



Roj: **STS 2506/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2506**

Id Cendoj: **28079110012017100376**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/06/2017**

Nº de Recurso: **492/2014**

Nº de Resolución: **385/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 19 de junio de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos contra la sentencia de fecha 22 de julio de 2013, dictada en recurso de apelación núm. 978/2012, de la sección 18.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 1862/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Móstoles; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por Adinosal S.L., Arflu S.A., Artes Gráficas Laga S.L., Consorci Barcelonés d#Inversions S.L., Construcciones Gómez y Sanduvete S.L., Cantera Manuñel S.L. (antes Construcciones y Reformas Carajal S.L.), Excavaciones Visa S.L., Instruclinic S.L., Montajes Eléctricos Alba S.A.L., Morgar Recuperaciones S.A., Reviglass S.A., Transportes y Almacenes Seguro S.L., Twenty S.A., Ferrobierzo S.A., D. Gerardo y D. Onesimo, representados por el procurador D. Ernesto García-Lozano Martín, bajo la dirección letrada de D. Jordi Ruiz de Villa y D. Fernando Zunzunegui, compareciendo en esta alzada el mismo procurador en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Banco Santander S.A. representado por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo bajo la dirección letrada de D. Ernesto Benito Sancho y D. Javier Gilsanz Usunaga.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-1.-** Adinosal S.L., Arflu S.A., Artes Gráficas Laga S.L., Brunete 2000 S.L., Consorci Barcelonés d#Inversions S.L., Construcciones Gómez y Sanduvete S.L., Construcciones y Reformas Carajal S.L., Euro Sla S.L., Excavaciones Visa S.L., D. Onesimo, Ferrobierzo S.A., Fuente el Botero S.L., D. Gerardo, Instruclinic S.L., Liberty Voz, S.L., Montajes Alba S.L., Morgar Recuperaciones S.A., Olartza Eraikuntzak S.L., Panificadora Villaverde Alto S.A., Promociones Inmobiliarias Premier Betanzos S.L., Prosciencia S.C.L., Quesada Hosa S.L., Reviglass S.A., Transportes y Almacenes Seguro S.L., Twenty S.A. y Úbeda Projects S.L., representados todos ellos por el procurador D. Ernesto García-Lozano Martín y asistidos de los letrados D. Fernando Zunzunegui Pastor y D. Jordi Ruiz de Villa, interpusieron demanda de juicio ordinario contra Banco Santander S.A. y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideraron de aplicación, terminaron suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Por la cual se declare lo siguiente:

»1) Que se declare la nulidad de los contratos de permuta financiera relacionados en la tabla 3 de la presente demanda, y que de conformidad con el art. 1303 del Código Civil, se proceda a la restitución recíproca de las prestaciones. con condena al Banco Santander a la restitución de las liquidaciones abonadas por los clientes demandantes, según quedan expresadas en la tabla 21, incluyendo las que se hayan podido cargar o generar con posterioridad, previa compensación con las abonadas por la demandada, y todo ello junto con los intereses legales que se hayan devengado, dejando, en su caso, sin efecto la exigibilidad de cualquier suma en concepto de cancelación anticipada.



»2) Subsidiariamente se solicita que se declare el incumplimiento por parte del Banco Santander, de sus obligaciones contractuales esenciales en la venta asesorada de las permutas financieras relacionados en la tabla 3 de la presente demanda, en los términos recogidos en el cuerpo de la presente demanda, y de conformidad con el art. 1124 y 1101 del Código Civil, se declare la resolución de los contratos que aún estuvieren vigentes y el resarcimiento de daños y abono de intereses, que se concretan en la condena al Banco Santander a la restitución de las liquidaciones abonadas por los clientes demandantes, según quedan expresadas en la tabla 2.1, incluyendo las que se hayan podido cargar o generar con posterioridad, previa compensación con las abonadas por la demandada, y todo ello junto con los intereses legales que se hayan devengado, dejando, en su caso, sin efecto la sumas exigidas en concepto de cancelación anticipada.

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

»4) Subsidiariamente se solicita que, se declare que el Banco Santander ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información en la venta asesorada de derivados en los términos recogidos en el cuerpo de la presente demanda, sobre los swaps relacionados en la tabla 3, y, en particular, que ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de seguimiento de la posición, y al amparo del art. 1.101 del Código Civil, se le condene a indemnizar a mis mandantes por los daños y perjuicios causados desde el momento en que debió haberles informado del cambio de proyecciones en los tipos de interés e inflación el cual tuvo lugar a partir del 15 de septiembre de 2008, momento de la quiebra del Banco Lehman Brothers. Siendo esta fecha el peor escenario en el que, sin duda, Banco Santander como experto financiero debió haber informado a mis mandantes de dicho cambio de proyecciones recomendándoles por tanto, la cancelación anticipada de los swaps contratados. Por ello cualquier swap comercializado desde la indicada fecha deberá ser resarcido en su integridad.

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

**2.-** Personándose el demandado Banco Santander S.A., representado por el procurador D. Santiago Chipirrás Sánchez y bajo la dirección letrada de D. Ernesto Benito Sancho, presentó declinatoria por competencia territorial y tras las diligencias pertinentes se dictó, en fecha 4 de julio de 2011, auto desestimando la misma, declarándose competente el propio juzgado para conocer del procedimiento ordinario, tras lo que la entidad demandada contestó a la demanda con exposición de excepciones, con oposición de los hechos y fundamentos de derecho que consideró aplicables y con un suplico expuesto en los siguientes términos:

«Tras los trámites oportunos acuerde:

»(i) Estimar la excepción de indebida acumulación subjetiva de acciones planteada, decretándose el archivo de la presente demanda y remitiendo a los demandantes a interponer en su caso separadamente sus demandas.

