Tras un análisis de la legislación y la jurisprudencia sobre productos financieros razonó de la siguiente manera:

«Pues bien, en aplicación conjunta de lo expuesto y procediendo a la valoración de la prueba, documental y testifical, no puede estimarse la pretensión de la actora. Se concluye en este sentido tras examinar las afirmaciones realizadas en sede de interrogatorio tanto por Don Victorino como por Don Luis Enrique, ya que de las declaraciones de ambos se extrae que se le informó del producto que se suscribía, lo que coincide con el conjunto de documentación que se recibió relativo al producto suscrito, que consta en autos, sin que sea óbice a tal información la no firma del test de evaluación en cumplimiento de la normativa Mifid en tanto consta firmada la renuncia por la representante de la entidad actora de la renuncia al trato como cliente minorista. Así se indica por el empleado que se le explicó vía gráfico lo relativo al tipo de interés del producto, adjuntando determinada información. De igual forma, tras la audiencia de la conversación telefónica mantenida entre la empleada de la Tesorería del **Banco Popular** (que consta aportada y admitida como prueba en formato CD



en autos) resulta acreditada la información por parte de la actora del producto que suscribía, interesándose su representante en varias ocasiones sobre el tipo de interés, en dicha conversación se manifiesta por Doña Covadonga a la interlocutora "espere un momento que voy a coger la documentación", lo que por tanto confirma que por parte del empleado de la entidad bancaria se le había proporcionado la misma, procediendo a continuación a repasar ambas conjuntamente los datos del producto objeto de controversia, e incluso preguntando por el tipo de interés con precisión, para en el minuto 5.30 manifestar su conformidad con la suscripción del producto, quedando ambas en que se le enviaría e-mail y una posterior conformidad por idéntica vía, por tanto no solo en el momento de la conversación telefónica se le informó sino que Doña Covadonga tuvo la posibilidad de examinar detenidamente el producto con la recepción de dicho e-mail, debiendo la misma emplear la diligencia que le era exigible en dichas circunstancias para conocer lo que contrataba, máxime en este supuesto en que no actuaba como particular (por lo que no se estima de aplicación la Ley de defensa de consumidores y usuarios) sino como representante de una entidad mercantil, que contaba con asesoramiento, tal y como se ha manifestado por Don Armando, sin que pueda por tanto imponerse a la demandada consecuencia alguna de dicha falta de diligencia en la información de tal producto financiero. Por lo expuesto debe desestimarse la pretensión de la entidad mercantil demandante».

4.- Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la Audiencia Provincial dictó sentencia por la que estimó en parte el recurso y revocó en parte la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar no haber lugar a la nulidad del contrato de permuta de intereses de 17 de junio de 2008, no proceder el pago de cantidad alguna por la actora por la resolución de dicho contrato marco de 2 de julio de 2008 ni a la del contrato de préstamo de 3 de julio de 2008.

La Audiencia rechazó la denuncia de incongruencia por no haberse pronunciado el juzgado sobre la resolución de los contratos ejercida de modo subsidiario por la demandante recurrente. Consideró la Audiencia que en realidad no hubo resolución sino mutuo disenso. Razonó para ello que:

«[P]uesto que a la petición, parece ser que primero de forma verbal y luego por escrito, de que se resolviera el contrato, la entidad demandada no opuso objeción alguna, sino que, según resulta del documento veintitrés de la demanda, se limitó a informar del cargo que, según su interpretación del contrato, había de abonar la hoy recurrente para proceder a su liquidación, lo que supone que si las partes ya han decidido que una determinación resoluciona jurídica deje de tener vigencia al juez solo le queda, llegado el momento, determinar las consecuencias de esa resolución pero sin que pueda alterar el negocio jurídico por el que las partes han decidido poner fin a su anterior vinculación.

»[...]

»Es claro que en este (proceso) la parte hoy recurrente manifestó su intención de modo expreso y que por parte de la entidad bancaria se aceptó esa decisión porque no se opuso a la misma y se limitó a indicar cual sería la suma que, para liquidar las relaciones, debía abonar».

