

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

AUTO

Autos: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Fecha Auto: 22/11/2017

Recurso Num.: 2209/2015

Fallo/Acuerdo: INADMISIÓN

Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio Salas Carceller

Procedencia: AUD. PROVINCIAL SECCIÓN N. 4 DE LAS PALMAS

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. M^º Teresa Rodríguez Valls

Escrito por: AAH/rf

CUMPLIMIENTO DE CONTRATOS DE PERMUTA FINANCIERA (SWAP).

Recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

Carencia manifiesta de fundamento del recurso extraordinario por infracción procesal: en el motivo primero porque discurre al margen de los razonamientos por los que ha sido denegada la prueba testifical relativa a dos testigos; en el motivo segundo, porque no se ha puesto de manifiesto el error notorio o la arbitrariedad en la valoración de los informes periciales. Carencia manifiesta de fundamento del recurso de casación: atendida la base fáctica de la sentencia recurrida, el motivo solo constituye una exposición alegatoria sin más fundamento que la visión particular del litigio y desde una lectura parcial e interesada de la sentencia recurrida.

Auto: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Recurso Num.: 2209/2015

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Procurador: D. Eduardo Codes Feijóo / D. Ernesto García-Lozano Martín

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil

AUTO

Excmos. Sres.:

D. Francisco Marín Castán

D. Antonio Salas Carceller

D. Pedro José Vela Torres

En la Villa de Madrid, a veintidós de Noviembre de dos mil diecisiete..

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal del Banco de Santander, S.A. presentó escrito en el que interpuso los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 11 de mayo de 2015, por la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4.ª, en el rollo de apelación nº 656/2013, dimanante del juicio ordinario n.º 1732/2012, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Las Palmas de Gran Canaria.

SEGUNDO.- Por la indicada Audiencia Provincial se tuvo por interpuestos los recursos y se acordó la remisión de las actuaciones a este Tribunal Supremo, Sala Primera, con emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidos los autos en este Tribunal han comparecido el procurador D. Eduardo Codes Feijóo, en nombre y representación de la entidad Banco de Santander, S.A., como parte recurrente, y el procurador D. Ernesto García-Lozano Martín, en nombre y representación de las entidades ..., como parte recurrida.

CUARTO.- Por providencia de 20 de septiembre de 2017 se acordó, en cumplimiento de los artículos 483.3 LEC y 473.2.º LEC, poner de manifiesto a las partes personadas ante esta sala la posible concurrencia de causas de inadmisión de los recursos, que consta notificada.

La representación procesal del banco recurrente ha solicitado la admisión de los recursos con fundamento en las razones que expone.

La representación procesal de las mercantiles recurridas ha presentado escrito en el que solicita que no sean admitidos los recursos, con fundamento en las razones que expone.

Ha sido ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Antonio Salas Carceller**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son antecedentes necesarios para resolver sobre la admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal los siguientes:

1. La sentencia recurrida se ha dictado en segunda instancia, en un juicio ordinario, seguido por razón de la cuantía, sobre cumplimiento de varios contratos de permuta financiera (swaps), iniciado en virtud de demanda presentada por las mercantiles que hoy son parte recurrida frente al banco que ahora es parte recurrente. En la demanda se solicitó la condena del banco demandado al pago de 1.480.143 euros por el incumplimiento consistente en no haber aplicado el precio de mercado previsto en los contratos en la

cancelación anticipada realizada el 23 de enero de 2009, ni en el momento de la contratación inicial de cada una de las permutas financieras.