»(ii) Subsidiariamente, estimar la excepción de prohibición de sentencias con reserva de liquidación acordando el sobreseimiento del proceso.

»(iii) Y, en caso de que no sean estimadas las anteriores excepciones con carácter previo, dictar sentencia por la que se desestimen en cuanto al fondo íntegramente todos y cada uno de los pedimentos contenidos en la demanda contra mi representado.

(iv) Condenando en todo caso a los actores al pago de las costas del presente proceso con expresa mención de su temeridad y mala fe.

»Justicia que respetuosamente solicito».

**3.-** En fecha 14 de septiembre de 2011, Úbeda Projects S.L. manifestó por escrito haber llegado a una satisfacción extraprocésal con la demandada que se une a las actuaciones a los efectos oportunos.



4.- En fecha 22 de junio de 2012, Banco Santander S.A. presenta acuerdo transaccional alcanzado con la entidad promociones Inmobiliarias Previer Betanzos S.L. que se une a los autos a los efectos oportunos.

5.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Móstoles se dictó sentencia, con fecha 27 de julio de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por el procurador Sr. García-Lozano Martín en nombre y representación de las entidades Adinosal S.L., Arflu S.A., Artes Gráficas Laga S.L., Brunete 2000 S.L., Euro Sla S.L., Ferrobierzo S.L., Fuente el Botero S.L., Liberty Voz, S.L., Quesada Hosa S.L., Construcciones Gómez y Sanduvete S.L., Construcciones y Reformas Carajal S.L. (hoy Canteras Manuel), Consorci Barcelonés d#Inversions S.L., Excavaciones Visa S.L., D. Onesimo, D. Gerardo, Instruclinic S.L., Montajes Eléctricos Alba S.A.L., Morgar Recuperaciones S.A., Olartza Eraikuntzak S.L., Panificadora Villaverde Alto S.A., Prosciencia S.C.L., Reviglass S.A., Transportes y Almacenes Segurola S.L. y Twenty S.A. debo absolver y absuelvo de los pedimentos contenidos en la misma a la entidad Banco Santander S.A.

»Procede la condena en costas de la parte actora».

Y en fecha 24 de septiembre de 2012 se dictó auto respecto a la aclaración solicitada por los demandantes en cuya parte dispositiva se acuerda:

«Que desestimando la petición formulada por el procurador Sr. García-Lozano Martín en nombre y representación de Adinosal S.L. y otros, no ha lugar a completar ni rectificar la sentencia de fecha 27 de julio de 2012 dictada en el juicio ordinario núm. 1862/2010 manteniendo la misma en todos sus términos.

»No se hace expreso pronunciamiento sobre las costas causadas en el presente trámite».

**SEGUNDO.**- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de los demandantes, la sección 18.ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia, con fecha 22 de julio de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Desestimando el recurso de apelación interpuesto por el procurador Sr. García-Lozano Martín en nombre de Adinosal, S.L., Arflu S.A., Artes Gráficas Laga S.L., Ferrobierzo S.A., Fuente el Botero S.L., D. Gerardo, Instruclinic S.L., Liberty Voz S.L., Montajes Alba S.L., Morgar Recuperaciones S.A., Brunete 2000 S.L., Consorci Barcelonés d#Inversiones S.L., Construcciones Gómez y Sanduvete S.L., Canteras Manuel (antes Construcciones y Reformas Carajal S.L.), Euro Sla S.L., Excavaciones Visa S.L., D. Onesimo, Panificadora Villaverde Alto S.A., Prosciencia S.C.L.O., Quesada Hosa S.L., Reviglass S.A., Transportes y Almacenes Segurosa S.L. y Twenty S.A., contra sentencia de fecha 27 de julio de 2012 y auto de aclaración de fecha 24 de septiembre de 2012 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Móstoles en autos de juicio ordinario núm. 1862/2010, debemos confirmar y confirmamos la referida resolución, imponiendo las costas procesales causadas en esta alzada a la parte apelante. Con pérdida del depósito constituido».

Y con fecha 25 de octubre de 2013 se dictó auto de aclaración en el que se acuerda:

«No haber lugar a la aclaración de la sentencia de fecha 22/07/2013, dictada en el presente recurso de apelación 978/2012, solicitada por el procurador Sr. García-Lozano Martín en nombre y representación de Adinosal S.L. y otros».

**TERCERO.**- 1.- Por Adinosal S.L., Arflu S.A., Artes Gráficas Laga S.L., Consorci Barcelonés d#Inversions S.L., Construcciones Gómez y Sanduvete S.L., Cantera Manuñel S.L. (antes Construcciones y Reformas Carajal S.L.), Excavaciones Visa S.L., Instruclinic S.L., Montajes Eléctricos Alba S.A.L., Morgar Recuperaciones S.A., Reviglass S.A., Transportes y Almacenes Segurola S.L., Twenty S.A., Ferrobierzo S.A., D. Gerardo y D. Onesimo, se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal basado en el siguiente:

Motivo único.- Por el cauce del art. 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de la Constitución Española. La motivación de la sentencia impugnada incurre en error patente y en manifiesta irrazonabilidad tanto en la valoración de la prueba como en el enjuiciamiento de las acciones de nulidad por error.

E interpusieron recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Primer motivo.- Por el cauce del art. 477.1 de la LEC, infracción del art. 6.3 del Código Civil.

Segundo motivo.- Por el cauce del art. 477.1 de la LEC, infracción del art. 1275 del CC.

