Nota Jurídica

Octubre 2020

CONTRATACIÓN DE OPERACIONES DE PERMUTA FINANCIERA: STS DE 9 JULIO DE 2020

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 9 de julio de 2020, ha desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación presentados por la sociedad Inversiones Inmobiliarias CRE, S.L. En su Sentencia, el Tribunal Supremo no aprecia error notorio en la valoración de la prueba sobre la capacitación profesional y la experiencia del director de una compañía que contrató unas permutas financieras o swaps. Considera además que la iniciativa en esta contratación no provino de las entidades financieras, quienes no asumieron una función de asesoramiento, todo ello teniendo en cuenta la consideración de inversor profesional que ostentaba la sociedad que contrató los swaps, al reunir los requisitos previstos en la anterior Ley del Mercado de Valores (Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores) (la "LMV").

A continuación, se expone un resumen de los hechos, así como las controversias suscitadas entre las partes y los fundamentos jurídicos que han motivado la decisión del Tribunal.

1. Antecedentes

En el año 2006, el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (el **"Colegio"**) promueve la construcción de un edificio. Para ejecutar dicha promoción, el Colegio empleó una sociedad instrumental denominada Inversiones Inmobiliarias CRE, S.L. (la **"Sociedad"**) a la que le encargó además la obtención de la financiación necesaria para poder abordar dicha operación inmobiliaria. La Sociedad consiguió tres préstamos a interés variable por valor de 33.000.000 euros cada uno con tres entidades financieras. Con el objetivo de cubrir la variabilidad del tipo de interés de cada uno de los préstamos, y tras varios años de negociación, el 9 de octubre de 2008 la Sociedad suscribió tres operaciones de permuta financiera (swap fijo-variable) con las tres entidades financieras. Las tres operaciones de permuta financiera se suscribieron en virtud de sendos Contratos Marco de Operaciones Financieras (CMOF) y bajo unos términos y condiciones concertados en diversas comunicaciones y negociaciones mantenidas entre la Sociedad y los interlocutores de las tres entidades financieras.

En la negociación de esta financiación, intervino, por parte de la Sociedad su director, su presidente y el secretario del consejo de administración, así como letrados de un despacho de abogados de reconocido prestigio. El director de la Sociedad, que asesoró en aspectos económicos y financieros, era licenciado en Económicas además de contar con varios másteres y

formación complementaria en economía. Asimismo, su presidente era Abogado del Estado en excedencia y diplomado en ciencias empresariales.

(i) Controversias suscitadas en torno a la contratación de las permutas financieras

Posteriormente, la Sociedad interpuso demanda contra las entidades financieras solicitando que se declarara la inexistencia de las tres operaciones de permuta financiera concertadas con dichas entidades o, subsidiariamente, la nulidad de las mismas por error vicio en el consentimiento, con la debida restitución recíproca de prestaciones. También, y de manera subsidiaria, solicitó al juzgado que se declarase la responsabilidad de dichas entidades por la defectuosa prestación de servicios de inversión y asesoramiento, por incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales de información, diligencia y lealtad, pidiendo así la resolución de las operaciones de permuta financiera e indemnización por daños y perjuicios.

Adicionalmente, se solicitó que se declarara que el tipo de interés fijo de las permutas financieras fuera el correspondiente a la mejor oferta de mercado que constase en Bloomberg o Reuters para (i) el día en que fueron suscritas, (ii) el día en que se suscribió el préstamo, o (iii) el día en que entró en vigor el tipo variable del préstamo, declarando que el importe de las liquidaciones que debieran haberse practicado aplicando el tipo de interés determinado anteriormente, se dedujese del importe de las liquidaciones soportadas hasta la fecha por la Sociedad y que la diferencia fuese entregada a la misma en compensación de los daños y perjuicios sufridos.

Las pretensiones de la Sociedad fueron rechazadas tanto en primera instancia como en apelación.

(ii) Decisión del Tribunal Supremo

La Sociedad interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación frente a la sentencia de segunda instancia.

