



Roj: **STS 2247/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:2247**

Id Cendoj: **28079110012020100395**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/07/2020**

Nº de Recurso: **3921/2017**

Nº de Resolución: **413/2020**

Procedimiento: **Recurso extraordinario infracción procesal**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 413/2020**

Fecha de sentencia: 09/07/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3921/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 01/07/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11.<sup>a</sup>

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3921/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 413/2020**

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

En Madrid, a 9 de julio de 2020.

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 Sección 11.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de

Madrid. Es parte recurrente la entidad Inversiones Inmobiliarias Cre S.L, representada por el procurador Jacinto Gómez Simón y bajo la dirección letrada de Juan Sánchez-Calero Guilarte. Es parte recurrida la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por la procuradora Ana Llorens Pardo y bajo la dirección letrada de Borja Fernández de Trocóniz; la entidad Banco Santander S.A., representada por el procurador Eduardo Codes Feijoo y bajo la dirección letrada de José Miguel Fatás Monforte y la entidad Bankia S.A., representada por el procurador David Martín Ibeas y bajo la dirección letrada de Francisco Torres Pérez.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. El procurador Jacinto Gómez Simón, en nombre y representación de la entidad Inversiones Inmobiliarias Cre, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Madrid, contra las entidades Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., Banco Santander S.A., y Bankia S.A., para que dictase sentencia por la que:

"1.- Que, conforme a las causas señaladas en el Fundamento Jurídico II y III de este escrito, se declare la inexistencia de los Swaps y, subsidiariamente, la nulidad de las operaciones de swap suscritas por la demandante el 9 de octubre de 2008 con Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., Banco Santander S.A. y Bankia S.A., respectivamente y, de conformidad con el art. 1303 CC, se proceda a la restitución recíproca de las prestaciones, o sea, que se condene a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., Banco Santander S.A. y Bankia S.A. a la restitución de las liquidaciones abonadas por la Sociedad, previa compensación, en su caso, con las abonadas por la demandada, y todo ello junto con los intereses que se hayan devengado,

"2.- Subsidiariamente, conforme a lo señalado en Fundamento Jurídico III.5 de este escrito, declare la responsabilidad de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., Banco Santander S.A. y Bankia S.A. por la defectuosa prestación de servicios de inversión y asesoramiento, por incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales de incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales de información, diligencia y lealtad, se declare la resolución de los Swaps y se condene a las demandadas a indemnizar los daños y perjuicios causados a mi representada desde la suscripción de los swaps. Dicha indemnización deberá fijarse en fase de ejecución de sentencia, y deberá contemplar todas las cantidades que la demandante hubiera recibido y satisfecho o satisfaga en el futuro como consecuencia de todos los swaps hasta la fecha de ejecución de sentencia, incluyendo en su caso el coste de cancelación de los mismos, junto con los intereses que se hayan devengado.

"3.- Subsidiariamente, se declare que el tipo de interés fijo de los swaps sea el correspondiente a la mejor oferta del mercado que conste en Blommborg (sic) o Reuters para bien el día en que fueron suscritos los swaps (9 de octubre de 2008), bien el día en que se suscribió el préstamo (23 de diciembre de 2009), bien el día en que entró en vigor el tipo variable del préstamo (23 de marzo de 2010); se declare que le importe de las liquidaciones que debieran haberse practicado aplicando el tipo de interés determinado según lo dispuesto es este párrafo, se deduzca del importe de las liquidaciones soportadas hasta la fecha por la sociedad y la diferencia sea entregada a la Sociedad en compensación de los daños y perjuicios sufridos y se declare la nulidad de los costes de cancelación anticipada por haberse ocultado a la Sociedad.

"4.- Que se condene asimismo a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., Banco Santander S.A. y Bankia S.A. a pagar las costas devengadas en este procedimiento".

2. El procurador Eduardo Codes Feijoo, en representación de la entidad Banco Santander S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"desestimatoria de la demanda, con expresa condena en costas a la parte actora".

3. La procuradora Ana Llorens Pardo, en representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., contestó a la demanda y suplicó al Juzgado:

"sentencia íntegramente desestimatoria de dicha demanda con expresa condena en costas a la parte actora".

4. El procurador Francisco José Abajo Abril, en representación de la entidad Bankia S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dicte sentencia:

"por la que desestime íntegramente la demanda y absuelva a mi representado de cuantas pretensiones se ejercitan en su contra, con imposición de costas a la parte actora".



5. El Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Madrid dictó sentencia con fecha 28 de abril de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Que desestimando la demanda interpuesta por Inversiones Inmobiliarias Cre S.L. representada por el Procurador D. Jacinto Gómez Simón contra Bankia S.A. representada por el Procurador D. Francisco José Abajo Abril, Banco Santander S.A. representada por el Procurador D. Eduardo Codes Feijoo y BBVA S.A. representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Ana Llorens Pardo, debo absolver y absuelvo a la parte demandada de las pretensiones ejercitadas por la parte actora, con expresa imposición de costas a esta última".

**SEGUNDO.** *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Inversiones Inmobiliarias Cre S.L.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 11.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, mediante sentencia de 30 de junio de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto en representación de Inversiones Inmobiliarias Cre, S.L. contra la sentencia de fecha 28 de abril de 2016, dictada por la Titular del Juzgado de Primera Instancia nº 50 de Madrid, con el procedimiento nº 1290/2013, de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, e imponemos las costas de esta alzada a la apelante".

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

1. El procurador Jacinto Gómez Simón, en representación de la entidad Inversiones Inmobiliarias Cre S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Sección 11.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"1º) Infracción del art. 24 CE por error fáctico, patente e inmediatamente verificable en la valoración de la prueba, en relación con los arts. 319.1 y 326.1 LEC.