Tercer motivo.- Por el cauce del art. 477.1 de la LEC, infracción del art. 1266 del CC y del art. 79 de la Ley del Mercado de Valores (así como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida, entre otras, en las



sentencias de 18 de febrero de 1994, 3 de marzo de 1994, 12 de julio de 2002, 12 de noviembre de 2004, 17 de febrero de 2005 y 17 de julio de 2006 que fijan doctrina sobre los requisitos del error invalidante, estableciendo los criterios con arreglo a los cuales debe valorarse su excusabilidad).

Cuarto motivo.- Por el cauce del art. 477.1 de la LEC, infracción del art. 1726 del CC, relativo al mandato, en relación con la infracción del art. 259 del Código de Comercio, relativo al contrato de comisión mercantil, y el art. 79 de la Ley de Mercado de Valores (y de la doctrina fijada por la sentencia del pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2013, sobre los deberes de conducta que deben observar las empresas que prestan servicios de inversión sobre instrumentos financieros).

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 21 de septiembre de 2016, se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitidos los recursos y evacuado el traslado conferido el procurador D. Eduardo Codes Feijoo, en nombre y representación de Banco Santander S.A., presentó escrito de oposición a los mismos.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 5 de abril de 2017, día en que se suspendió al decidirse que en su deliberación participara toda la sala por lo que se señaló nuevamente para votación y fallo del pleno de la Sala el día 17 de mayo de 2017, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Antecedentes.

#### 1. La demanda.

- Parte demandante: 26 demandantes (con el siguiente desglose: 24 sociedades mercantiles limitadas y anónimas y 2 personas individuales).
- Parte demandada: Banco de Santander S.A.
- Algunos demandantes firmaron solo un swap, otros firmaron dos o más con cancelaciones y reestructuraciones; algunos swaps están vigentes, otros han sido cancelados (pag. 13 de la demanda).
- La clase de swaps no es idéntica; unos son de tipos de interés, contratados para protegerse de las subidas de intereses de las deudas financieras, y otros de inflación, contratados para amortizar gastos de empresa ligados al IPC, como salarios o alquileres.
- La denominación de los productos es distinta.
- El clausulado de los contratos no es plenamente coincidente.
- Los swaps se firmaron entre los años 2004 y 2008.
- Los contratos se suscribieron por los distintos representantes legales de las distintas empresas, excepto en el caso de 4 de los representantes legales que llevaban la representación de 2 y 3 empresas de entre las demandantes (página 9 de la demanda).
- Las actividades mercantiles de los demandantes son muy variadas (laminados, construcción, farmacia, enseñanza, etc).

#### 2. Antecedentes expresados en la demanda.

- Todos los demandantes son clientes minoristas.
- El producto fue ofrecido y recomendado en todos los casos por el banco.
- Se comercializó en campañas indiscriminadas (se describe en el cuadro de la página 28 de la demanda) sin realizar estudios previos del perfil del cliente.
- Mala fe del banco.
- En ninguno de los casos hubo información sobre el riesgo.
- En algunos casos hubo cancelaciones y reestructuraciones para disimular las pérdidas y dar la falsa apariencia de que se solucionaban.
- Incumplimiento por el banco de la obligación de informar con diligencia y lealtad.



- Se exponen los hechos relativos a la calificación del perfil de los demandantes como minoristas, como representantes legales no expertos.
- Los demandantes tienen la condición de consumidores porque los swaps son instrumentos financieros especulativos que no pueden considerarse integrados en el proceso de producción de la empresa.
- Los contratos no sirvieron a la finalidad para la que se suscribieron.
- Hubo error porque los demandantes creyeron firmar una cobertura de riesgos.
- Subsidiariamente, sufrieron un perjuicio añadido porque el banco no les informó oportunamente durante la vigencia de los contratos de la conveniencia de cancelar anticipadamente los swaps para minimizar las pérdidas.
- Hay prestación de servicio de asesoramiento financiero.
- La operativa de captación y comercialización fue la misma para todos y se inició con un contrato marco tipo, pensado para grandes empresas, que no correspondía firmar a clientes minoristas y que carece de contenido informativo.
- Las confirmaciones de los swaps contienen un lenguaje difícil o de imposible comprensión, con cláusulas predispuestas de exclusión de responsabilidad del banco.
- En todos los modelos utilizados se contiene cláusulas abusivas dirigidas a limitar la protección del cliente (no son idénticas las cláusulas de todos los contratos; se describen y clasifican en los cuadros obrantes en las páginas 34 a 50 de la demanda).
- Los importes de cancelación, también son distintos, van entre los 7.000 y los 400.000 euros.
- Hay falta de objeto porque no aparece identificado el producto que en realidad se contrata, ni las obligaciones y derechos que se asumen con la suficiente concreción.
- Hay falta de causa porque los contratos no cumplen la función de cobertura.
- Hay contravención del orden público y de la integridad del mercado porque el banco contrató en su exclusivo beneficio.
- Hay incumplimiento de normas de conducta del mercado de valores.
- Hay negligencia del banco al no advertir de la materialización del riesgo para permitir la cancelación anticipada que minimizara las pérdidas.

En una segunda parte de los antecedentes, la demanda continúa (a partir de la página 83) con la exposición de los hechos concretos relativos a cada demandante (que son la concreción, con fechas e intervinientes, de los hechos genéricos relativos a la comercialización que se han relatado en la primera parte de la demanda).

### 3. Fundamentación jurídica de la demanda.

Debemos resaltar tres cuestiones:

- Las acciones ejercitadas.
- El fundamento de la acumulación subjetiva de acciones.
- La indicación de la cuantía del proceso.

#### a) Las acciones ejercitadas.

En la demanda no se dice pero lo cierto es que -a la vista del suplico, y alguno de los hechos- estamos ante una acumulación objetiva de carácter subsidiario o eventual.