- **Recurso extraordinario por infracción procesal**

Los motivos que alega la Sociedad para el recurso extraordinario por infracción procesal se basan en el ordinal 4º del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (**"LEC"**), por vulneración, en proceso civil, de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española por error fáctico, patente e inmediatamente verificable en la valoración de la prueba, en relación con los artículos 319.1 y 326.1 LEC.

En este sentido, la Sociedad pone de manifiesto que, en virtud de los artículos antes mencionados, los documentos privados harán prueba plena en el proceso cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen. En este sentido, la Sociedad se basa en distintos documentos privados aportados durante el proceso sobre los **que señala**

un error patente en la valoración de la prueba por parte de la instancia y la posterior apelación.

Los motivos alegados por la Sociedad fueron desestimados por la Sala al entender ésta que en el sistema que rige nuestro ordenamiento jurídico, el procedimiento civil sigue el modelo de la doble instancia, por lo que ningún motivo contenido en el artículo 469 LEC puede dar motivo a revisión de la valoración de la prueba como tal, pues esa es una tarea de la doble instancia que termina en apelación. Con ello, la Sala entiende que puede aducirse el motivo del ordinal 4º del articulo 469.1 LEC en cuanto a la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba que redunde en una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva cuando el error patente se halle en la valoración en orden a la determinación o fijación de los hechos. Sin embargo, lo que se aduce aquí es un error patente en la valoración jurídica de unos hechos considerados probados (STS 26/2017, de 18 de enero), por lo que la Sala decide desestimar el recurso.

La Sociedad, a través de una serie de documentos como comunicaciones entre las partes, las distintas ofertas de financiación e incluso el perfil profesional de director, entre otros, pretende hacer valer que (i) el director de la Sociedad no tenía la suficiente capacidad ni experiencia profesional para entender los productos financieros contratados, (ii) que la iniciativa en la contratación de los swaps partió de las entidades financieras y (iii) que éstas realizaron una labor de asesoramiento a la compañía.

Con ello, y sin entrar en valoraciones jurídicas, la Sala señala que la apreciación realizada por la Audiencia con respecto a la suficiente capacitación y experiencia del director de la Sociedad no constituye en modo alguno error patente, pues de su titulación académica, la formación en economía acumulada a lo largo de sus años de experiencia en una compañía que cumplía los requisitos para ser considerado inversor profesional, así como las comunicaciones realizadas con las entidades financieras en la negociación para contratar los swaps, se puede concluir que poseía suficiente capacitación y experiencia para entender tanto los productos financieros que iba a contratar como sus riesgos.

En cuanto a la iniciativa en la contratación de las permutas, si bien la Sala no entra en valoraciones jurídicas dado el principio de doble instancia antes mencionado, sí pone de manifiesto el hecho de que el director redactase un plan de viabilidad presentado a las entidades financieras además de las continuas negociaciones sobre las condiciones de las permutas. Además, la Sala señala que no se puede advertir un asesoramiento por parte de las entidades financiaras hacia la Sociedad dadas las expresiones utilizadas en las diversas comunicaciones realizadas entre las partes.

- Recurso de casación

En cuanto a los argumentos esgrimidos por la Sociedad en el recurso de casación destaca, en primer lugar, que, a pesar de no habérsele concedido la posibilidad de ser catalogada como

cliente minorista como bien señalaba la LMV en su artículo 78 bis (que se corresponde con el artículo 206 del actual texto refundido de la ley del Mercado de Valores) y 61 del Real Decreto 217/2008, la sentencia no valoró simplemente que recibiera trato de inversor profesional, sino que recibió la información necesaria para comprender los riesgos de los swaps teniendo en cuenta además la capacitación, formación y experiencia profesional del director y las negociaciones que tuvieron lugar.