2. La sentencia de primera instancia estimó la demanda y declaró el incumplimiento del banco demandado y condenó a este al pago de 1.480.143 euros; en esta sentencia se declaró que el banco demandado no explica ni defiende el importe del coste de cancelación que cobró a la demandante (2.438.437 euros) ni por qué era correcto; que el informe pericial aportado por el banco demandado no realiza cálculos ni explica cómo se llegó a esa cifra; que, vistos los informes periciales de ambas partes, debe considerarse más razonado y fundamentado el de la parte actora (continúa esta sentencia con un examen pormenorizado de diversos aspectos de los dos informes periciales), y se añade que, la cuestión no es si el banco tenía derecho o no a cobrar un margen, sino que el precio de cancelación se pactó al precio de mercado y no es posible aplicar uno superior. Sobre el cobro de comisiones implícitas declara que ha de estarse también al informe del perito de la demandante y que se cobraron comisiones implícitas ocultas en el precio de los productos, que el cliente desconocía.

3. Apelada la sentencia de primera instancia por el banco demandado, la sentencia de segunda instancia desestimó el recurso de apelación y confirmó la estimación de la demanda.

4. En lo que ahora interesa, el incumplimiento de los contratos de permuta financiera atribuido al banco fue, según se recogió en mismo fallo de la sentencia de primera instancia, la no aplicación del precio de mercado en la cancelación anticipada ni en el momento inicial de cada una de las permutas financieras. De manera que de la sentencia de segunda instancia, en la medida en que integra y confirma las declaraciones de la de primera instancia, declara, en lo esencial: a) respecto al precio de la cancelación anticipada, que: i) el informe pericial aportado por el banco demandado no realiza cálculos ni explica cómo se llegó a concretar en su momento el precio de mercado; ii) de la prueba testifical se ha acreditado que el coste de cancelación no se supo hasta el momento exacto de estar en la notaria, ni pudo ser objeto de negociación, y los propios empleados del banco que estuvieron en la negociación desconocían cómo se había calculado el coste, que se hizo por los servicios centrales del banco; iii) es una cuestión técnica pericial conocer si

las liquidaciones del producto y el coste de cancelación eran o no conforme a lo pactado, pero el banco contratante es responsable de la redacción de la cláusula contractual y como tal debe soportar las dudas interpretativas de la misma; iv) para resolver el tema deben valorarse los dos informes periciales aportados por las demandantes y por el banco demandado, y se considera más razonado y fundamentado el aportado por las demandantes; al ser la entidad demandada la que efectuó los cálculos de la cancelación podría haber facilitado a los peritos los cálculos que realizó para alcanzar el valor reclamado al cliente (principio de mayor facilidad probatoria), sin embargo es el informe de las demandantes el que explica con mayor detalle cómo se debe llegar al coste de cancelación; el informe del banco demandado no explica cómo se llega al coste de cancelación satisfecho; v) la cuestión no es si se incluyeron en los costes de cancelación un margen al que el banco tenga derecho, la cuestión es que lo pactado fue a precio de mercado. Y b) En cuanto a la segunda cuestión, que: i) las denominadas comisiones implícitas, de la prueba practicada y de la documental no queda acreditado que el cliente fuera informado de que le serían cobradas comisiones; ii) también en este tema ha de estarse al informe pericial de las demandantes, pues frente al razonado y fundamentado informe de ese perito, la pericial del banco no realiza cálculos que lo contradigan.

Se añade en esta sentencia que carece de relevancia la circunstancia de que los bancos no estén obligados a informar a los clientes sobre los márgenes o beneficios que obtiene de las operaciones, porque es ajeno al tema del litigio que se contrae a la reclamación del perjuicio patrimonial derivado del incumplimiento de lo pactado; y también añade esta sentencia que carece de relevancia la experiencia o perfil de la demandante ratificando también en este punto lo declarado por la sentencia de primera instancia, en la que se distinguió la acción de incumplimiento contractual ejercitada en la demanda de la petición de nulidad del contrato por error vicio.