Se ejercita una acción principal de nulidad de los contratos, por error vicio, falta de objeto y falta de causa, con restitución de prestaciones (que se concretan en el cuadro de la página 54 de la demanda).

Subsidiariamente, una acción de resolución por incumplimiento contractual (del deber de asesorar), con indemnización de perjuicios que se fijan en el importe de las liquidaciones abonadas al banco (que se concretan en el cuadro de la página 54 de la demanda).

Subsidiariamente, la declaración de negligencia del banco en el cumplimiento de sus obligaciones con indemnización de perjuicios, que se concretan en la pérdida ocasionada por la falta de advertencia a los demandantes cuando las pérdidas en los contratos empezaron a ser superiores a un 2%.



Y subsidiariamente de declaración de negligencia del banco, con indemnización de perjuicios desde el momento en que debió informar a los demandantes del cambio de tendencia del escenario financiero por la quiebra de Lehman el 15 de septiembre de 2008.

b) Sobre la acumulación subjetiva de acciones (página 109 de la demanda).

Las alegaciones en las que se intenta fundamentar la acumulación de acciones hacen referencia a la identidad de los hechos y a la no concurrencia de las prohibiciones de los artículos 71.3 y 73.1 LEC .

Los hechos que se alegan en la demanda como determinantes de la acumulación, que justificarían el tratamiento unitario de las acciones acumuladas son los siguientes: i) comercialización sin informar de los riesgos asumidos; ii) prestación de un servicio de asesoramiento con recomendaciones individualizadas; iii) incumplimiento del deber de informar; falta de aviso puntual de la materialización de los riesgos de los productos contratados.

Se invoca la jurisprudencia de la sala relativa al criterio flexible que se mantiene en materia de acumulación de acciones; se citan las siguientes sentencias:

- STS de 10 de julio de 2001 (sic).

- STS de 28 de junio de 1994, rec. 2206/1991 . Incumplimiento contractual. Resolución de contratos de compraventa de parcelas en la misma urbanización.

- STS de 7 de febrero de 1997, rec. 475/1993 . Indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento y nulidad parcial de ciertas cláusulas de contratos de compraventa de viviendas, en la misma promoción, que contiene un sobre precio fijado para las viviendas de protección oficial.

- STS de 9 de marzo de 2006, rec. 2418/1999 . Reclamación de deuda frente a una sociedad y responsabilidad de administradores.

- Además, se cita la STS de 20 de enero de 2003, rec. 1755/1997 . Indemnización de daños y perjuicios formulada por diversos clientes de una sociedad de valores, que les aconsejó una inversión ruinosa.

c) Cuantía de la demanda.

La cuantía de la demanda (página 110 de la demanda), se fija en 10.790.304 euros, que según se alega es la pérdida ocasionada a los demandantes por la contratación de los swaps.

Como puso de manifiesto el banco demandado al contestar la demanda, no se explica adecuadamente en la demanda cómo se llega a esta cantidad; en principio podríamos entender que los demandantes han sumado las liquidaciones negativas y algunos costes de cancelación de todos ellos.

#### 4. Decreto de admisión a trámite de la demanda.

La cifra indicada en la demanda sobre el importe de la cuantía (10.790.304 euros) quedó recogida en el decreto por el que se admitió a trámite.

#### 5. La declinatoria basada en la indebida acumulación de acciones.

a) Formulación de declinatoria, por falta de competencia territorial, basada en la improcedente acumulación subjetiva de acciones.

La tesis del banco demandado fue que en la demanda se había efectuado una indebida acumulación de acciones con el propósito de justificar la competencia territorial de los juzgados de primera instancia de Móstoles, construyendo una especie de demanda colectiva.

El tema de la competencia territorial quedó zanjado tras la decisión del juzgado porque no se volvió a suscitar en apelación, por lo que basta decir que el banco sostuvo que la demanda debió presentarse en Santander, donde radica su domicilio social según el Registro Mercantil.

En lo que ahora interesa, las alegaciones del escrito formulando la declinatoria, relativas a la indebida acumulación de acciones (página 17 del escrito formulando la declinatoria), pueden resumirse en los siguientes términos:

- Los demandantes nada tienen que ver entre sí.

- No hay identidad ni conexión por el título o causa de pedir.

- No existe posibilidad de resoluciones contradictorias.

- No hay razón alguna que justifique el enjuiciamiento unitario.



- Hay un intento de crear confusión.
- No existe dilación posible ni razones de economía procesal, sino la comodidad del representante procesal de litigar en masa.
- Las circunstancias de los demandantes son distintas.
- Los contratos se han firmado en momentos diferentes.
- Cada uno presenta sus particularidades.
- Se coloca en indefensión al banco porque se dificulta la prueba (los swaps fueron comercializados por diversos empleados, de sucursales dispersas en España).
- La acumulación en la demanda de acciones de clientes que nada tiene que ver entre sí obligaría al banco a vulnerar la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, sobre la obligación de reserva en lo concerniente a las operaciones de los clientes.

b) Contestación a la declinatoria: contenido relativo a la procedencia de la acumulación de acciones.

Los demandantes en el escrito de oposición a la formulación de declinatoria (página 9, del escrito) reiteraron los argumentos y la doctrina jurisprudencial que citaron en la demanda para justificar la procedencia de la acumulación.

c) Auto desestimando la declinatoria.

En el auto desestimando la declinatoria se rechazó la alegación y se declaró que hay conexión entre las acciones.

#### 6. Contestación a la demanda.

Del contenido de la contestación a la demanda interesa esencialmente que:

- El banco volvió a suscitar, esta vez como excepción, la indebida acumulación de acciones, con un fundamento semejante al manifestado en el escrito promoviendo la declinatoria.
- El banco se opuso a la fijación de la cuantía, poniendo de manifestó que se desconocía de dónde provenía la cifra indicada en la demanda, y se alegó que la cuantía era indeterminada.