"2º) Infracción del art. 24 CE por error fáctico, patente e inmediatamente verificable en la valoración de la prueba, en relación con los arts. 319.1 y 326.1 LEC.

"3º) Infracción del art. 24 CE por error fáctico, patente e inmediatamente verificable en la valoración de la prueba, en relación con los arts. 319.1 y 326.1 LEC".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Vulneración de los arts. 78 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y art. 61 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre y de la jurisprudencia sobre el nivel de protección que a los clientes otorga la LMV.

"2º) Vulneración del art. 63.1g) LMV y jurisprudencia sobre la obligación de asesoramiento impuesta a las empresas que prestan servicios de inversión.

"3º) Vulneración del art. 70 quater LMV y 44 y 66a) del Real Decreto 217/2008 y jurisprudencia sobre la existencia de conflicto de intereses.

"4º) Infracción de los arts. 79 bis LMV y 62, 64, 72, 73 y 74 Real Decreto 217/2008 en relación con los arts. 1265 y 1266 CC y jurisprudencia sobre el incumplimiento de los deberes de información de la entidad financiera y el error vicio del consentimiento en el contrato de swap.

"5º) Infracción de los arts. 79 bis LMV y 62 y 64 Real Decreto 217/2008 en relación con el art. 1101 CC y jurisprudencia sobre la responsabilidad contractual por incumplimiento de los deberes de información".

2. Por diligencia de ordenación de 26 de septiembre de 2017, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11.<sup>a</sup>, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la entidad Inversiones Inmobiliarias Cre S.L, representada por el procurador Jacinto Gómez Simón; y como parte recurrida la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por la procuradora Ana Llorens Pardo, la entidad Banco

Santander S.A., representada por el procurador Eduardo Codes Feijoo y la entidad Bankia S.A., representada por el procurador David Martín Ibeas.

4. Esta sala dictó auto de fecha 30 de octubre de 2019 con la siguiente parte dispositiva:

"Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la entidad mercantil Inversiones Inmobiliarias Cre S.L. contra la sentencia dictada en segunda instancia el 30 de junio de 2017, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11.ª, en el rollo de apelación nº 673/2016, dimanante del juicio ordinario nº 1292/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 50 de Madrid".

5. Dado traslado, las respectivas representaciones procesales de las entidades Bankia S.A., Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. y Banco Santander S.A. presentaron escritos de oposición a los recursos formulados de contrario.

6. Por providencia de 9 de marzo de 2020, se señaló para votación y fallo el 23 de abril de 2020. Con fecha 16 de marzo de 2020 se presentó escrito que no pudo unirse al presente recurso como consecuencia de las circunstancias derivadas de la crisis sanitaria y en el que el Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile comunicaba la posible concurrencia de causas de abstención. Por providencia de 4 de junio siguiente se pone en conocimiento de las partes que la votación y fallo no pudo celebrarse por la necesidad de resolver con carácter previo sobre las causas de abstención comunicadas.

7. Con fecha 16 de junio de 2020 se dictó auto por esta sala con la siguiente parte dispositiva:

"Estimar justificada la abstención en los recursos de casación e infracción procesal n.º 3921/2017 del magistrado de esta sala Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile, quedando el mismo apartado del conocimiento del mencionado recurso".

8. Por providencia de 22 de junio de 2020 se señaló para votación y fallo el día 1 de julio de 2020, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia, tal y como deja constancia de ellos la sentencia recurrida.

En el año 2006, el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (Colegio de Registradores) empezó a promover la construcción del nuevo edificio en Madrid, en calle Alcalá núm. 540, destinado a ser la sede de los registros de Madrid. El Colegio de Registradores tenía una sociedad instrumental, Inversiones Inmobiliarias CRE S.L. (en adelante, IICRE) que es la entidad que realizó la promoción y recabó la financiación necesaria.

Para afrontar esta operación inmobiliaria, cuyo coste se presupuestó en 136.100.000 euros, más IVA, IICRE recabó tres préstamos de 33.000.000 euros cada uno, de tres entidades financieras: Caja Madrid (hoy, Bankia), Banco Santander y BBVA. En los tres préstamos el interés convenido era variable. Con intención de cubrir las consecuencias de la variabilidad en estos tres préstamos, el 9 de octubre de 2008 se concertaron tres permutas financieras (swap fijo-flotante), una con cada una de las entidades prestamistas.

La negociación de esta financiación, de los préstamos y las permutas financieras, cuando menos comenzó en diciembre de 2006. Por parte de IICRE, intervino, asesorando en los aspectos económicos y financieros de la operación, quien era su director desde 2004, Alonso .

Según deja constancia expresa la Audiencia, el Sr. Alonso , en aquel momento, tenía la siguiente cualificación profesional:

"era licenciado en Ciencias Económicas, Máster en Gestión Medioambiental, Especialista en Comercio Exterior, MBA del Instituto de Empresa, había cursado un programa de desarrollo para directivos y realizado labores de control de gestión, contabilidad y análisis de rentabilidad, (...) y tenía sobrada capacidad para entender el producto aunque no fuera especialista en gestión de activos financieros (...). En suma, ya en el año 2008 era un profesional con significativa formación en economía, aunque generalista, dotado de experiencia y con habilidades que le permitían alcanzar las nociones técnicas propias del producto financiero".

En diciembre de 2006, el Sr. Alonso elaboró un estudio de viabilidad, en el que dejó constancia de la incidencia de dos condicionantes del proyecto: las "Rentas generadas por el arrendamiento del edificio, y seguridad de las mismas" y la "carga financiera a soportar en la operación, en función de la evolución de los tipos de interés".



