



Roj: **STS 1333/2023 - ECLI:ES:TS:2023:1333**

Id Cendoj: **28079110012023100447**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/04/2023**

Nº de Recurso: **5434/2019**

Nº de Resolución: **465/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 5548/2019,**  
**STS 1333/2023**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 465/2023**

Fecha de sentencia: 11/04/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 5434/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/03/2023

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID. SECCIÓN 19.<sup>a</sup>

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Andrés Sánchez Guiu

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN núm.: 5434/2019

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Andrés Sánchez Guiu

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 465/2023**

Excm. Sra. y Excmos. Sres.

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 11 de abril de 2023.



Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la mercantil Aplidig S.L., representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Silvia Vázquez Senín y bajo la dirección letrada de D. Carlos Manuel Terceiro, contra la sentencia n.º 205/2019, de 22 de mayo, completada por auto de 9 de septiembre de 2019, dictada por la Sección 19.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 167/2019, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 529/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Madrid, sobre contrato Swap. Ha sido parte recurrida Abanca Corporación Bancaria S.A., representada por el procurador D. Rafael Silva López y bajo la dirección letrada de D. Pablo Albert Albert.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1. Aplidig S.L. interpuso demanda de juicio ordinario contra Abanca Corporación Bancaria S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia por la que se declare:

"A) La indemnización por importe de 2.095.870.00 euros por los daños y perjuicios causados a mi representada basada en el incumplimiento de los deberes inherentes por la defectuosa información prestada a su cliente.

"B) Subsidiariamente, la nulidad de la cláusula de cancelación (costes de cancelación) que se contiene en dicho Swap, toda vez que:

"- No supera el control de contenido ni de equilibrio de los artículos 5 y 7 LCGC (la cláusula de cancelación es incomprensible).

"- Incumple la buena fe contractual del art. 1258 CC.

"C) Subsidiariamente, aplicación al contrato swap de la cláusula Rebus Sic Stantibus, con anulación completa, o en su caso moderación de los mismos o de sus cláusulas más desequilibradas (como la que fija los parámetros económicos o la de los costes de cancelación), indemnizando a mi representada en la diferencia.

"D) Y todo ello con expresa condena en costas a la demandada".

2. La demanda fue presentada el 5 de junio de 2017 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Madrid, fue registrada con el n.º 529/2017. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3. Abanca Corporación Bancaria S.A. contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda con condena en costas a la demandante.

4. Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Madrid dictó sentencia de fecha 6 de noviembre de 2018, con el siguiente fallo:

"Desestimo la demanda formulada por la procuradora de los tribunales Sra. Vázquez Senín en nombre y representación de Aplidig S.L. contra Abanca Corporación Bancaria S.A. y en su mérito absuelvo a la parte demandada de los pedimentos de la demanda. Con expresa condena en costas a la parte demandante".

### SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Aplidig S.L.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 19.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 167/2019 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 22 de mayo de 2019, con el siguiente fallo:

"Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sr. Vázquez Senín en representación de Aplidig, S.L, frente a la sentencia dictada en fecha 6 de noviembre de 2018 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Madrid, en el procedimiento ordinario seguido con el n.º 529/2017, que debemos confirmar íntegramente con expresa imposición de las costas causadas en esta alzada a la recurrente".

3. Aplidig S.L. presentó escrito por el que solicitó complemento de la anterior sentencia, y la Audiencia Provincial dictó auto de fecha 9 de septiembre de 2019, con la siguiente parte dispositiva:

"DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS el complemento de la sentencia y por tanto se acuerda se debe completar la sentencia dictada con el contenido del razonamiento segundo del presente auto [FUNDAMENTO SEGUNDO.- Se debe analizar si existen dudas de hecho o de derecho que justifiquen la petición subsidiaria citada. En primer lugar se debe analizar si existen dudas de hecho. Sobre esta cuestión en el recurso se indica: Tal y



como ya se exponía en nuestro Recurso de Apelación, existen numerosas resoluciones en las que, habiéndose ejercitado una acción idéntica a la que se ejercitaba en el escrito de demanda que dio origen a los presentes autos, la misma ha sido estimada en su integridad con expresa imposición de costas a la entidad demandada siendo diversas asimismo las Audiencias Provinciales las que, precisamente por considerar que concurren serias dudas de hecho o derecho, han dejado al margen el criterio de vencimiento objetivo al que hacíamos alusión, adoptando otro criterio diferente en materia de imposición de costas. Como se puede comprobar este razonamiento se refiere a las dudas de derecho, no de hecho. Indicar que la sentencia de la AP Madrid, sec. 12.ª, de 16-03-2015, n.º 112/2015, rec. 772/2014 señala que: Los requisitos exigidos por el precepto (en lo que nos atañe a las "serias dudas de hecho) son los dos siguientes: en primer término, la existencia de "dudas" en los hechos que justifiquen la pretensión (por ejemplo, por ignorarse la participación causal de varios condenados en la causación de un daño, así en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2.002), de modo que no haya certidumbre sobre la existencia de tales hechos o bien no pueda identificarse uno de los hechos cuando son varios los que puedan alegarse como fundamento de la pretensión. Esta duda debe padecerla el que ejerce la pretensión, duda que además no puede despejar por sí mismo, y un modo de despejarla es recurrir al proceso judicial, su pretensión, podríamos decir, se sustenta razonablemente y por ello el Art. 394.1, LEC permite no condenarle en costas. La incertidumbre debe ser objetiva (no puede despejarse con la conducta diligente del que ejerce la pretensión) y su averiguación debe exigir el proceso judicial. Esto es, si le corresponde, según las reglas de distribución de la carga de la prueba, la prueba de los hechos que justifiquen su pretensión ( Art. 217. 2, LEC.), debe alegar desde la interposición de la demanda el carácter dudoso de tales hechos, las razones de la duda y la imposibilidad de despejarla por sí mismo". Ningún dato se alega en el recurso que justifique la existencia de dudas de hecho y por tanto no se puede valorar si concurren los requisitos indicados en la sentencia y por tanto se debe desestimar la petición en este punto. Por otro lado se alega que existen dudas de derecho. Además de lo indicado en el párrafo interior se cita la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 8.ª), número 100/2014, de 30 de mayo. Respecto a las dudas de derecho la sentencia citada en el párrafo anterior indica que: En relación para la valoración de las serias dudas de derecho se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares, parámetro que servirá para apreciar la razonabilidad de la pretensión ejercitada. En el presente caso, y tal y como se dijo en la sentencia cuya aclaración se pide, las sentencias en la que la parte pretendía fundar la estimación de su recurso no eran de aplicación al caso de autos, y por tanto no podemos hablar de la existencia de dudas de derecho. En consecuencia se debe completar la sentencia dictada con el contenido del presente razonamiento, que deberá añadirse al final de fundamento de derecho quinto de la presente sentencia. Lo anterior se acuerda por aplicación del artículo 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil] que se deberá añadir al final del fundamento de derecho quinto de la presente sentencia, sin que la presente resolución afecte el contenido del fallo"].

### **TERCERO** .- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

#### **1.** Aplidig S.L. interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

"Único.- La sentencia recurrida infringe el art. 1101 CC, por falta de aplicación, a los efectos de estimar la acción de indemnización de daños y perjuicios solicitada por el negligente cumplimiento por la entidad financiera, Abanca, de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información y el perjuicio finalmente producido.

"La infracción que denunciemos se asienta en los siguientes presupuestos de la acción indemnizatoria, que resumimos ya en este encabezamiento:

"i) Incumplimiento de la obligación de información que se denuncia con base en la normativa bancaria aplicable al presente caso (Premifid); en relación con el art. 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores; y con el art. 5 del RD 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores. Particularmente por la ausencia de información precontractual en la suscripción asegurada del swap de tipos de interés de 12 de marzo de 2007.