#### 7. Audiencia Previa.

El visionado de la audiencia previa no aporta nada a lo que ya obra en las actuaciones:

Sobre la acumulación:

- La parte demandante se remitió en materia de acumulación a lo ya manifestado en la demanda y en el escrito oponiéndose a la declinatoria.
- La juez de primera instancia resolvió su desestimación sin más razonamientos, ya que se había pronunciado en el auto desestimando la declinatoria sobre la procedencia de la acumulación.
- El banco formuló protesta.

Sobre la cuantía:

No se planteó ninguna cuestión relativa a la cuantía, a pesar de que había sido impugnada en la contestación a la demanda.

#### 8. La sentencia de primera instancia.

Desestimó la demanda.

A partir de su página 52 examina con detenimiento encomiable y exhaustivo las circunstancias específicas de cada uno de los contratantes.

- Muy en síntesis, en esta sentencia se rechaza que las mercantiles demandantes deban tener la consideración de consumidores, se rechazan las alegaciones sobre inexistencia de objeto y causa, y se excluye el error porque el contenido del contrato con una lectura atenta permite conocer la operatividad del producto, algunas de las demandantes tenían asesoramiento externo, hubo reuniones informativas.

#### 9. Recurso de apelación.

- Puesto que la demanda fue desestimada, el recurso de apelación fue interpuesto solo por la parte demandante.



- El banco demandado limitó su impugnación al fondo.
- No se planteó ninguna cuestión relativa a la acumulación de acciones.

#### 10. Reducción del objeto litigioso que accedió a la segunda instancia.

- Durante la primera instancia, dos de las empresas demandantes llegaron a un acuerdo con el banco demandado (Ubeda Proyects, S.L., tomo V, folio 8014, de las actuaciones del juicio ordinario, y Promociones Inmobiliarias Premieri Betanzos, S.L., tomo VI, folio 8502, de las actuaciones del juicio ordinario).
- Aunque recurrieron en apelación las 24 empresas que continuaban en el proceso, una de ellas no se personó en el recurso (Olartza Eraikuntzak, S.L.), según se ve en el escrito de personación en el rollo de apelación y según se hizo constar en el encabezamiento de la sentencia de segunda instancia).

#### 11. La sentencia de segunda instancia.

Desestimó el recurso de apelación de los demandantes.

Contiene unas declaraciones (al principio del f.j. segundo), de las que puede advertirse que la Audiencia Provincial no comparte el criterio favorable a la acumulación del juzgado de primera instancia.

En este sentido declara:

«Entrando a analizar los motivos que sustentan el presente recurso de apelación, lo primero que no deja de ser sorprendente es la acumulación subjetiva de acciones que propicia la parte demandante. La parte demandante dentro de su amplia y extensa demanda dedica a la cuestión de la acumulación de acciones un sucinto párrafo que parece referirse a que las acciones ejercitadas se basan en unos mismos hechos acaecidos en las mismas fechas y derivado de la comercialización de contratos financieros complejos sin explicar su verdadera naturaleza, así como el defecto en la prestación del servicio de asesoramiento y el incumplimiento de determinados deberes legales de información y de diligencia, sin embargo si se va al fundamento de derecho sustantivo resulta que uno de los motivos esenciales para determinar la nulidad de los contratos la constituye el haber padecido un vicio invalidante en la formación de voluntad como es el error en el consentimiento. Sobre el error en el consentimiento existe una abundantísima doctrina jurisprudencial acerca de los requisitos del mismo, entre otros, que no sea imputable al contratante que lo padece, que exista una relación de causalidad entre el error y la suscripción del contrato, pero en cualquier caso dentro de los requisitos esenciales para la apreciación del error invalidante es que sea excusable, así entre otras la STS de 26 junio 2000 establece "que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció, empleando una diligencia media o regular ( sentencias 14 y 18 febrero 1994 , y 11 mayo 1998 ). Según la doctrina de esta sala la excusabilidad ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, tanto del que ha padecido el error, como las del otro contratante, pues la función básica del requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente ( SS. 4 enero 1982 y 28 septiembre 1996)". Pues bien en el presente caso lo cierto y verdad es que es dudoso que se puedan acumular las acciones que se acumulan para solicitar la nulidad de los contratos por error en el consentimiento, cuando se trata de contratos distintos celebrados con personas distintas, representadas en los contratos por personas también distintas, y en fin contratos que se celebran incluso en oficinas diferentes y en provincias distantes, lo que dificulta notablemente captar el requisito de la excusabilidad en el error, pues si la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias personales de toda índole, para poder determinar la inexcusabilidad o no del error es evidente que no puede decirse que todos los intervinientes en los contratos tuvieran las mismas condiciones y la misma capacidad de entender y de querer, por lo que debieron haberse incoado demandas distintas. Ello no obstante, dado que no existe un pronunciamiento en la sentencia que así lo diga, ni tampoco existe ningún pronunciamiento en el recurso de apelación que pretenda la indebida acumulación de las acciones, no es el caso de pronunciarse sobre la acumulación».

#### 12. Recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

A efectos de la presente sentencia, interesa declarar que:

- Han recurrido en casación 16 de los demandantes (de entre los que también fueron apelantes).
- Los recursos se han formulado por razón de la cuantía; es decir, el recurso de casación se ha formulado al amparo del ordinal 2.º del art. 477.2 LEC , que también abre la vía al recurso extraordinario por infracción procesal con arreglo a la DF. 16.ª LEC . También se formula por interés casacional.
- En la argumentación de la procedencia de los recursos por razón de la cuantía (página 5 del escrito de interposición), se alega que el importe económico de los intereses de los recurrentes es de 6.156.639,24 euros (es decir, se han sumado los supuestos perjuicios de los recurrentes en casación).