Según este estudio, "estos parámetros son predecibles y conocidos. Por un lado se conoce el volumen de ingresos por arrendamientos, dada la certeza en el cobro de los mismos, ocupación de una ratio importante del edificio y nula morosidad, y por otro lado la certeza en cuanto a los tipos de interés de la deuda al cubrirse con un swap". Y, más adelante, al analizar la financiación, el estudio proponía lo siguiente:

"El préstamo sería un hipotecario a 20 años, con el primer año de carencia en cuanto a la amortización del principal, y una amortización lineal para el resto del periodo"; "El coste de la deuda que se adopta en el estudio es del 3,9%. La última oferta de las entidades financieras fue de 3,78% por un fijo bonificado a 20 años con barrera del Euribor al 5,5%. A fecha 22 de diciembre de 2006 la curva de tipos descuenta un Euribor al 4,25% a 30 años, por lo que a falta de la oferta definitiva, que no debe variar sustancialmente la última oferta realizada en diciembre de 2006, se adopta ese tipo fijo del 3,9% para todo el periodo".

El 29 de enero de 2007, el Sr. Alonso remitió al presidente del consejo de administración de IICRE, que era a su vez vicedecano del Colegio de Registradores, los "Términos y Condiciones de la Financiación", donde ya se hacía referencia a la "contratación del derivado". Y los comentarios al producto, sus incidencias y características, son constantes en otras comunicaciones en que se manifiesta la atención prestada a la "curva de tipos", su evolución o la "inflexión" que se estaba produciendo en los mercados.

En estas operaciones de financiación intervino también, por parte de IICRE, el presidente ( Dimas ) y el secretario del consejo de administración ( Braulio ), este último era Abogado del Estado en excedencia y diplomado en ciencias empresariales. También prestó su asesoramiento jurídico un letrado del despacho de abogados Cuatrecasas.

Los términos y condiciones en que se pactaron los CMOF y las permutas financieras fueron fruto de una intensa negociación, que se prolongó muchos meses, según considera acreditado la Audiencia:

"como demuestran las comunicaciones documentadas, sobre todo siendo interlocutor BBVA, que coordinaba a las tres entidades financieras -v.gr. correo dirigido por D. Alonso a D. Cecilio -empleado de BBVA- el día 13 de febrero de 2007 a propósito de los términos del Contrato Marco de Operaciones Financieras recibido el día anterior, instando aclaración y modificación, o los posteriores de 7 de octubre y 4 de noviembre de 2008 exigiendo cambios que estimaba imprescindibles o aclarando aspectos, p.e. las consecuencias para el derivado de una amortización anticipada del préstamo, como también hubo abundantes contactos hasta llegar a la propuesta conjunta de cobertura de tipos de interés, del día 19 de septiembre de 2008, siendo de destacar que el día 23 de septiembre y a petición del Sr. Alonso le fue remitida por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria una actualización de la propuesta y la curva Forward de euribor a 1 mes para que la mostrase al Consejo de Administración, y aquel mismo día tuvo lugar en la sede del Colegio de Registradores una reunión con el Sr. Alonso y D. Dimas en la que se realizó una explicación práctica de la cobertura financiera, sucediéndose después nuevas propuestas remitidas los días 1 de octubre y 6 de octubre de 2008".

Al tiempo de concertarse las tres permutas financieras, IICRE cumplía con dos de los tres parámetros previstos por el art. 78bis LMV para que se le pudiera considerar inversor profesional: su activo alcanzaba los 74,5 millones de euros y sus fondos propios eran de 65,88 millones de euros.

**2.** IICRE interpuso la demanda contra Bankia, BBVA y Banco Santander, que dio inicio al presente procedimiento, en la que solicitaba, en primer lugar, que se declarara la inexistencia de las permutas financieras de 9 de octubre de 2008 y, subsidiariamente, su nulidad por error vicio en el consentimiento, con la restitución recíproca de prestaciones. También subsidiariamente, pedía que se declarara la responsabilidad de las entidades bancarias por la defectuosa prestación de servicios de inversión y asesoramiento, por incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales de información, diligencia y lealtad, y que se declarara la resolución de los swaps y se condenara a las demandadas a indemnizar los daños y perjuicios causados desde su suscripción. También subsidiariamente, la demanda pedía que se declarara que el tipo de interés fijo de los swaps fuera el correspondiente a la mejor oferta del mercado que conste en Bloomberg o Reuters para, bien el día en que fueron suscritos los swaps (9 de octubre de 2008), bien el día en que se suscribió el préstamo (23 de diciembre de 2009), bien el día en que entró en vigor el tipo variable del préstamo (23 de marzo de 2010); y que se declarara que el importe de las liquidaciones que debieran haberse practicado aplicando el tipo de interés determinado según lo dispuesto en este párrafo, se deduzca del importe de las liquidaciones soportadas hasta la fecha por la sociedad y la diferencia sea entregada a la misma en compensación de los daños y perjuicios sufridos, y se declarara la nulidad de los costes de cancelación anticipada por haberse ocultado a la sociedad.

**3.** La sentencia de primera instancia, después de rechazar la excepción de caducidad, desestimó las pretensiones fundadas en la nulidad de la contratación de las tres permutas financieras, al no apreciar que hubiera error vicio. También desestimó que hubiera habido incumplimiento justificativo de la resolución contractual pretendida, así como las pretensiones formuladas relacionadas con la modificación de las condiciones pactadas.



4. Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia desestima el recurso. Después de analizar la prueba, concluye que no existió ningún déficit de información respecto de la contratación de los swaps y sus concretos riesgos, también los de la cancelación anticipada. Descarta que hubiera habido error vicio en el consentimiento que justificara la nulidad de estos contratos, y tampoco incumplimiento contractual que justificara su resolución.

5. Frente a la sentencia de apelación, IICRE ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal, basado en tres motivos, y recurso de casación, articulado en cinco motivos.

**SEGUNDO. Formulación de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal**

1. *Formulación del motivo primero.* El motivo se formula "al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC, por vulneración, en proceso civil, de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución por error fáctico, patente e inmediatamente verificable en la valoración de la prueba, en relación con los arts. 319.1 y 326.1 de la LEC".