La Audiencia rechaza los motivos dirigidos a que se declare la nulidad de los contratos. Tras observar que el contrato marco era de fecha posterior a la confirmación, que las referencias que se contenían en la confirmación eran a un contrato diferente y que no se pactó la retroactividad del contrato marco, afirma que el contrato marco no era eficaz en relación con la permuta. Por lo que se refiere a la permuta afirma que, puesto que se solicitaba la anulabilidad por error y no la nulidad y hubo aceptación de la resolución el contrato dejó de existir y solo procede analizar las consecuencias de la resolución. Por lo que se refiere al contrato de crédito afirma que es de fecha posterior a la permuta y que no hace referencia a la misma, por lo que no está probada su vinculación, que no se dice dónde está el error en su celebración, que ni carece de causa ni es ilícita, por lo que no procede declarar su nulidad.

5.- Contra la sentencia de la Audiencia interponen recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ambas partes.

Recurso de Inmobiliaria San Javier S.L.

SEGUNDO.- Inmobiliaria interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

1.- El recurso por infracción procesal se funda en dos motivos:

En el primero denuncia infracción del art. 24 CE, con infracción de normas y garantías procesales a tenor de lo dispuesto en el art. 459, en relación con los arts. 217, 270, 271, 272 y 326.2 LEC, y con vulneración del principio de legalidad y de igualdad de armas procesales, por la admisión de una grabación en soporte CD presentado como documento 5 del escrito de contestación de la demanda, con efectiva indefensión. En su desarrollo razona que el citado CD, que impugnó en cuanto a su contenido y autenticidad, no pudo visionarse hasta momentos antes del juicio, que se pospuso porque los técnicos del servicio de informática no pudieron



reproducirlo el día inicialmente previsto por estar encriptado. Considera que esta prueba debió inadmitirse o no ser valorada.

El segundo denuncia infracción del art. 24 CE, principios generales de justicia rogada, y del art. 218, en relación con los arts. 456, 458 y 465.5 LEC, al recaer la sentencia de la segunda instancia sobre pronunciamientos no impugnados en el recurso, como es la existencia de un mutuo disenso para la resolución contractual, lo cual nunca había sido alegado ni en la demanda, ni el escrito de contestación a la demanda, siendo introducida dicha figura jurídica por primera vez a lo largo de todo el proceso en la sentencia resolutoria del recurso de apelación, incurriendo así en la denominada jurisprudencial y doctrinalmente como «incongruencia extra petitum», con vulneración al derecho a la tutela judicial y efectiva indefensión.

2.- El recurso de casación se funda en un motivo en el que, al amparo de lo dispuesto en el n.º 3 del art. 477.2 LEC, sobre interés casacional, por resolver la sentencia puntos y cuestiones sobre los que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, denuncia infracción de normas vigentes al dictarse la sentencia.

En su desarrollo razona que el **Banco** incumplió todos los deberes que le imponía la normativa aplicable a la contratación de productos financieros complejos, lo que da lugar a la nulidad por error en el consentimiento sobre el objeto (arts. 1261, 1265 y 1266 CC). Argumenta que debió ser tratada como minorista, que corresponde al **Banco** la carga de la prueba de que proporcionó la información al cliente para que ese prestara su consentimiento informado y conociera los riesgos concretos en caso de bajada de los tipos de interés variable referencial, que solo se le informó de que pagaría una cantidad fija si subían los tipos de interés, que la solicitud de ser tratada como profesional solo aparece firmada en la hoja final, sin que por su experiencia ni formación la demandante pudiera ser considerada como experta financiera, que no le informaron de que fueran a grabarle, que la grabación dura seis minutos en los que no se puede informar sobre productos complejos, la empleada se limita a revisar datos sin explicar posibles escenarios.