- En los recursos no se ha planteado cuestión alguna relativa a la acumulación de acciones.
- El banco recurrido, al impugnar los recursos tras la admisión, plantea que la correcta cuantificación del proceso viene determinada por la acción de mayor valor ( art. 252 LEC ), y que no procede el acceso a casación por razón de la cuantía porque la mayor de las reclamaciones de los recurrentes en casación no excede de 600.000 euros.

a) Infracción procesal.

Error e irrazonabilidad en la motivación, en la valoración de la prueba y en el enjuiciamiento.

Error patente, porque la sentencia recurrida declara que los demandantes son empresas mercantiles y no es cierto porque hay dos particulares.

No se valora la prueba y se aplica una doctrina propia del recurso de casación y no del recurso de apelación.

b) Casación.

- Nulidad del contrato por vulneración de normas imperativas.
- Nulidad del contrato por inexistencia de causa.
- Error derivado de la falta de información.
- Incumplimiento del banco al recomendar unos productos que les causaron perjuicios patrimoniales a los demandantes.
- Arts. 6.3 , 1275 , 1266 , 1726 CC .
- Art. 79 Ley de Mercado de Valores (LMV).

**SEGUNDO** .- *Causas de inadmisibilidad. Cuantía de la demanda.*

Como dijimos, el banco recurrido, al impugnar los recursos tras la admisión, plantea que la correcta cuantificación del proceso viene determinada por la acción de mayor valor ( art. 252 LEC ), y que no procede el acceso a casación por razón de la cuantía porque la mayor de las reclamaciones de los recurrentes en casación no excede de 600.000 euros.

**TERCERO** .- *Decisión de la sala.*

Podemos distinguir dos criterios:

- a) La regla general, que cabría denominar criterio legal estricto (de aplicación de la regla 1.ª del art. 252 LEC sin matices).
- b) La excepción a esa regla general, que cabría denominar como criterio de acumulación de cuantías por equiparación a la acumulación subjetiva de acciones procedentes del mismo título.

a) Regla general. Criterio legal estricto.

De acuerdo con la regla 1.ª del art. 252 LEC , en relación con la regla 6.ª del mismo precepto, en caso de acumulación por distintos demandantes de varias acciones principales que no provengan de un mismo título, con formulación de pretensiones distintas, la cuantía viene determinada por la acción de más valor. El mismo criterio se sigue en caso de acciones acumuladas de forma eventual.

Ejemplos de aplicación encontramos en las sentencias, luego citadas, y en numerosos autos de la sala (puesto que los autos en los que se aplica este criterio son innumerables, citamos siete, que se han considerado suficientemente ilustrativos; en especial, los dictados en materia de acumulación subjetiva de acciones en procesos sobre nulidad de participaciones preferentes):

- STS n.º 147/2016, de 10 de marzo, rec. 882/2014 . Responsabilidad derivada de accidente de circulación (aunque es un caso de acumulación de autos, la sala se refiere también a la acumulación subjetiva de acciones cuando declara que la regla 5.ª del art. 252 LEC no permite sumar las cuantías de las pretensiones).
- STS n.º 97/2011, de 18 de febrero, rec. 2005/2006 . Reclamación por tres demandantes de sus respectivos créditos frente a los demandados, con fundamento en distintas relaciones autónomas de prestación de servicios.
- STS n.º 110/2010, de 3 de marzo, rec. 1406/2005 . Cumplimiento de diversos contratos de compraventa de viviendas frente a la misma promotora.



- ATS de 18 de noviembre de 2015, rec. 2000/2014 . Sobre nulidad de contratos de compraventa celebrados entre partes distintas (acumulación de acciones y de procesos, con reducción del objeto litigiosos que accedió a la segunda instancia).
- ATS de 10 de febrero de 2016, rec. 257/2015 . Sobre nulidad de adquisición de participaciones preferentes.
- ATS de 25 de enero de 2017, rec. 595/2015 . Sobre nulidad de adquisiciones preferentes.
- ATS de 23 de septiembre de 2014, rec. 2123/2013 . Sobre cumplimiento de contratos de compraventa.
- ATS de 11 de noviembre de 2014, rec. 2811/2013 , sobre cumplimiento de diversos contratos de compraventa.
- ATS de 11 de noviembre de 2015, rec. 1835/2014 . Reclamación por dos sociedades frente a su administrador de hecho en virtud de títulos distintos (disposición indebida de efectivo/compraventa de maquinaria).
- ATS de 2 de noviembre de 2005, rec. 2397/2002 (acumulación subjetiva en el lado pasivo del proceso); contratos de mercancías, celebrado cada uno de ellos por el actor con un demandado diferente.

Este es el criterio que venía aplicando la sala con la LEC 1881; ejemplo es la STS n.º 320/2000, de 30 de marzo, rec. 1953/1995 , (dos sociedades como titular cada una de ellas de un derecho de crédito frente a un mismo demandado se unieron para litigar). La sala se pronuncia en el sentido de que no puede ampararse «el fraude procesal, abriendo un portillo ilegal para el acceso indebido a la posibilidad del recurso extraordinario, favoreciendo una acumulación improcedente y permitiendo la suma de cuantías de las acciones acumuladas».

b) La excepción a la regla general. Criterio de acumulación de cuantías, por equiparación a la acumulación subjetiva de acciones procedentes del mismo título.