5. También debe dejarse constancia de que, en el recurso de apelación, el banco demandado denunció la infracción del art. 24 CE y de los arts. 281 y 283 LEC, por haberle sido denegada la prueba testifical de dos de los cinco testigos que propuso, empleados del propio banco demandado, alegando que las pruebas versan sobre *la comercialización y equivalencia de*

posiciones para poder negociar tanto las contrataciones iniciales como la cancelación final, *"circunstancias que rodearon las negociaciones contratación iniciales y, en esencia, aportar luz en cuanto a los hechos controvertidos relativos al supuesto cobro de comisiones indebidas"*, *"arrojar luz sobre el verdadero perfil del cliente y de los medios con que contaba para conocer la evolución de los mercados y la adecuación de los tipos pactados a los contratos"*, *"para arrojar luz sobre la capacidad de ambas mercantiles y de quien les asesoraba, así como las negociaciones que existían en cada contratación"*. Además, solicitó la práctica en segunda instancia de la testifical de los dos empleados del banco, a través de videoconferencia.

La Audiencia Provincial denegó la prueba por auto de 8 de enero de 2014, atendiendo a los siguientes criterios: se han admitido los tres primeros testigos de la lista presentada por el banco, siguiendo el orden de sus proposición, y las dos últimas testificales están bien denegadas porque no concurre ninguno de los tres supuestos previstos en el art. 460.2 LEC, ya que no se ha acreditado la intervención de esos dos directivos con la parte actora.

6. La mercantil demandante ha formulado los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, basando la recurribilidad de la sentencia en el art. 477.2.2. y d.f.16 LEC, por ser la cuantía del litigio superior a 600.000 euros.

SEGUNDO.- Siguiendo el orden establecido en la regla 6.ª del apartado 1 de la d. final 16.ª LEC que, aunque previsto para la fase de decisión resulta también ser el adecuado en esta fase de admisión, se inicia el examen de admisibilidad de los recursos analizando en primer lugar el recurso extraordinario por infracción procesal.

TERCERO.- El recurso extraordinario por infracción procesal incurre, en los dos motivos formulados, en la causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento, según se razona a continuación:

1. En el motivo primero, formulado al amparo de la ordinal 3.º del art. 469.1 LEC, se denuncia la infracción del art. 460.2.1 LEC, por la inadmisión de la testifical relativa a los dos testigos denegados. En lo que ahora interesa, a los efectos de poner de manifiesto la relevancia de esta prueba, se expone por

el banco recurrente que los dos testigos *"intervinieron en las negociaciones preliminares ... cuyo objeto fue precisamente acordar los tipos establecidos en los contratos litigiosos es incuestionable que en la medida en que la controversia pivota alrededor de las denominadas comisiones implícitas o márgenes de beneficio, conceptos que se encuentran integrados en los tipos de los contratos, las testificales, inadmitidas, hubieran sido esenciales para dilucidar cómo transcurrieron las negociaciones entre las partes para fijar estos tipos en los contratos"*.

La carencia manifiesta de fundamento del motivo viene determinada porque prescinde del argumento denegatorio de la sentencia recurrida; la parte recurrente tiene la carga de combatir la respuesta motivada por la que se le ha denegado la testifical de dos testigos empleados del banco; estamos ante un recurso extraordinario y no basta con repetir la postura que se ha venido mantenido desde la instancia; según la Audiencia Provincial, la declaración de esos dos testigos es impertinente porque no consta que intervinieran en las negociaciones sobre las que se les pretende interrogar, circunstancia que se elude sin combatirla, y sobre este hecho el banco recurrente no ha puesto de manifiesto que su fijación (la no intervención directa de esos testigos en la comercialización) sea un error notorio.