3.- En su escrito de oposición al recurso por infracción procesal, el **Banco** demandado alega que, a pesar de que tuvo problemas iniciales para hacerlo, lo cierto es que la demandante pudo escuchar la grabación antes de la celebración del juicio, en el juicio quedó acreditada su autenticidad (el Sr. Luis Enrique, de la Inmobiliaria, reconoció la voz de su esposa y que el número de teléfono era el de ella) y la demandante pudo proponer prueba sobre su contenido en las diligencias finales, lo que no hizo. Por lo que se refiere al recurso de casación señala que ha quedado acreditado que la administradora de la demandante renunció a ser tratada como minorista, contaba con asesoramiento externo al que pudo acudir si tenía alguna duda, fue informada en varias reuniones y no ha acreditado el error.

Recurso de **Banco Popular S.L.**

TERCERO.- Banco Popular interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

1.- El recurso por infracción procesal se funda en dos motivos. En los dos denuncia, al amparo del art. 469.1.4.º LEC, vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE, concretamente por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que produce el haber incurrido la resolución recurrida en un error patente en la valoración de la prueba, palmario, irracional y/o arbitrario.

En el desarrollo de los dos motivos reitera que la sentencia recurrida considera probado que hubo mutuo disenso cuando realmente el **Banco** no contestó al requerimiento del cliente aceptando la resolución sino que contestó comunicando el coste que debía pagar por la cancelación, lo que se confirma por el hecho de que posteriormente, hasta la finalización del contrato, siguió girando las liquidaciones correspondientes.

2.- El recurso de casación se funda en dos motivos:

En el primero, al amparo del art. 477.2.3.º LEC, denuncia infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el mutuo disenso. En su desarrollo alega que la sentencia recurrida considera que se había producido un mutuo disenso del contrato swap firmado en su día por las partes sin que se dieran las circunstancias y requisitos exigidos por dicha doctrina para ello, en particular la confluencia de voluntades resolutorias idénticas en sus términos y condiciones que, en el caso, no se da.

En el segundo, al amparo del art. 477.2.3.º LEC, denuncia infracción de la doctrina jurisprudencial sobre los efectos del mutuo disenso. En su desarrollo alega que la sentencia recurrida considera que las consecuencias del mismo serían que no procedería por parte de la actora el pago de cantidad alguna por la resolución de dicho contrato, cuando lo cierto es que el **Banco** remitió como respuesta a la voluntad de resolver el contrato que el coste de cancelación alcanzaría la cifra de unos 500.000 euros.

3.- En su escrito de oposición a los recursos, Inmobiliaria razona que, a pesar de coincidir con el **Banco** en el argumento de que no existe mutuo disenso, considera que hubo resolución por su parte, que el recurso de infracción procesal no es el cauce adecuado, que no dice en qué se opone a la jurisprudencia que se cita,



carece de fundamento razonable y que el recurso de casación pretende una tercera instancia y una nueva valoración de la prueba.

CUARTO.- *Decisión de la sala*

1.- Por razones de coherencia en el razonamiento y orden lógico en la solución de todos los asuntos planteados vamos a dar respuesta, en primer lugar, al motivo del recurso por infracción procesal de la entidad demandante referido a la admisión de la prueba consistente en la grabación de la contratación telefónica que, según refiere, no pudo oír hasta momentos antes del juicio y que el juzgado tuvo en cuenta para concluir que no hubo error.

El motivo debe ser desestimado porque, como ya dijo la Audiencia para rechazar la misma denuncia realizada en el recurso de apelación de la demandante, en su caso debió solicitarse la nulidad para reponer el procedimiento al estado en que se encontraba cuando debió practicarse la prueba y porque tampoco solicitó que se valorara en la apelación la prueba que decía no había podido proponer.

2.- En segundo lugar, las dos partes recurrentes impugnan la apreciación por la sentencia recurrida de mutuo disenso, lo que ninguna de ellas había alegado. Naturalmente que la finalidad de esta denuncia es diferente en cada uno de los recursos. La demandante alega en el motivo segundo de su recurso por infracción procesal que hubo incongruencia y que debió valorarse si había causa de nulidad y en función de eso entrar a decidir o no sobre la resolución.

