



Roj: **ATS 4883/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4883A**

Id Cendoj: **28079110012022202208**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/03/2022**

Nº de Recurso: **113/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO GARCIA MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Auto núm. /**

Fecha del auto: 30/03/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 113/2020

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

Procedencia: Audiencia Provincial de Valencia, Sección 8.<sup>a</sup>

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

Transcrito por: AAH/aam

Nota:

CASACIÓN núm.: 113/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Auto núm. /**

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Pedro José Vela Torres

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 30 de marzo de 2022.

Esta sala ha visto

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** La representación procesal de Bankia, S.A. presentó escrito en el que interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 25 de septiembre de 2019, por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 8.ª, en el rollo de apelación n.º 400/2019, dimanante del juicio ordinario n.º 1278/2017, seguido ante Juzgado de Primera Instancia n.º 12 de Valencia.

**SEGUNDO.-** Por la indicada Audiencia Provincial se tuvo por interpuesto el recurso 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. David Martín Ibeas, en nombre y representación de Bankia, S.A., como parte recurrente, y la procuradora D.ª Cristina Coscolla Toledo, en nombre y representación de L3M Construcción Urbanismo y Servicios S.A., como parte recurrida.

**CUARTO.-** Por providencia de 16 de febrero de 2022 se acordó, en cumplimiento del artículo 483.3 LEC, poner de manifiesto a las partes recurrente y recurrida, comparecidas ante este Tribunal, la posible concurrencia de causas de inadmisión del recurso, que consta notificada.

La representación procesal de la entidad bancaria recurrente ha presentado escrito en el que expone las razones por las que considera que el recurso debe ser admitido.

La representación procesal de la mercantil recurrida ha presentado escrito en el que expone las razones por las que considera que el recurso no debe ser admitido.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El banco recurrente, demandado y apelante en las instancias, ha formulado recurso de casación, en su modalidad de existencia de interés casacional por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, contra una sentencia, dictada en segunda instancia, en un juicio ordinario sobre nulidad de un **contrato** de permuta financiera, en la que se estimó la demanda.

Atendida la clase y cuantía del proceso, la sentencia impugnada accede a casación por la vía del ordinal 3º del art. 477.2 LEC, del interés casacional, que ha sido correctamente invocada por el banco recurrente, si bien el recurso no es admisible.

**SEGUNDO.-** El recurso de casación se articula en un motivo único en el que concurre la causa de inadmisión prevista en el art. 483.2.4.º LEC, de carencia manifiesta de fundamento.

En el motivo no se respeta la base fáctica de la sentencia recurrida.

No deriva de la base fáctica de la sentencia recurrida (en la medida que confirma de forma expresa la sentencia de primera instancia) que el cliente tuviera experiencia inversora en esa clase de productos por una contratación previa, ni que hubiera concertado con anterioridad otros swaps, ni que conociera los riesgos del producto, ni que le fuera suministrada información sobre el riesgo del producto (F.D. quinto y F.D. sexto de la sentencia de primera instancia).

En la sentencia recurrida (F.D. segundo) se aceptan de forma expresa los fundamentos jurídicos de la sentencia de primera instancia, y en la sentencia de primera instancia (F.D. quinto y F.D. sexto) se ha declarado: i) no consta que el cliente poseyera conocimientos cualificados financieros ni sobre productos complejos y de riesgo, sin que lo anterior quede contradicho por la posterior contratación de un producto igual respecto del cual no consta la información ofrecida; ii) tampoco queda acreditado que tuviera conocimientos especializados por el documento 3 de la contestación a la demanda, pues el objeto de tales mercantiles no era financiero y no consta que por esas se contrataran con anterioridad productos semejantes; iii) la prueba testifical prestada por el empleado del banco demandado es insuficiente para acreditar el cumplimiento del deber de información; iv) tampoco queda acreditado por la documentación contractual dada la complejidad del producto.