Al resumir la infracción, el recurso aduce que el art. 326.1 de la LEC determina que los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del art. 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen. Entiende que hay tres documentos privados que al no haber sido impugnados hacen prueba plena respecto del hecho, acto o estado de cosas que documentan y de la fecha en que se produce la documentación; y que la sentencia recurrida no le ha atribuido a la fecha de esos documentos y a los hechos documentados valor probatorio, lo que supone una vulneración de los preceptos citados que ponen de manifiesto un error patente en la valoración de la prueba.

Los tres documentos son: a) el documento A09 del escrito de contestación de BBVA, en el que consta el perfil del Sr. Alonso en LinkedIn en febrero de 2014; b) el documento A10 también de la contestación de BBVA, que contiene el perfil del Sr. Alonso en la página web de la Escuela de Negocios del Mediterráneo, en febrero y en marzo de 2014; y c) documento B17 de la contestación de BBVA, que contiene un correo electrónico enviado el día 7 de octubre de 2008, en el que el Sr. Alonso, reiterando una petición de información más completa sobre aspectos básicos del funcionamiento y riesgos del producto, formula varias consultas al Sr. Cecilio (interlocutor del banco agente) sobre los siguientes extremos: (i) posibilidad de cubrir un periodo de 15 años en lugar del superior previsto; (ii) qué ocurre si se decide amortizar total o parcialmente el préstamo; y (iii) qué ocurre y cuáles son las implicaciones si el derivado entrara en vigor con fecha anterior a la fecha de formalización del préstamo.

El error patente que se imputa a la sentencia al realizar su valoración sobre estos medios de prueba documental es considerar probado que " Alonso tenía sobrada capacidad para entender el producto financiero contratado (Swap) y era un profesional dotado de experiencia y habilidades que le permitían alcanzar las nociones técnicas del producto financiero cuando lo cierto es que nunca anteriormente había participado en la contratación de un producto financiero parecido ni similar al Swap ni disponía de conocimientos ni experiencia alguna sobre mercados financieros que le permitiera alcanzar las nociones técnicas del derivado".

2. *Formulación del motivo segundo.* El motivo se formula "al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC por vulneración, en proceso civil, de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución por error fáctico, patente e inmediatamente verificable en la valoración de la prueba, en relación con arts. 319.1 y 326.1 de la LEC".

Al resumir la infracción, el recurso vuelve a aducir que el art. 326.1 de la LEC determina que los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del art. 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen. Entiende que hay tres documentos privados que, al no haber sido impugnados, hacen prueba plena respecto del hecho, acto o estado de cosas que documentan y de la fecha en que se produce la documentación; y que la sentencia recurrida no ha atribuido a la fecha de esos documentos y a los hechos documentados valor probatorio lo que supone una vulneración de los preceptos citados que ponen de manifiesto un error patente en la valoración de la prueba.

Los tres documentos son: a) el núm. 43 aportado por IICRE en la audiencia previa, que contiene la oferta de financiación de la operación de compra del edificio que iba a llevar a cabo IICRE para la instalación de los registros de la propiedad de Madrid remitida por Gabino, Subdirector General (Director de Negocio Promotores de Caja Madrid), a Dimas (Presidente del Consejo de Administración de IICRE y Vicedecano del Colegio de Registradores), fechada el día 12 de diciembre de 2006, que incluía el ofrecimiento de Swaps; b) el documento núm. 2 de los aportados por BBVA, que coincide con el núm. 1 de los aportados por Bankia con su contestación, que contiene el "Estudio de Viabilidad para los Registros de Madrid, Alcalá 540" elaborado por IICRE, S.L., fechado el día 26 de diciembre de 2006, que -afirma el recurrente- se realizó en respuesta a las ofertas personalizadas para la financiación de la compra del edificio formuladas por la entidades financieras,



que incorporaban un Swap (cobertura -IRS subvencionado-); y c) el documento C08 aportado por el BBVA, que coincide con el documento núm. 32 de Banco Santander, del que -a juicio del recurrente- claramente se desprende la iniciativa (y recomendación) de la contratación por parte de BBVA (que actuaba en la operación como banco agente).

El error patente que se imputa a la sentencia al realizar su valoración sobre estos medios de prueba documental es considerar probado "que la iniciativa en la contratación de los Swaps correspondió a IICRE, S.L. cuando lo cierto es que fueron las entidades financieras las que ofrecieron a IICRE, S.L. la suscripción de los Swaps, dentro de su oferta de financiación de la operación de compraventa del edificio de la futura sede de los Registros de la Propiedad, sito en Alcalá 540".

**3. Formulación del motivo tercero.** El motivo se formula "al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC por vulneración, en proceso civil, de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución por error fáctico, patente e inmediatamente verificable en la valoración de la prueba, en relación con arts. 319.1 y 326.1 de la LEC".

Al resumir la infracción, el recurso vuelve a aducir que el art. 326.1 de la LEC determina que los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del art. 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen. Entiende que hay cuatro documentos privados que, al no haber sido impugnados, hacen prueba plena respecto del hecho, acto o estado de cosas que documentan y de la fecha en que se produce la documentación; y que la sentencia recurrida no ha atribuido valor probatorio a las manifestaciones realizadas por diferentes representantes de las entidades financieras lo que supone una vulneración de los preceptos citados que ponen de manifiesto un error patente en la valoración de la prueba.