La demandada se refiere a esta cuestión en sus dos recursos: en los dos motivos del recurso por infracción procesal denuncia error en la valoración de la prueba por considerar la sentencia que hubo mutuo disenso; además, de manera reiterada y coincidente en los dos motivos de su recurso de casación, sostiene que no hubo mutuo disenso y que su respuesta a la declaración de la voluntad de la demandante de querer resolver el contrato fue comunicar el coste de cancelación que ello comportaría.

La sentencia recurrida introduce el argumento de la existencia de mutuo disenso para rechazar el motivo del recurso de apelación que reprochaba a la sentencia del juzgado que no se pronunciara sobre la acción de resolución contractual que había ejercitado de manera subsidiaria. La Audiencia, tras observar que la demandante no pidió el complemento de sentencia, añadió que en realidad no había habido resolución del contrato sino mutuo disenso, porque el **Banco** aceptó la decisión de la demandante de resolver y se limitó a indicarle el coste que debía abonar. A continuación, la sentencia pasa a ocuparse de la cuestión de la nulidad de los contratos y, tras realizar varias consideraciones, concluye que no se puede declarar la nulidad de la permuta porque al ser nulidad por error la solicitada el contrato dejó de existir cuando el **Banco** aceptó la resolución, por lo que procede determinar los efectos de la extinción y no establecer la categoría de invalidez que le afectaba. Al analizar los efectos de esta extinción de la permuta es cuando afirma que en la misma no se establece que el cliente deba abonar nada, lo que se traduce en la declaración del fallo en igual sentido.

Los motivos del recurso por infracción procesal del **Banco** deben ser desestimados porque, con independencia de que no se comparta el razonamiento de la sentencia acerca que hubo mutuo disenso por el hecho de que se limitara a notificar el coste de cancelación ante el requerimiento de resolución del cliente, nos estaríamos moviendo en el ámbito de la valoración jurídica, que es objeto del recurso de casación y no del de infracción procesal que, de acuerdo con una jurisprudencia reiterada, debe afectar a la fijación de hechos (sentencia 613/2015, de 19 de noviembre , con cita de otras anteriores).

El segundo motivo del recurso por infracción procesal de la demandante debe ser estimado porque la sentencia funda en el mutuo disenso, no invocado por ninguna de las partes, la razón para no pronunciarse sobre la nulidad por error del swap. No se trata de que la sentencia fundara en la apreciación de mutuo disenso un argumento para considerar que el contrato no era nulo sino que dejó de valorar si hubo error al contratar el swap y si en consecuencia procedía declarar la nulidad, con las consecuencias que de allí derivarían.

3.- La estimación del segundo motivo del recurso por infracción procesal de la demandante comporta la anulación de la sentencia impugnada y, de conformidad con lo establecido en la disp. final 16.^a.1.7.^a LEC, que esta sala asuma la instancia y resuelva sobre el objeto del proceso, teniendo en cuenta lo alegado como fundamento del recurso de casación.

4.- El recurso de casación de la demandante se funda en un único motivo en el que invoca la aplicación de las normas sobre error vicio del consentimiento (arts. 1261 , 1265 y 1266 CC) propiciado por el incumplimiento por parte del **Banco** de los deberes legales de información que le incumben de acuerdo con la legislación vigente en el momento de celebrar los contratos (Ley del mercado de valores, normativa MIFID, y reglamentaria que la desarrolla). Razona, en esencia, que fue tratada como cliente profesional, cuando no lo es, y en consecuencia no se le realizaron los preceptivos tests exigidos por la normativa aplicable porque firmó un documento de renuncia a su tratamiento como cliente minorista. Añade que no se le informó por escrito y la grabación de la conversación telefónica mantenida entre la administradora de la demandante y el empleado de la demandada



muestra que se limitaron a repasar los datos de los contratos, pero no muestra un conocimiento por parte de la demandante de la naturaleza y riesgos del producto, ni era posible en los seis minutos de conversación explicar la complejidad de los mismos.