En la STS de pleno n.º 545/2010, de 9 de diciembre, rec. 1433/2006 , el pleno de la sala, en un caso de acumulación subjetiva de acciones procedentes de distintos títulos en la demanda (perjuicios derivados de la implantación de prótesis mamarias a distintas afectadas), equiparó -a la hora de cuantificar el proceso- la acumulación subjetiva de acciones basadas en distintos títulos a la acumulación subjetiva de acciones basadas en un mismo título, atendiendo a la identidad sustancial de los hechos en materia de consumo en unas reclamaciones dirigidas contra productores o fabricantes.

La doctrina fijada fue la siguiente:

«B) De acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala sobre la interpretación de la LEC 1881 (verbigracia, SSTS de 5 de octubre de 1999 , 30 de marzo de 2000 y 25 de enero de 2001 ), invocada por una de las partes recurridas, aplicable al proceso de primera instancia, cuando en el proceso exista pluralidad de objetos o de partes, la cuantía vendrá determinada por la suma del valor de todas las acciones acumuladas en aquellos casos en los cuales exista identidad de título o de causa de pedir. Esta premisa no sufre alteración alguna en la LEC (según reconoce implícitamente el ATS 2 de junio de 2009, RC n.º 1481/07 ), pues el artículo 252.2.ª LEC , entre otras reglas, establece que, cuando en el proceso exista pluralidad de objetos o de partes, si las acciones acumuladas provienen del mismo título la cuantía vendrá determinada por la suma del valor de todas las acciones acumuladas. El concepto de título no debe ser interpretado en sentido estricto, sino que debe entenderse que se incluye también la causa de pedir, pues el artículo 252.2.ª LEC , aplicando criterios sistemáticos, debe ser interpretado en relación con lo dispuesto en el artículo 72 LEC , en el cual se establece que podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios contra uno, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir.

»En suma, para la acumulación de cuantías en el supuesto que estamos considerando es exigible que sea el mismo el negocio jurídico (título) o sean los mismos los hechos en que se fundamentan sustancialmente las diversas pretensiones acumuladas (causa de pedir).

»C) A este último supuesto deben asimilarse aquellos casos, como el que se considera en este proceso, en los cuales, aun cuando puedan registrarse diferencias en los hechos que conciernen a los distintos reclamantes cuyas pretensiones aparecen acumuladas, esta diferencia se refiere a aspectos accesorios (intensidad y circunstancias de los daños sufridos) y no altera la uniformidad en los hechos en los que se fundamentan las distintas pretensiones. En el caso examinado se cumplen estos requisitos, pues, aunque existen diferencias en las distintas reclamaciones sobre la intensidad y circunstancias de los daños sufridos; los hechos en que se fundan son susceptibles de una consideración jurídica unitaria por constituir el objeto de reclamaciones acumuladas en materia de consumo dirigidas contra productores o fabricantes por razón de un producto de serie al que se imputa en conjunto una calificación como defectuoso que afecta de idéntico modo a todos sus ejemplares. En efecto, la individualización del carácter defectuoso de los concretos ejemplares de una serie de productos solo tiene lugar cuando no ofrecen el mismo grado de seguridad que los restantes ejemplares de la serie (artículo 137.2 LCU).»



Esta doctrina -de acumulación de cuantías- se ha reiterado en las siguientes sentencias:

- STS n.º 442/2011, de 17 de junio, rec. 411/2008 (perjuicios derivados de medicamento defectuoso).
- STS n.º 350/2012, de 28 de mayo, rec. 1116/2009 (perjuicios derivados de medicamento defectuoso).
- STS n.º 362/2012, de 6 de junio, rec. 1111/2009 (perjuicios derivados de medicamento defectuoso).
- STS n.º 406/2013, de 18 de junio, rec. 2347/2011 (perjuicios derivados de medicamento defectuoso).
- STS n.º 283/2013, de 22 de abril, rec. 2040/2009 (perjuicios derivados de la obras de excavación en la construcción de un local colindante).
- STS n.º 244/2014, de 21 de mayo de 2014, rec. 409/2012 (responsabilidad derivada del contagio de hepatitis a hemofílicos). En esta sentencia la suma de las cuantías reclamadas no se refiere tanto a diversos demandantes como a las reclamaciones a favor de distintos perjudicados integrados en la asociación demandante).
- STS n.º 412/2014, de 10 de julio, rec. 2795/2012 (perjuicios derivados de medicamento defectuoso).
- STS n.º 405/2015, de 2 de julio de 2015, rec. 1660/2013 (incumplimiento contractual; reclamación de varios contratantes -permuta de solar por edificación futura- frente a la promotora).
- STS n.º 639/2015, de 3 de diciembre, rec. 558/2014 (reclamación de perjuicios derivados del amianto).

**CUARTO** .- Pese a la más que dudosa acumulación subjetiva de acciones efectuada en la demanda, ya criticada por la Audiencia Provincial, no entraremos en la misma, al no haber sido objeto de impugnación ante este tribunal de casación.

**QUINTO** .- Para determinar la cuantía de la reclamación a la que se refiere el recurso de casación hemos de partir de que las acciones acumuladas no provienen del mismo título, dado que hay tantos contratos de swap como litigantes y ni siquiera comparten la misma naturaleza, como dijimos en los antecedentes de la demanda.

El sustrato fáctico es diverso, las razones de su contratación son sectoriales, las cuantías particularizadas, diferente la capacidad organizativa de los litigantes, desigual su cultura financiera, dispar el asesoramiento externo disfrutado, divergentes los test efectuados, ausentes en algunos casos, practicados en algunos como test de «idoneidad» y en otros de «conveniencia». La mayor parte de los litigantes son sociedades, algunas pertenecientes al mismo grupo de empresas y en dos de los casos son personas físicas.