Los cuatro documentos son: a) el documento 27 aportado con la contestación de BBVA, que es un correo electrónico remitido el 21 de enero de 2008 por Julio (Banco Santander) a Alonso (IICRE) en el que afirmaba que "los mercados están ahora en una situación inmejorable" y que "Caja Madrid es de la misma opinión"; documento núm. B12 de BBVA, que es un correo electrónico dirigido el 10 de junio de 2008 por Lorenzo (BBVA) a Alonso (IICRE), en el que le trasladaba la recomendación de contratar los Swaps para "reducir la exposición a subidas de tipo de interés"; documento núm. 16 de la demanda de IICRE, que es un correo electrónico enviado el 5 de septiembre de 2008 por Cecilio (BBVA) a Alonso (IICRE) en el que manifestaba que era "un magnífico momento para que cerremos el derivado"; y el documento núm. 17 de la demanda de IICRE, que es un correo electrónico dirigido el 1 de octubre de 2008, por Lorenzo (BBVA) a Alonso en el que afirma que "es un buen momento para cubrir" (se refiere -a juicio del recurrente- a los Swaps de tipos) porque "el mercado está muy atento a lo que suceda con este plan (en referencia -según el recurrente- al plan de rescate planteado por la Administración Bush), y consideramos que en cuanto el plan sea aprobado, el mercado reaccionará volviendo a subir los niveles de cobertura (...) por lo que en la medida que os sea posible lo aconsejable sería realizar la cobertura lo antes posible".

El error patente que se imputa a la sentencia al realizar su valoración sobre estos medios de prueba documental es considerar probado "que las manifestaciones realizadas por los representantes de las entidades financieras (en especial, del BBVA, banco agente de la operación) contenidas en estos correos electrónicos son unos meros recordatorios respecto a la obligación asumida de suscribir los swaps, cuando lo cierto es que de su contenido resulta que lo que las entidades financieras estaban haciendo era recomendar la suscripción de los swaps en un momento concreto".

### **TERCERO.** *Desestimación de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal*

**1.** Los tres motivos impugnan la valoración de la prueba practicada por la Audiencia, en relación con tres hechos que entiende acreditados: que el Sr. Alonso tenía capacitación profesional y experiencia profesional suficiente para entender las permutas financieras contratadas por IICRE; que la iniciativa en su contratación no partió de las entidades financieras; y que estas no realizaron una función de asesoramiento.

Esta impugnación se enmarca en la doctrina de esta sala sobre la revisión de la valoración de la prueba mediante el recurso extraordinario por infracción procesal.

Conviene recordar, como hemos hecho en innumerables ocasiones, que "en nuestro sistema el procedimiento civil sigue el modelo de la doble instancia, razón por la que ninguno de los motivos que *numerus clausus* [relación cerrada] enumera el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a la valoración de la prueba. La admisión del recurso extraordinario por infracción procesal no da paso a una tercera instancia en la que fuera de los supuestos excepcionales se pueda replantear la completa revisión de la valoración de la prueba, ya que esta es función de las instancias y las mismas se agotan en la apelación" (por ejemplo, en las sentencias 535/2015, de 15 de octubre, 153/2016, de 11 de marzo, y 26/2017, de 18 de enero).



Aunque la jurisprudencia de esta sala ha admitido que pueda justificarse un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4.º del art. 469.1 LEC, en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (entre otras, sentencias 326/2012, de 30 de mayo; y 58/2015, de 23 de febrero), se refiere exclusivamente a la valoración realizada en orden a la determinación o fijación de los hechos y no a las valoraciones jurídicas extraídas de los hechos considerados probados (sentencia 26/2017, de 18 de enero).

2. En nuestro caso no cabe apreciar que hubiera habido un error notorio, propiamente dicho, sino la existencia de una diferencia de valoración. La realizada por la Audiencia entra dentro del marco de posibles interpretaciones, en la medida en que la conclusión no deja ser muy valorativa y en ella ha influido también la apreciación conjunta de otros medios de prueba.

Podría ser discutible la apreciación a la que llega la Audiencia de que el Sr. Alonso tenía capacitación y experiencia suficiente para poder comprender y negociar la contratación de las permutas financieras, pero no constituye ningún error palmario. La combinación entre su titulación académica y la formación acumulada hasta entonces, la experiencia en la dirección de una compañía inmobiliaria que ese año ya cumplía los criterios legales para que se le pudiera considerar una inversora profesional, junto con el plan de viabilidad elaborado por él y el cruce de comunicaciones en las que formuló las reseñadas preguntas sobre las permutas de iban a contratar permiten concluir, como hizo la Audiencia, que el Sr. Alonso estaba en condiciones de entender y comprender las permutas financieras y sus riesgos. Y, desde luego, llegar a esa conclusión no constituye un error notorio.

3. Por lo que respecta a la iniciativa en la contratación de las permutas financieras, también podría ser discutible la valoración realizada por la Audiencia, pero en ningún caso constituye un error notorio. El que la Audiencia no atribuya esta iniciativa a las entidades financieras, sobre la base del estudio de viabilidad elaborado por IICRE y presentado a las entidades de crédito, de fecha 26 de diciembre de 2006, que ya preveía la permuta financiera, a pesar de que constaba en los autos la comunicación remitida por el Sr. Gabino de Caja Madrid, al Sr. Dimas de IICRE, que contenía una oferta de financiación que incluía una permuta financiera, tampoco es un error notorio.

A la vista de este cruce o secuencia de documentos, que sin duda alguna vino precedida de comunicaciones verbales, no cabe concluir con toda certeza que hubieran sido las entidades financieras quienes ofrecieran la contratación de los swaps. Es discutible la conclusión a la que llega la Audiencia, pero eso no significa que haya incurrido en un error notorio, para eso sería necesario que no hubiera ningún margen de duda, que fuera algo incuestionable, y no es el caso.

4. Lo mismo ocurre con la calificación de la labor de asesoramiento realizada por las entidades financieras. El cruce de comunicaciones previas a la contratación no es determinante de que las entidades financieras hubieran asumido necesariamente la función de asesorar a IICRE en la contratación de los swaps, máxime si atendemos también a las características de este cliente, por las que merecía la consideración de inversor profesional.