5.- En el presente caso, hay que partir de que todos los contratos impugnados (el contrato marco, la confirmación, y la póliza de crédito para garantizar los pagos) integran una única relación jurídica, tal y como han venido manteniendo ambas partes desde la demanda y la contestación a la demanda.

6.- En el momento de la firma de los contratos litigiosos estaba en vigor el art. 78.bis.2 LMV (modificada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre), conforme al cual, los clientes que no entran en el concepto legal de clientes profesionales que suministra la propia ley pueden solicitar y renunciar de forma expresa a su tratamiento como clientes minoristas, pero la admisión de la solicitud y renuncia queda condicionada a que la empresa que preste el servicio de inversión efectúe la adecuada evaluación de la experiencia y conocimientos del cliente en relación con las operaciones y servicios que solicite, y se asegure de que puede tomar sus propias decisiones de inversión y comprende sus riesgos.

Al llevar a cabo la citada evaluación, la empresa deberá comprobar que se cumplen al menos dos de los siguientes requisitos: 1.º que el cliente ha realizado operaciones de volumen significativo en el mercado de valores, con una frecuencia media de más de diez por trimestre durante los cuatro trimestres anteriores; 2.º que el valor del efectivo y valores depositados sea superior a 500.000 euros; 3.º que el cliente ocupe, o haya ocupado durante al menos un año, un cargo profesional en el sector financiero que requiera conocimientos sobre las operaciones o servicios previstos.

Como reitera la sentencia de esta sala n.º 235/2016, de 8 abril, recogiendo la doctrina sentada por las ya citadas en el recurso y otras posteriores:

«Partiendo de la base de que profesionalidad y confianza son los elementos imprescindibles de la relación de clientela en el mercado financiero, en este tipo de contratos es exigible un estricto deber de información: el cliente debe recibir de la entidad financiera una completa información sobre la naturaleza, objeto, coste y riesgos de la operación, de forma que le resulte comprensible, asegurándose de que el cliente entiende, sobre todo, los riesgos patrimoniales que puede llegar a asumir en el futuro. A esta finalidad responde el conjunto de normas contenido en la Ley del Mercado de Valores, por incorporación a nuestro ordenamiento de la denominada normativa MiFID (Markets in Financial Instruments Directive o Directiva de Mercados de Instrumentos Financieros), y que incide fundamentalmente en el cumplimiento por las entidades de especiales deberes informativos, para lo que será presupuesto necesario recabar información sobre el propio cliente. La legislación del Mercado de Valores, partiendo del objetivo fundamental de fomentar la transparencia y la información en beneficio de los inversores (o más ampliamente, de los clientes del mercado financiero), distingue entre los clientes minoristas y los clientes profesionales. Conforme al artículo 78 bis 2 de la Ley del Mercado de Valores, clientes profesionales son "aquellos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos"; estableciéndose a continuación una serie de presunciones legales de profesionalidad (entidades financieras y empresarios con elevado volumen de negocio), mientras que se considerarán clientes minoristas todos aquellos que no sean profesionales (art. 78 bis 4). Es más, el cliente minorista no puede libremente renunciar a su clasificación, sino que dispone a estos efectos el art. 79 bis-3 e) LMV que la renuncia queda en todo caso condicionada a que la empresa que preste el servicio de inversión efectúe la adecuada evaluación de la experiencia y conocimientos del cliente en relación con las operaciones y servicios que solicite, y se asegure de que puede tomar sus propias decisiones de inversión y comprende sus riesgos, e incluso deberá comprobar que se cumplen al menos dos de los requisitos previstos en la norma y que quieren reservar el cambio de calificación del cliente a supuestos de gran capacidad financiera o de acreditada experiencia en este sector. Siendo evidente que el cliente minorista es el que ha de recibir el mayor grado de protección, porque cuenta con menor experiencia y conocimientos del mercado financiero, que le impiden comprender la naturaleza y los riesgos de los mercados, productos y servicios de inversión. En suma, la normativa contenida en la LMV pretende mejorar la protección del inversor, reforzando tres principios básicos que deben cumplir las entidades financieras cuando prestan servicios de inversión: actuar de forma honesta, imparcial y profesional, en el mejor interés de sus clientes; proporcionarles información imparcial, clara y no engañosa; y prestar servicios y ofrecer productos teniendo en cuenta las circunstancias personales de los clientes, intentando así evitar que el cliente contrate productos o servicios no ajustados a su perfil o que no satisfagan sus expectativas».