Pero lo más determinante es que el banco recurrente olvida que estamos ante un litigio sobre cumplimiento de lo pactado, por lo que no se ve – y no se explica en el motivo por el banco recurrente- qué relevancia puedan tener las negociaciones previas al pacto, ya que una vez fijados los términos del pacto, será a éste al que habrá de estarse para decidir –en este caso, en materia compleja de orden contable- si se ha cumplido o no lo pactado, cuestión sobre la que ha resuelto la sentencia recurrida sobre la valoración de las pruebas periciales. Es decir que, en la delimitación del derecho a la prueba (STS de 26 de noviembre de 2013, rec. 2122/2012, entre otras), al banco recurrente correspondía acreditar la relevancia de la prueba denegada, la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante (por todas, STC 157/2000, de 12 de junio); cosa que se traduce en la necesidad de demostrar que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada era decisiva en términos de defensa (STC 147/2002, de 15 de julio), esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito (STC 70/2002,

de 3 de abril), al ser susceptible de alterar el fallo en favor del recurrente (STC 116/1983, de 7 de diciembre), y no basta con alegar –como reitera en las alegaciones previas a esta resolución (página 3)- que *"es razonable pensar que el testimonio de aquellas personas que intervinieron en la comercialización y en el diseño para que determinen el motivo por el que el que cada contrato se cerró con unos tipos u otros hubiera sido fundamental"*, pues, como se ha reiterado este proceso versa sobre el cumplimiento de lo pactado, e interesa saber no cómo se alcanzó un pacto sino si se ha respetado el alcanzado.

2. En el motivo segundo, al amparo del art. 469.1.4.º LEC, se denuncia la infracción del art. 24 CE, por la valoración arbitraria e ilógica de la prueba. En lo esencial, el motivo se integra por ciertas alegaciones sobre los dos informes periciales y, más en concreto, sobre la no acreditación del cobro de comisiones implícitas, planteando que se ha hecho una valoración discrecional solo del informe de la demandante.

La carencia manifiesta de fundamento del motivo viene determinada porque no se ha puesto de manifiesto un error palmario en la valoración de la prueba. Lo que pretende el banco recurrente es que se esté su informe pericial. La sentencia recurrida, y por remisión a la de primera instancia, argumenta ampliamente las razones por las que considera que debe estarse al informe de las demandantes; según se ha dejado antes expuesto, en la sentencia recurrida se constata que en el informe pericial del banco demandado no aparece con la necesaria calidad cómo se ha calculado el coste de cancelación, ni en ese informe se rebaten las afirmaciones del informe de la demandante sobre el cobro de comisiones implícitas.

Debe recordarse que esta sala ha admitido la impugnación de la valoración del dictamen de peritos, cuando la efectuada en la instancia es ilegal, absurda, arbitraria, irracional o ilógica, pero quedan fuera las situaciones de duda, inseguridad, vacilación o equivocidad, y por ello no cabe razonar si es mejor o más oportuna una hipótesis valorativa diferente a la acogida por la sentencia impugnada (STS de 9 de febrero de 2006, RC n.º 2570/1999). Como indica la STS de 29 de abril de 2005, RC n.º 420/1998, la casuística jurisprudencial ha permitido plantear objeciones a la valoración de la pericia efectuada en la sentencia impugnada cuando a) se ha incurrido en un error patente, ostensible o notorio (SSTS de 8 y 10 noviembre 1994, 18 diciembre

2001, 8 febrero 2002), b) se extraigan conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas o que conculquen los más elementales criterios de la lógica (SSTS de 28 junio y 18 diciembre 2001, 8 febrero 2002, 21 febrero y 13 diciembre 2003, 31 marzo y 9 junio 2004), o se adopten criterios desorbitados o irracionales (SSTS de 28 enero 1995, 18 diciembre 2001, 19 junio 2002), c) se tergiversen las conclusiones periciales de forma ostensible, se falsee de forma arbitraria sus dictados o se aparte del propio contexto o expresividad del contenido pericial (SSTS de 20 febrero 1992, 28 junio 2001, 19 junio y 19 julio 2002, 21 y 28 febrero 2003, 24 mayo, 13 junio, 19 julio y 30 noviembre 2004), y, d) se efectúen apreciaciones arbitrarias (SSTS de 3 marzo 2004) o contrarias a las reglas de la común experiencia (SSTS 24 diciembre 1994 y 18 diciembre 2001). Nada de esto se ha puesto de manifiesto por el banco recurrente. No debe olvidarse que solo el error fáctico manifiesto e incontestable es el error con relevancia constitucional que permite plantear la revisión de la prueba (STS 587/2017, de 27 de octubre, rec. 604/2015).