Sin ánimo de volver a revisar la valoración de la prueba, nos basta advertir que las expresiones empleadas en las comunicaciones contenidas en los documentos mencionados en el motivo tercero, valoradas en el conjunto de las comunicaciones previas a la contratación, lo que muestran es un deseo y esfuerzo compartido por las entidades financieras y por IICRE, de cerrar la operación.

#### **CUARTO. Motivo primero de casación**

1. *Formulación del motivo primero.* El motivo denuncia la infracción de los arts. 78 bis LMV y 61 RD 217/2008, y de la jurisprudencia sobre el nivel de protección que a los clientes otorga la LMV (sentencias 428/2017, de 7 de julio y 235/2016, de 8 abril), en cuanto que la sentencia recurrida declara que IICRE ostentaba el carácter de cliente profesional.

En el resumen de la infracción, el recurrente advierte que las citadas normas que se denuncian infringidas, "imponen a las empresas de servicios de inversión la obligación de clasificar a sus clientes en profesionales y minoristas. Las categorías no son cerradas, dado que un cliente que cumpla los requisitos para ser considerado cliente profesional puede ser tratado como cliente minorista a petición propia o bien por concesión de la empresa que presta el servicio de inversión.

En la medida en que las entidades financieras omitieron clasificar a IICRE con anterioridad a la suscripción de los swaps, incumpliendo la obligación impuesta en la LMV y su reglamento, no deben verse beneficiadas por dicho incumplimiento.

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



**2. Desestimación del motivo primero.** Es innegable que, en el momento de la contratación de las tres permutas financieras, IICRE cumplía con dos de los tres parámetros previstos por el art. 78 bis Ley 24/1988, de 28 de julio, de Mercado de Valores (introducido con la reforma operada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva MiFID, y en vigor cuando se contrataron las tres permutas financieras) para que se le pudiera clasificar como inversor profesional.

Este precepto, en su apartado 2, establece una noción general de inversor profesional:

"Tendrán la consideración de clientes profesionales aquéllos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos".

A continuación, en el apartado 3, especifica los supuestos en que se presume esa condición:

"3. En particular tendrá la consideración de cliente profesional:

"a) Las entidades financieras y demás personas jurídicas que para poder operar en los mercados financieros hayan de ser autorizadas o reguladas por Estados, sean o no miembros de la Unión Europea.

"Se incluirán entre ellas las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión, las compañías de seguros, las instituciones de inversión colectiva y sus sociedades gestoras, los fondos de pensiones y sus sociedades gestoras, los fondos de titulización y sus sociedades gestoras, los que operen habitualmente con materias primas y con derivados de materias primas, así como operadores que contraten en nombre propio y otros inversores institucionales.

"b) Los Estados y Administraciones regionales, los organismos públicos que gestionen la deuda pública, los bancos centrales y organismos internacionales y supranacionales, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Central Europeo, el Banco Europeo de Inversiones y otros de naturaleza similar.

"c) Los empresarios que individualmente reunan, al menos, dos de las siguientes condiciones:

"1.º que el total de las partidas del activo sea igual o superior a 20 millones de euros;

"2.º que el importe de su cifra anual de negocios sea igual o superior a 40 millones de euros;

"3.º que sus recursos propios sean iguales o superiores a 2 millones de euros".

A IICRE se le debería aplicar el apartado c), y en aquel momento en que se contrataron las permutas financieras cumplía con las exigencias 1ª y 3ª: su activo alcanzaba los 74,5 millones de euros y sus fondos propios eran de 65,88 millones de euros.

El hecho de que en la práctica no se le hubiera clasificado por las entidades de crédito, conforme a lo previsto en el apartado 1 del art. 78 bis LMV1988, y que no hubiera tenido la oportunidad de interesar el tratamiento propio de un minorista, como cabría entender que preveía el 61 RD 217/2008, en nuestro caso resulta irrelevante a la vista de la *ratio decidendi* de la sentencia. La razón de la desestimación de la demanda y, en concreto, de la nulidad basada en el error vicio provocado por un hipotético incumplimiento de los deberes de información del art. 79 bis.3 LMV 1988 no se basa exclusivamente en que IICRE fuera un inversor profesional, sino en que recibió la información necesaria para comprender los productos y los riesgos que implicaban, a la vista de las características del cliente que permitirían clasificarlo como cliente profesional, de la preparación profesional y experiencia del directivo de la entidad que guio la operación y de las propias negociaciones que precedieron a la contratación.

#### **QUINTO. Motivo segundo del recurso de casación**

**1. Formulación del motivo.** El motivo denuncia la "vulneración del artículo 63.1 g) de la LMV y de la jurisprudencia recaída sobre la obligación de asesoramiento impuesta a las empresas que prestan servicios de inversión ( STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48, S.L. (C-604/2011) y sentencias del Tribunal Supremo 559/2015, de 27 de octubre, 102/2016, de 25 de febrero; 411/2016, de 17 de junio; 677/2016, de 16 de noviembre; 120/2017, de 23 de febrero y 329/2017, 24 de mayo), en cuanto la sentencia impugnada niega la existencia de asesoramiento por parte de las entidades respecto a IICRE, S.L. en la suscripción de los Swaps".

En el resumen de la infracción, se advierte:

"el art 63.1.g) de la LMV define la existencia de asesoramiento en materia de inversión, entendiéndose por tal la prestación de recomendaciones personalizadas dirigidas a un cliente, bien a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión.

"La sentencia impugnada en su Fundamento Jurídico Séptimo niega que haya existido asesoramiento en materia de inversión por entender (i) que únicamente existe el servicio de asesoramiento que regula la LMV



cuando el Swap es un producto de inversión y en este caso estamos ante un producto de cobertura, (ii) que la iniciativa de la contratación de los Swaps partió de IICRE, S.L. y (iii) que no existió recomendación por parte de las entidades financieras dirigida a IICRE, S.L. para la suscripción de los Swaps.