La demandada no ha acreditado que se hubieran cumplido las exigencias legales para que fuera válida la renuncia de la actora a ser tratada como minorista, y solo consta la firma del impreso de renuncia proporcionado por la entidad (doc. 11 de la contestación).

En consecuencia, la actora debe ser considerada como minorista.



7.- Constituye jurisprudencia constante que bajo la normativa MiFID, en concreto el art. 79 bis.3 LMV, en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadoras de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación. Aunque por sí mismo el incumplimiento de los reseñados deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio en la contratación del producto financiero, la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, incide en la apreciación del error [por todas, sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 559/2015, de 27 de octubre].

En supuestos similares al presente, en que se habían comercializado productos que podían incluirse dentro de la denominación genérica de permuta financiera o swap, hemos advertido que, al margen del motivo por el que se concertaron o la explicación que se dio al ser comercializados, no dejan de tener la consideración de producto financiero complejo, sobre cuya comercialización pesan los reseñados deberes de información expuestos (por todas, con cita de otras anteriores, sentencia 106/2017, de 17 de febrero).

De acuerdo con la jurisprudencia de esta sala, para que el **Banco** quede exonerado de sus deberes de información respecto de los clientes minoristas, no es suficiente que en la documentación contractual se haga constar que no hay labor de asesoramiento por parte de la entidad (lo que exigiría la realización de un test de idoneidad, que en el caso no se hizo) y que corre de cuenta del cliente informarse.

Junto a ello, es doctrina de la sala que el incumplimiento de los deberes legales no da por sí lugar a la apreciación de error, pero permite presumirlo.

Igualmente, es doctrina de esta sala que incumbe al **Banco** probar que el cliente conocía los riesgos que asumía al contratar, tanto como consecuencia de variaciones bruscas de los tipos de interés como por lo que se refiere al coste de cancelación, sin que, frente a la negativa del cliente acerca de haber recibido esa información puedan prevalecer las declaraciones en sentido contrario de los empleados de la entidad.

Igualmente es doctrina de esta sala la de que el hecho de que la administradora de la sociedad haya ocupado puestos de administradora no permite presumir que conoce los riesgos de productos como el swaps si su experiencia y actividad no permite considerarla como experta financiera, lo que en el caso no ha quedado probado, por lo que tampoco se puede hacer recaer sobre el administrador el deber de informarse, ni eliminan los deberes de información el que la sociedad contara para los temas contables con un asesor externo (además de la sentencia ya citada, de otras anteriores, y de las que se citan en el recurso, entre otras muchas, las más recientes sentencias 320/2018, de 30 de mayo , 331/2018, de 1 de junio , 386/2018, de 21 de junio , 379/2018, de 19 de junio , 446/2018 y 444/2018, de 12 de julio).