En el motivo primero se parte de que: i) está acreditado que el administrador de la demandante es un empresario con notoria experiencia, con cargos directivos en once sociedades, que contó con el asesoramiento de un director financiero que había prestado servicios en banca privada durante dos décadas; ii) que no se ha tenido en cuenta que el administrador de la demandante desarrolla un ambicioso proyecto con otra sociedad con financiación idéntica, ni que poco después de 2011 suscribió de nuevo un swap con otra entidad; iii) que no se ha tenido en cuenta que el administrador de la demandante y su asesor son personas con conocimientos financieros que les permiten comprender el producto; iii) se alude al resultado de unas declaraciones testimoniales en relación con los conocimientos del demandante y la suscripción posterior de un swap; y se alude a la prueba de presunciones que permitiría constatar que el consentimiento no estaba aviciado por error.



Es evidente, aunque el banco recurrente manifieste lo contrario, que no se respeta la valoración de la prueba efectuada en la sentencia recurrida (no deriva de ella que el administrador de la demandante fuera asesorado en la contratación por un asesor financiero experto; no deriva de la sentencia recurrida que el administrador de la demandante tuviera conocimientos financieros). No es posible atender a las alegaciones del banco recurrente -como se pone de manifiesto en el motivo con la alusión a las pruebas testificales y a las presunciones- si no es revisando la valoración de la prueba efectuada en la sentencia recurrida (y, por remisión expresa, en la de primera instancia).

Hemos reiterado que en el recurso de casación se debe respetar la base fáctica de la sentencia recurrida, ya que otra cosa supondría convertirlo en una tercera instancia (SSTS de 18 de noviembre de 2011, rec. n.º 634/2008, y 19 de julio de 2012, rec. n.º 1542/2009), lo que es contrario a la función que cumple el recurso consistente en contrastar la correcta aplicación del ordenamiento sustantivo a la cuestión de hecho, pero no a la construida por el recurrente, sino a la que se hubiera declarado probada en la sentencia recurrida, como resultado de la valoración de los medios de prueba practicados (SSTS de 22 de marzo de 2012, RC n.º 364/2007, 19 de julio de 2012, RIPC n.º 1542/2009).

En el recurso de casación, dado su carácter extraordinario, solo es posible el planteamiento de cuestiones jurídicas desde el respeto a los hechos o base fáctica de la sentencia impugnada, sin que puedan mutilarse, ser sustituidos ni adicionados con otros no tenidos en cuenta de forma explícita o implícita por la sentencia recurrida (SSTS 263/2012, de 25 de abril, 616/2012, de 23 de octubre, 690/2012, de 21 de noviembre). Según hemos reiterado -STS núm. 2/2019, de 8 de enero, rec. 2418/2016, por citar alguna de las más recientes-, los motivos del recurso de casación deben respetar la valoración de la prueba contenida en la sentencia recurrida, lo que implica: (i) que no se puede pretender una revisión de los hechos probados ni una nueva valoración de la prueba; (ii) que no pueden fundarse implícita o explícitamente en hechos distintos de los declarados probados en la sentencia recurrida, ni en la omisión total o parcial de los hechos que la sentencia recurrida considere acreditados.

En todo caso, conviene recordar que hemos reiterado que "la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap no es la del simple empresario, sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos (STS 579/2016, de 30 de septiembre, 549/2015, de 22 de octubre, 633/2015, de 19 de noviembre, 651/2015, de 20 de noviembre, 676/2015, de 30 de noviembre, 2/2017, de 10 de enero, y 11/2017, de 13 de enero). En consecuencia, no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera (p. ej., sentencias 676/2015, de 30 de noviembre, 2/2017, de 10 de enero y 11/2017, de 13 de enero), y el conocimiento especializado exigible en la contratación de este tipo de productos financieros complejos "tampoco se puede deducir por el hecho de haber sido el encargado de relacionarse con los bancos para el tráfico normal de la empresa, debido a la propia sofisticación, singularidad y complejidad declarada del producto" (sentencia 594/2016, de 5 de octubre)" (ATS de 7 de abril de 2021, rec. 4585/2018). De manera que, si no se ha declarado acreditado en la sentencia recurrida -como es el caso- que el demandante fue informado, o que conocía el producto, la valoración jurídica de esa circunstancia que se hace en la sentencia recurrida (F.D. séptimo) no se opone a la doctrina jurisprudencial de esa sala.