"La sentencia impugnada vulnera el art. 63.1 g) LMV por los siguientes motivos:

"(i) porque la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha determinado que las obligaciones impuestas a las empresas de servicios de inversión en la LMV sobre "instrumentos financieros complejos" resultan aplicables tanto en el caso de que el instrumento financiero tenga una finalidad únicamente especulativa como en el caso de que sirva de cobertura a otro producto financiero (en este caso, un préstamo hipotecario).

"(ii) y (iii) en cuanto a que la iniciativa de la contratación de los Swaps partió de IICRE, S.L. y que no existió recomendación por parte de las entidades financieras dirigida a IICRE, S.L. para la suscripción de los Swaps, debemos señalar que estos hechos han sido discutidos y negados en el recurso extraordinario por infracción procesal, interesando la revocación de la sentencia y solicitando que se declaren probados precisamente los hechos contrarios (es decir, que la iniciativa de la contratación de los Swaps correspondió a las entidades financieras quienes realizaron una oferta personalizada dirigida a Inversiones Inmobiliarias CRE, S.L. y que las entidades financieras recomendaron de forma sucesiva a IICRE, S.L. la suscripción de los Swaps)".

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

**2. Desestimación del motivo.** Procede desestimar el motivo porque se apoya en una base fáctica distinta a la que fue fijada por la sentencia de apelación, que no ha sido alterada, por haberse desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal. La Audiencia parte de que la iniciativa en la contratación de las permutas financieras provino de IICRE y que no hubo labor de asesoramiento, a la vista del curso de la negociación y del asesoramiento interno de IICRE y también del externo, que recibió de sus asesores jurídicos.

#### **SEXTO. Motivo tercero del recurso de casación**

**1. Formulación del motivo.** El motivo denuncia la "vulneración de los artículos 70 quáter de la LMV y 44 y 66 a) del Real Decreto 217/2008 y de la jurisprudencia recaída sobre la existencia de conflicto de intereses ( sentencias 535/2015, de 15 de octubre; 549/2015, de 22 de octubre 668/2015, de 4 de diciembre; 31/2016, de 4 de febrero y 154/2016, de 11 de marzo)".

En el resumen de la infracción, se advierte que "la sentencia considera que no ha existido conflicto de interés en la suscripción de los Swaps entre las entidades financieras e IICRE, S.L. porque la operación debe ser considerada en su conjunto (con el préstamo hipotecario), teniendo en cuenta su duración (que era de 20 años)", lo que contraría la jurisprudencia que interpreta los preceptos invocados en el sentido de que "en los contratos Swap, con independencia de que exista una operación de cobertura, existe conflicto de interés entre las partes porque "los beneficios de una parte en el contrato de Swap constituían el reflejo inverso de las pérdidas de la otra parte"".

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

**2. Desestimación del motivo.** En la sentencia 268/2016, de 22 de abril, interpretamos el art. 70 quáter LMV1988, introducido por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, en el marco de una pretensión semejante a la que se ventila en este pleito, de nulidad en la contratación de unas permutas financieras.

En esa sentencia, comenzamos por ubicar sistemáticamente la norma y resaltar el objeto de su regulación:

"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 (...), 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".

Para advertir a continuación que, "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 que 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 LMV1988, podamos tener en cuenta la existencia de algún tipo de conflicto de interés y la relevancia de su conocimiento respecto de la válida contratación".



Como ocurría en el caso juzgado por el citado precedente, también en el presente asunto, 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. 79 bis LMV1988 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, entendemos irrelevante la denunciada infracción del art. 70 quáter LMV1988.

#### **SEPTIMO.** *Motivo cuarto del recurso de casación*

**1. Formulación del motivo.** El motivo denuncia la "vulneración de los artículos 79 bis de la LMV y 62, 64, 72, 73 y 74 del Real Decreto 217/2008, en relación con los arts. 1265 y 1266 del Código Civil y de la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo sobre el incumplimiento de los deberes de información de la entidad financiera y el error vicio del consentimiento en el contrato de Swap (sentencias de pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 491/2015, de 15 de septiembre, y 32/2016, de 4 de febrero; 63/2016, de 12 de febrero; 195/2016, de 29 de marzo; 235/2016, de 8 de abril; 310/2016, de 11 de mayo; 510/2016, de 20 de julio; 580/2016, de 30 de julio; 562/2016, de 23 de septiembre; 595/2016, de 5 de octubre; 690/2016, de 23 de noviembre; 727/2016, de 19 de diciembre; 131/2017, de 27 de febrero y 347/2017, de 1 de junio)".

Tal y como se relata en el resumen elaborado por el propio recurrente, la infracción se habría cometido por lo siguiente:

"1º. La sentencia entiende que las entidades financieras no estaban sujetas al deber de información porque IICRE, S.L. tenía el carácter de cliente profesional, cuando según el motivo primero del recurso de casación IICRE, S.L., debe ser clasificado de cliente minorista.

"2º. La sentencia entiende que no existió déficit de información porque IICRE, S.L. contó con el asesoramiento de D. Alonso, economista de profesión, así como de un abogado interno (D. Braulio) y de un despacho de abogados (Cuatrecasas), lo que vulnera la jurisprudencia del Tribunal Supremo que determina que son necesarios conocimientos especializados en productos financieros complejos y de riesgo u ostentar el carácter de profesional o experto en mercado de valores para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable.