El motivo segundo del recurso de casación alega que las entidades financieras faltaron a su deber de asesoramiento que posee toda empresa que presta servicios de inversión, tanto si se trata de un producto de inversión como un producto de cobertura, vulnerando así el entonces artículo 63.1 g) LMV (que se corresponde con el artículo 140.g) del actual texto refundido de la ley del Mercado de Valores). En este caso, la Sala desestima este motivo al entender que la Audiencia apuntó que la iniciativa de la contratación de los swaps partió de la Sociedad y no de las entidades financieras, y que no hubo labor de asesoramiento por parte de éstas sino una negociación para la contratación de tres productos financieros complejos, y que la Sociedad contó con información acorde al nivel de capacidad y experiencia de sus asesores internos y del despacho externo que contrató. Además, la Sala señala que el recurrente se basa en una base fáctica distinta a la que fue fijada en apelación, por lo que precedió a desestimar el motivo del recurso.

Asimismo, la Sociedad alega en tercer lugar que las entidades financieras vulneraron los artículos 70 quáter LMV (artículo 195 del actual texto refundido de la ley del Mercado de Valores) y 44 y 66 a) del Real Decreto 217/2008, ya que habría habido un conflicto de interés en la contratación de las permutas financieras entre las entidades financieras debido a que en este tipo de productos financieros "los beneficios de una parte constituyen el reflejo inverso de las pérdidas de la otra parte". Sin embargo, la Sala pone de manifiesto que los preceptos mencionados señalan el deber de detectar posibles conflictos de interés y aplicar y mantener una política de gestión de los mismos. Además, la Sala señala que el artículo 79 bis LMV (que se corresponde con los artículos 209 y siguientes del actual texto refundido de la ley del Mercado de Valores) impone a las entidades financieras, como empresas prestadoras del servicio financiero, el deber de informar de manera imparcial, clara y no engañosa, algo que se entiende perfectamente justificado con las comunicaciones mantenidas durante la negociación para la contratación de las permutas financieras.

La Sociedad alega como cuarto motivo casacional que las entidades financieras faltaron a su deber de información, señalado anteriormente, por el cual éstas deberían haber ofrecido información imparcial, clara, no engañosa, comprensible, así como orientaciones y advertencias sobre la complejidad de los productos. Ante esto, la Sala nuevamente desestima el motivo señalando que en ningún momento se discutió la complejidad de los productos contratados ni el deber de información, sino que el contenido de este deber se modula en función de la catalogación que recibe el cliente, ya sea cliente minorista o inversor profesional. Por ello, a tenor de las pruebas presentadas y a lo señalado anteriormente sobre la condición de inversor profesional, se entiende sobradamente cumplido el deber de

información citado. Además, también desestima el quinto motivo que pretendía, subsidiariamente, la responsabilidad contractual por el incumplimiento de los deberes de información y asesoramiento, los cuales no se consideran infringidos.

2. Conclusión

Con todo lo anterior, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo desestima los recursos presentados por la Sociedad señalando que para que una valoración de la prueba, siendo ésta discutible, incurriera en error notorio o patente, sería necesario que no hubiera ningún margen de duda y que, por tanto, fuera algo incuestionable. Además, nuestro ordenamiento jurídico, en el procedimiento civil, sigue el modelo de la doble instancia, en cuanto a que es tarea de la instancia y apelación valorar jurídicamente los hechos y que, por ello, la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba que redunde en una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva se produce cuando el error patente se halle en la valoración en orden a la determinación o fijación de los hechos y no en una valoración jurídica de los hechos probados.

Esta Nota ha sido elaborada por Ildefonso Arenas y Javier Ramos, Socio y Asociado de la práctica de Bancario y Financiero.

La información contenida en esta Nota Jurídica es de carácter general y no constituye asesoramiento jurídico. Este documento ha sido elaborado el 13 de octubre de 2020 y Pérez-Llorca no asume compromiso alguno de actualización o revisión de su contenido.

Para más información,
pueden ponerse en contacto con:

Ildefonso Arenas
Socio de Bancario y Financiero
iarenas@perezllorca.com
T: +34 91 423 66 84