Por otra parte, el banco recurrente tampoco justifica por qué la calificación el perfil del cliente como profesional es relevante a los efectos de valorar una prueba pericial dirigida a acreditar cuestiones contables que permitan decidir si hubo o no incumplimiento contractual.

CUARTO.- No procede la admisión del recurso de casación ya que concurre la causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento.

En el único motivo formulado se denuncia la infracción del art. 1124 CC. Se expone que el tema jurídico que se plantea es si se ha hecho una correcta aplicación de este precepto, y en el último párrafo de la página 21 del escrito de interposición expresa el banco recurrente que en la sentencia recurrida la aplicación del art. 1124 CC pivota sobre el argumento de que el banco no ha cumplido su obligación contractual de informar a los demandantes sobre los márgenes o composición de los tipos establecidos en los contrato, información que los demandantes no podían conocer por sus propios medios; en el apartado correspondiente al desarrollo del motivo, el banco considera que no está claro el concepto de la cantidad a que asciende la condena, ni los incumplimientos del mismo, y que en ella se incurre en ciertas contradicciones además de no tener en cuenta el carácter profesional de los demandantes.

En la medida en que se parte de una premisa que no se ajusta al verdadero contenido de la sentencia recurrida, el motivo carece de fundamento. La sentencia recurrida hace alguna alusión al desconocimiento por los clientes de los márgenes a que alude el banco para justificar el cobro de cantidades o a la imposibilidad de conocer los cálculos de cancelación, pero no es esta la *ratio decidendi* [razón decisoria], sino la circunstancia –que se ha declarado probada por la valoración de los informes periciales- de que el bando no ha cumplido lo pactado en los contratos.

Estamos ante una acción de cumplimiento contractual y no ante un tema de error vicio en el que pueda ser relevante el perfil del cliente. No deja claro el banco recurrente qué incidencia puede tener la experiencia inversora del cliente a la hora de determinar si las cancelaciones y contrataciones de los swaps se han hecho o no según lo pactado.

De manera que, dada la base fáctica de la sentencia recurrida, conformada sobre la valoración de los dos informes periciales y motivada la razón por la que se está al informe pericial de la demandante (según la cual el banco no cumplió lo pactado), sin que en el recurso extraordinario por infracción procesal se haya puesto de manifiesto el error notorio en la valoración de la prueba pericial, la alegación de infracción del art. 1124 CC carece fundamento, pues este precepto ampara la petición de cumplimiento con resarcimiento de perjuicios que ha estimado la sentencia recurrida.

QUINTO.- Cuanto se ha expuesto da respuesta a las alegaciones del banco recurrente efectuadas en el trámite de audiencia previo a esta resolución.

SEXTO.- La inadmisión de los recursos implica las siguientes consecuencias:

1. Por aplicación de los artículos 483.4 LEC y 473.2.III LEC, debe declararse la firmeza de la sentencia recurrida.
2. La pérdida del depósito constituido de conformidad con lo establecido en la d. adicional 15.ª, apartado 9 LOPJ.
3. La imposición a la mercantil recurrente de las costas de los recursos.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 208.4 LEC procede declarar que contra este auto no cabe recurso alguno por así establecerlo los artículos 483.5 y 473.3 LEC.

En virtud de lo expuesto,

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

1. No admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de Banco de Santander, S.A. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 11 de mayo de 2015, por la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4.ª, en el rollo de apelación n.º 656/2013, dimanante del juicio ordinario n.º 1732/2012, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Las Palmas de Gran Canaria.
2. Declarar firme la sentencia recurrida.
3. La pérdida del depósito constituido.
4. Imponer al banco recurrente las costas de los recursos.
5. Devolver las actuaciones con testimonio de esta resolución a la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4.ª.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.