En definitiva, de la base fáctica de la sentencia recurrida deriva que no está acreditado que el banco diera información y que no está acreditado que el cliente supiera el riesgo, de manera que la tesis del banco recurrente sobre la inexistencia de error esencial y excusable no encuentra apoyo en la doctrina jurisprudencial fijada por esta Sala en la STS n.º 840/2013, del Pleno, de 20 de enero de 2014, rec. 879/2012, reiterada en las SSTS 384/2014 y 385/2014, ambas de 7 de julio, recs. 892/2012 y 1520/2012, 387/2014 de 8 de julio, rec. 1256/2012 y 110/2015, de 26 de febrero, rec. 1548/2011, y en otras posteriores como la STS 535/2015, de 15 de octubre de 2015, rec. 452/2012, y las SSTS n.º 651/2015, de 20 de noviembre, rec. 147/2012, y n.º 693/2015, de 4 de diciembre, rec. 2170/2012, conforme a la cual, si bien el incumplimiento de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio, sí puede incidir en su apreciación, y la falta de cumplimiento por el banco o entidad financiera de la normativa en materia de información al cliente permite presumir que el cliente no experto no conoció el riesgo del **contrato**, lo que hace esencial al error que, además, es excusable.

Puesto que en el motivo se insiste en la relevancia de la suscripción de otro **contrato** de swap, conviene recordar que la doctrina que acaba de exponerse también ha sido aplicada incluso en casos de encadenamiento de **contratos**, que solo puede ser relevante cuando consta que cesó la causa de nulidad (STS núm. 235/2017, de 6 de abril, rec. 419/2014; 629/2017, de 20 de diciembre, rec. 1218/2015 (aunque en estas sentencias se examina desde la perspectiva de la confirmación del **contrato**). De manera que, con este planteamiento el



banco recurrente tampoco respeta la valoración de la prueba, pues, como deriva de la sentencia recurrida, no consta la información que recibió al suscribir el otro swap.

Cuanto se ha dicho implica, además, la concurrencia de la causa de inadmisión prevista en el art. 483.2.3.º LEC, ya que no se ha acreditado el interés casacional, pues -como antes se ha dicho- atendida la base fáctica de la sentencia recurrida (según la cual el cliente no fue informado y no consta acreditado que conociera el riesgo), el criterio de la sentencia recurrida al declara la existencia de error no se opone a la doctrina jurisprudencial de esta sala.

Resta por precisar, ya que en el desarrollo del motivo se afirma que el error "en ningún caso podría ser excusable pues su falta de diligencia es mas que evidente", que se trata de una afirmación carente de razonamientos y desarrollo. No corresponde a esta sala averiguar las razones que tiene el banco recurrente para efectuar esa afirmación, pero en cualquier caso conviene recordar que, como antes se ha dicho, la doctrina de esta sala declara que la falta de cumplimiento por el banco o entidad financiera de la normativa en materia de información al cliente permite presumir que el cliente no experto no conoció el riesgo del **contrato**, lo que hace esencial al error que, además, es excusable.

**TERCERO.-** Los razonamientos anteriores impiden tener en consideración las alegaciones efectuadas por el banco recurrente en el escrito presentado ante esta sala en el trámite de audiencia previo a esta resolución.

**CUARTO.-** La inadmisión del recurso implica las siguientes consecuencias:

1. Por aplicación del artículo 483.4 LEC debe declararse la firmeza de la sentencia recurrida.
2. Abierto el trámite de audiencia previo a esta resolución y efectuadas alegaciones por la parte recurrida, procede imponer las costas del recurso al banco recurrente.
3. El banco recurrente perderá el depósito constituido de conformidad con lo establecido en la d.a 15.ª, apartado 9, LOPJ.

**QUINTO.-** De conformidad con lo previsto en el artículo 208.4 LEC procede declarar que contra este auto no cabe recurso alguno por así establecerlo el artículo 483.5 LEC LEC.

## PARTE DISPOSITIVA

### LA SALA ACUERDA:

1º) Inadmitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Bankia, S.A. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 25 de septiembre de 2019, por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 8.ª, en el rollo de apelación n.º 400/2019, dimanante del juicio ordinario n.º 1278/2017, seguido ante Juzgado de Primera Instancia n.º 12 de Valencia.

2º) Declarar firme la sentencia recurrida.

3º) Imponer las costas del recurso al banco recurrente, que perderá el depósito constituido.

4º) Devolver las actuaciones con testimonio de esta resolución a la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 8.ª

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