"3º. La sentencia considera que no existió déficit de información en relación al coste de cancelación de los Swaps porque en los CMOF se determina conforme al "valor de mercado" o a una "valoración sustitutiva" y así se manifestó por los representantes de las entidades financieras, sin que los asesores de IICRE, S.L. solicitaran información adicional y por no considerar esencial la cláusula sobre el cálculo del coste de cancelación en caso de amortización anticipada del préstamo hipotecario, lo que vulnera la jurisprudencia del Tribunal Supremo porque (i) la obligación de información es una obligación activa; (ii) el coste de cancelación del Swap constituye un elemento esencial del contrato y (iii) el déficit de información sobre el mismo propicia el error excusable.

"4º. La sentencia impugnada vulnera la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la presunción de error excusable en caso de no realización del test de idoneidad cuando el cliente es minorista y existe servicio de asesoramiento (F.J. Undécimo), porque descarta la existencia de este servicio, que sí se prestó por las entidades financieras (motivo segundo del recurso de casación)".

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

**2. Desestimación del motivo.** No se discute que las tres permutas financieras contratadas sean productos financieros complejos, sujetos a las exigencias de información previstas en la normativa MiFID, vigente en el momento de su contratación.

El art. 79 bis LMV1988, entonces en vigor, imponía exigentes deberes de información a las entidades financieras que prestan servicios de inversión, en la contratación de productos complejos, como son los swaps. Estos deberes no se reducían a que la información dirigida a sus clientes fuera imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), sino que además debían proporcionarles, "de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión", que "deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias" (apartado 3).

Este deber de información operaba y sigue operando en la normativa actual cuando el cliente es un inversor minorista, pero no cuando sea un inversor profesional.

En nuestro caso, el IICRE reunía dos de las tres condiciones previstas en el art. 78bis.3.c) LMV1988 para atribuirle la condición de inversor profesional. A este, según la noción contenida en el apartado 2, se le presume "la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos".



Aunque no se atiende a esta condición de inversor profesional para eximir a las entidades financieras demandadas del deber que tenían de cumplir con los deberes de información reseñados en el art. 79 bis.3 LMV 1988, es lógico que sí se tenga en cuenta al valorar la necesidad concreta de información para cumplir con la finalidad prevista en la norma. Dicho de otro modo, el cumplimiento de estas exigencias de información se modulan en función de la condición del cliente, aunque no se le atribuya formalmente la condición de inversor profesional.

En nuestro caso, la Audiencia concluyó que las entidades financieras cumplieron con las exigencias que en ese caso concreto se les imponía de suministrar la información necesaria a IICRE para que pudiera contratar los swaps conociendo en qué consistía este producto y los concretos riesgos que conllevaría esa contratación en atención a varias circunstancias: i) las características del cliente, por las que la ley le atribuía en ese momento la consideración de inversor profesional, aunque no hubiera sido clasificado formalmente como tal; ii) la negociación previa a la contratación, que duró más de veinte meses, desde que en diciembre de 2006 la propia IICRE, a través del director que llevaba esta operación de financiación del proyecto de construcción de la sede de los registros en Madrid (en la calle Alcalá 540), presentó a las entidades de crédito demandadas un estudio de viabilidad en el que se mencionaba la contratación de las permutas financieras; iii) el que este director de IICRE (Sr. Alonso ) contara con una preparación académica y experiencia profesional que le debía permitir estar en condiciones de entender como operaban las permutas financieras; iv) las propias preguntas que sobre estas permutas financieras formuló el Sr. Alonso con anterioridad a su contratación. Esta valoración jurídica de la Audiencia no nos parece que contradiga la normativa que se denuncia infringida, ni nuestra jurisprudencia, sino que se acomoda a ella.

Sin perjuicio de que no se cumplía el presupuesto para que se hubiera realizado el test de idoneidad, porque en la instancia ha quedado expresamente acreditado que no había habido actividad de asesoramiento, aunque hubiera sido necesario, no se hubiera conculcado la doctrina de la sala sobre la presunción del error, porque ha quedado acreditado que ni existió incumplimiento de los deberes de información, ni existió error excusable en la contratación de las permutas financieras.

**OCTAVO.** *Motivo quinto del recurso de casación.*

1. El motivo denuncia la "vulneración de los artículos 79 bis de la LMV y 62 y 64 del Real Decreto 217/2008, en relación con el artículo 1.101 del Código Civil y de la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo sobre la responsabilidad contractual por incumplimiento de los deberes de información (sentencias 677/2016 de 16 noviembre, 754/2014, de 30 de diciembre, 397/2015, de 13 de julio, 398/2015, de 10 de julio y 244/2013, de 18 de abril)".

Este motivo se formula con carácter subsidiario, para el caso en que se desestimen los anteriores, que se refieren a la pretensión primera de nulidad por error vicio en el consentimiento. Este último motivo guarda relación con la pretensión subsidiaria de responsabilidad contractual fundada en el incumplimiento de los deberes de información.

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

2. *Desestimación del motivo.* El motivo incurre en una petición de principio, en cuanto que presupone el incumplimiento por las entidades financieras que comercializaron los tres swaps, de los deberes de información y asesoramiento, que la sentencia de apelación no considera infringidos y ha quedado corroborado al ser desestimados los motivos anteriores.

**OCTAVO.** *Costas*

Desestimados los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, imponemos a la parte recurrente las costas de sus recursos ( art. 398.1 LEC) y la pérdida de los depósitos constituidos para la interposición de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, de conformidad con la Disposición Adicional 15.ª, apartado 9.ª, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

## FALLO

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

1.º Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Inversiones Inmobiliarias CRE S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11.ª) de 30 de junio de 2017 (rollo núm. 673/2016), que conoció de la apelación contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Madrid de 28 de abril de 2016 (juicio ordinario 1292/2013).



2.º Desestimar el recurso de casación interpuesto por Inversiones Inmobiliarias CRE S.L. contra la reseñada sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11.ª) de 30 de junio de 2017 (rollo núm. 673/2016).

3.º Imponer a la parte recurrente las costas generadas por los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación y la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir.

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

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