Esta diversidad fáctica y jurídica impide que podamos entender que las acciones se basan en un mismo título ( art. 252, 2.ª LEC ), pues el pretendido error o incumplimiento que se denuncia en la contratación depende de las singularidad de cada caso, de la información ofrecida a cada cliente y de su propia formación o estructura financiera.

El recurrente pretende que la suma por la que litiga es superior a los 600. 000 euros exigidos en el art. 477 LEC , en base a que considera que han de sumarse las cuantías de las reclamaciones de cada uno de los litigantes.

Sin embargo, como hemos razonado, no existe conexidad entre las acciones ejercidas y acumuladas, al referirse a un sustrato fáctico diverso, con consecuencias jurídicas potencialmente distintas en cada caso.

Entre unas acciones y otras no concurre más nexo que la sociedad demandada, la cual acertadamente alegó que:

- Los demandantes nada tienen que ver entre sí.
- No hay identidad ni conexión por el título, siempre diferente, en cada caso.
- No existe posibilidad de resoluciones contradictorias.
- Se contratan con diferentes oficinas.
- No hay razón alguna que justifique el enjuiciamiento unitario.
- No existe dilación posible ni razones de economía procesal, sino la comodidad del representante procesal (demandante) de litigar en masa.
- Las circunstancias de los demandantes son distintas.
- Los contratos se han firmado en momentos diferentes.
- Cada uno presenta sus particularidades.



El diccionario del español jurídico (RAE-CGPJ), al definir el término «conexidad», se refiere a que se hallen «vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser contradictorias si los asuntos fueran juzgados separadamente».

En el presente caso la conexidad brilla por su ausencia, no existe riesgo de resoluciones contradictorias, pues las circunstancias fácticas de cada litigante son diferentes, así como cada uno formalizó un contrato, y no siempre de la misma naturaleza.

En el litigio analizado la conexión forzada lejos de contribuir a una respuesta homogénea favorece la confusión, pues se pretende una solución unitaria que es imposible alcanzar dadas las diversas circunstancias concurrentes, lo que provoca que esta sala no pueda aceptar la suma de las cuantías reclamadas por cada litigante, al no situarnos ante un mismo título ( art. 252, 2.ª LEC ).

Tantas y tan heterogéneas son las facetas de cada litigante que impiden entender que estamos ante un mismo título, pues más que flexibilidad interpretativa estaríamos ante el desconocimiento de la realidad debatida, para lo que sirva como ejemplo que concurren, en autos, litigantes que:

1. Tienen departamento financiero y/o experiencia en productos estructurados, mientras que otros no.
2. Tenían swaps cancelados o extinguidos, mientras que en la mayoría siguen vigentes.
3. Redactaron test de idoneidad, conveniencia o ninguno.
4. Contrataron swaps vinculados a préstamos o tenían un nocional superior a la deuda financiera.
5. Habían contratado varios swap (reestructurados o no), o era el primero que concertaban.
6. Eran sociedades o personas físicas.
7. Perteneían a grupos de empresas o eran sociedades individuales.
8. Compartían administradores o no.
9. Tenían asesores externos o no.
10. Recibieron información escrita precontractual o simplemente verbal.

**SEXTO** .- En suma, de acuerdo con el art. 477 de la LEC , debemos declarar que concurre la causa de inadmisión esgrimida por el recurrido, relativa a que la cuantía del litigio no supera los 600.000 euros exigidos, dado que no pueden sumarse las cuantías que reclaman cada uno de los litigantes, al no proceder las acciones acumuladas de un mismo título ( art. 252.2 LEC ).

**SÉPTIMO** .- También procede estimar la causa de inadmisión referida a la improcedencia de utilizar, al unísono, la vía de la cuantía y la del interés casacional, al ser excluyentes, como ya se refería en el acuerdo de esta sala de 30 de diciembre de 2011, sobre causas de inadmisión, cuyo contenido se ha ratificado en el acuerdo de pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017 (III. Requisitos de los Recursos. 1. Requisitos de la estructura de los recursos). A ello cabe añadir que la argumentación del recurso no se centra en el interés casacional, dado que a partir del folio 15 del recurso y al desarrollar los motivos, incide en que el recurso de casación lo es «por razón de la cuantía».

El recurso ha de ser desestimado por incurrir en las causas de inadmisión de los ordinales 2.º y 3.º del art. 483.2 LEC , en relación con el art. 485 LEC , apreciables en este acto procesal como razones de desestimación ( sentencia 313/2017 de 18 de mayo ).

**OCTAVO** .- No siendo susceptible la resolución de recurso de casación, al no alcanzar la cuantía exigida, procede inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal ( disposición final decimosexta 1. 5.ª de la LEC ).

**NOVENO** .- Desestimados los recursos de infracción procesal y casación se imponen las costas a los recurrentes ante esta sala ( arts. 394 y 398 LEC ), con pérdida de los depósitos constituidos para recurrir.

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 y el recurso de casación interpuestos por Adinosal S.L., Arflu S.A., Artes Gráficas Laga S.L., Consorci Barcelonés d#Inversions S.L., Construcciones Gómez y Sanduvete S.L., Cantera Manuñel S.L. (antes Construcciones y Reformas Carajal S.L.), Excavaciones Visa S.L., Instruclinic S.L., Montajes Eléctricos Alba S.A.L., Morgar Recuperaciones S.A., Reviglass S.A.,



Transportes y Almacenes Seguro S.L., Twenty S.A., Ferrobierzo S.A., D. Gerardo y D. Onesimo , contra sentencia de 22 de julio de 2013, dictada en el rollo de apelación núm. 978/2012, de la sección 18.ª de la Audiencia Provincial de Madrid . **2.º**- Confirmar la sentencia recurrida. **3.º**- Imponer las costas a los recurrentes ante esta sala, con pérdida de los depósitos constituidos para recurrir. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