8.- En el caso, la demandada no ha acreditado el cumplimiento de los deberes de información impuestos por la normativa vigente, sin que sea suficiente la información contenida en el propio contrato o en los folletos informativos que no vaya acompañada de la información sobre las consecuencias económicas de una caída abrupta de los tipos de interés. Es más, la lectura de los folletos informativos aportados por la entidad más bien refleja que se incumplieron los deberes de información, cuando se dice que dado el riesgo que el producto comporta para el inversor se recomienda al cliente que consulte con sus asesores. Igualmente, de la conversación grabada en el momento de la contratación telefónica, de la que resulta una mera comprobación de datos, la empleada de la entidad sobre todo en lo que insiste es en que «usted paga siempre fijo y recibe variable», lo que en modo alguno comporta una explicación, ni siquiera una sugerencia de los riesgos del producto ni de los elevados costes de su cancelación.

9.- Procede por ello estimar la demanda, declarar la nulidad de los contratos suscritos entre las partes con fecha 17 de junio y 2 y 3 de julio de 2008 y, como consecuencia de la nulidad, de conformidad con el art. 1303 CC , ordenar la retroacción del saldo a la fecha anterior a la primera liquidación, privando de eficacia a todas las liquidaciones y cargas generadas por el swap así como a la obligación de pago de todo coste de cancelación.

10.- Finalmente, por lo que se refiere al recurso de casación del **Banco**, hay que observar que si los contratos fueran válidos tendría razón al impugnar el pronunciamiento de la Audiencia acerca de la existencia de mutuo disenso. Sin embargo, la nulidad de los contratos tiene como consecuencia la retroacción del saldo y la eliminación de los efectos del producto desde su formalización, de modo que tampoco procedería la exigencia de cumplimiento del coste de cancelación.

QUINTO.- Por aplicación del principio del vencimiento objetivo, la entidad demandada ha de ser condenada al pago de las costas causadas en primera instancia.



No procede hacer especial declaración sobre costas causadas por la apelación ni por los recursos por infracción procesal y casación interpuestos por la demandante (art. 398.2 LEC), procediendo la devolución a la demandante de los depósitos constituidos para la interposición de sus recursos (Disposición adicional 15.ª, apartado 8 LOPJ).

Se impone a la demandada las costas causadas por su recurso por infracción procesal (arts. 398.1 y 394 LEC). No se le imponen las costas del recurso de casación, puesto que esta sala considera que la demandada se vio abocada a interponerlo frente a una sentencia que, sin declarar la nulidad de los contratos, sin embargo declaró que no procedía el pago de cantidad alguna por la demandante, con apoyo en la apreciación de mutuo disenso que ninguna de las partes había invocado. Procede la pérdida del depósito constituido para la interposición de su recurso por infracción procesal y la devolución del constituido para la interposición del recurso de casación (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- Estimar el recurso por infracción procesal formulado por Inmobiliaria San Javier S.L. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 12 de mayo de 2015, por la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1.ª, en el rollo de apelación n.º 294/2014, dimanante del juicio ordinario n.º 663/2011, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Talavera de la Reina.

2.º- Anular la sentencia recurrida, dejándola sin efecto.

3.º- Estimar la demanda interpuesta por Inmobiliaria San Javier S.L. contra **Banco Popular** Español S.A., declarar la nulidad de los contratos suscritos entre las partes de 17 de junio, 2 y 3 de julio de 2008, de confirmación de swap, contrato marco de operaciones financieras y póliza de crédito y, en consecuencia, ordenar la retrotracción del saldo a la fecha anterior a la primera liquidación, privando de eficacia a todas las liquidaciones y cargas generadas por el swap así como a la obligación de pago del coste de cancelación.

4.º- Imponer a **Banco Popular** Español S.A. las costas causadas en primera instancia.

5.º- Desestimar el recurso por infracción procesal interpuesto por el **Banco Popular** Español S.A., con imposición de costas y pérdida del depósito constituido. No imponer las costas causadas por su recurso de casación y ordenar la devolución del depósito constituido.

6.º- No hacer especial pronunciamiento sobre las costas de la apelación ni sobre las costas de los recursos por infracción procesal y casación interpuestos por Inmobiliaria San Javier S.L. y ordenar la devolución de los depósitos constituidos para su interposición.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación.

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

Así se acuerda y firma.