"ii) Asimismo, la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial de esta Excm. Sala sobre los criterios que deben regir en la valoración del perfil del cliente como causa de exclusión de imputación de la responsabilidad de la entidad financiera por los daños ocasionados al cliente, como consecuencia del negligente cumplimiento de su obligación de información en la contratación del referido Swap".

**2.** Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 1 de diciembre de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:



"LA SALA ACUERDA:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Aplidig, S.L. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 22 de mayo de 2019, completada por auto de 9 de septiembre de 2019, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19.ª, en el rollo de apelación n.º 167/2019, dimanante del juicio ordinario n.º 167/2019, seguido ante Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Madrid".

3. Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4. Por providencia de 3 de febrero de 2023 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 28 de marzo de 2023, fecha en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

La sociedad demandante recurre en casación la sentencia de apelación que, confirmando la del juzgado, desestimó su demanda contra Abanca Corporación Bancaria S.A. En la demanda, de modo principal, la demandante solicitaba una indemnización por los daños sufridos, según decía, como consecuencia del negligente cumplimiento por la entidad financiera del deber de información al cliente sobre las características y riesgos del contrato litigioso. El recurso va a ser desestimado.

Son antecedentes necesarios los siguientes.

1. El 12 de marzo de 2007, Aplidig S.L. suscribió con Abanca Corporación Bancaria S.A. (en adelante, Abanca) un contrato de préstamo por importe de 24 millones de euros destinado a adquirir acciones de la entidad Abengoa. En la misma fecha, las partes suscribieron otro contrato de swap ("cobertura de tipos").

El administrador de Aplidig S.L., Sr. Jose María, es doctor en ciencias económicas y catedrático de economía aplicada. Ha sido consejero del Banco de Granada Jerez, S.A. y del Banco Alcala, S.A., y ha tenido cargos en diversas empresas como Iberia, Unión Fenosa, Abengoa.

El 28 de febrero del 2011, Aplidig S.L. amortizó anticipadamente parte del préstamo, y también el contrato de swap, lo que implicó un coste de cancelación.

2. El 5 de junio de 2017, Aplidig S.L. interpuso demanda de juicio ordinario contra Abanca en la que solicitaba se dictara sentencia por la que se condene a la demandada a abonarle una indemnización por importe de 2 095 870,00 euros por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de los deberes de información prestados a su cliente. Subsidiariamente, Aplidig S.L. solicitaba la nulidad de la cláusula de cancelación (costes de cancelación) contenida en el contrato de swap, por entender que no supera el control de contenido ni de equilibrio de los arts. 5 y 7 LCGC; la cláusula de cancelación, se decía en la demanda, es incomprensible e incumple la buena fe contractual del art. 1258 CC. Subsidiariamente, Aplidig S.L. solicitaba la aplicación al contrato de swap de la cláusula *rebus sic stantibus*, con anulación completa, o en su caso moderación del contrato o de sus cláusulas más desequilibradas (como la que fija los parámetros económicos o la de los costes de cancelación), con indemnización a la actora en la diferencia.

3. La sentencia dictada en primera instancia desestima íntegramente la demanda.

El juzgado parte de que en la fecha en la que se celebró el contrato de swap (el 12 de marzo de 2007) no estaba en vigor la denominada normativa Mifid (transpuesta por la Ley 42/2007, de 19 de diciembre), pero advierte que el RD 629/1993, de 3 de mayo, y la redacción entonces vigente del art. 79 LMV ya imponían el cumplimiento de deberes de información a los clientes sobre los riesgos de productos como los swaps en función del perfil de los clientes y sus necesidades y preferencias inversoras. A continuación, el juzgado valora la prueba documental y testifical practicada, tiene en cuenta el objeto social de Aplidig S.L., la formación y cargos profesionales desempeñados por su administrador (Sr. Jose María) y concluye que no cabe apreciar incumplimiento de la obligación de informar generadora de indemnización de daños y perjuicios, ni error en el consentimiento. En particular, el fundamento de derecho octavo es del siguiente tenor:

"De la prueba documental practicada y en especial del testimonio de D. Luis María, Director de la Oficina en la que se instrumentalizó el préstamo resulta acreditado que él no negoció la operación, que la operación se ideó a otro nivel superior, a través de un acuerdo del Consejo y que a él se la entregaron para instrumentalizarla y que él no informó sobre el SWAP porque no es experto en coberturas, que esos temas los lleva la Mesa de Coberturas.



"Del testimonio de D. Luis Francisco , empleado de Abanca SA, que comercializó la cobertura, resulta acreditado que fue una operación singular de 24 000 000 millones (sic) de euros y era una operación a medida, que a él le llamó D. Jose Daniel , Director General Adjunto de la entidad, para que fuera a su despacho a explicarle al Sr. Jose María el SWAP, que se lo explicó en presencia del Sr. Jose Daniel en treinta o cuarenta minutos porque era una operación sencilla y que le explicó el coste de cancelación tanto de la cobertura como del préstamo y que se firmó a continuación y que el Sr. Jose María le pidió que bajara las tablas Blomberg.

"Ha quedado acreditado que el objeto social de la APLIDIG SL es la tenencia de valores de renta fija o variable mediante la constitución de sociedades ya constituidas, adquisición de bienes inmuebles, su conservación, arrendamiento o cesión, actividades de consultoría de gestión empresarial, actividades de contabilidad, entre otras.

"Así mismo ha quedado acreditado que el Sr. Jose María es Doctor en Ciencias Económicas y Catedrático de Economía Aplicada, que ha sido Consejero en una pluralidad de entidades bancarias, (Banco de Granada Jerez SA, Banco Alcalá, Abanca), y ostentado cargos directivos en multitud de empresas como apoderado, administrador o consejero (Iberia, Unión Fenosa, Abengoa Bioetanol, Telvent, Diario El País, Canal Satélite Digital...).

"Desde lo anterior no procede estimar que nos encontremos ante un perfil de cliente ignorante y desconocedor de la actividad bancaria y empresarial ya desde el objeto social de la empresa demandante, ya desde la profesión y actividad profesional desarrollada por su administrador en el momento de la firma del contrato, Sr. Jose María , ya desde la condición del socio único, Sr. Jose María . Si bien el SWAP que firmó le fue explicado previo examen de las tablas Blomberg de previsión de la evolución de los tipos de interés, los conceptos que pudieran ser más oscuros debieron ser advertidos por el firmante dada su formación y cualificación profesional por lo que la firma del documento, de escasas dos hojas, sin la completa comprensión de los efectos solo a él puede ser imputable ya que por su formación no era necesaria ninguna explicación sobre el producto pues de la simple lectura del contrato hubiera conocido y comprendido su contenido. Desde lo anterior no procede estimar ni incumplimiento de la obligación de informar generadora de indemnización de daños y perjuicios, ni error en el consentimiento determinante de la nulidad de la cláusula del coste de cancelación ya que el error no es excusable".

Finalmente, el juzgado también descarta la aplicación de la cláusula rebus por tratarse de un contrato aleatorio.

**4.** Aplidig S.L. interpone recurso de apelación en el que, como motivo principal, denuncia error en la valoración de la prueba porque, a su juicio, de la prueba practicada resultaba que la demandada incumplió la normativa legal que le era aplicable y, como consecuencia de la falta de información, ocasionó un daño a la demandante. Subsidiariamente en el recurso de apelación se reitera la solicitud de aplicación de la cláusula rebus por entender que no podía preverse el desplome de los tipos de interés en la fecha en que se firmó el contrato. En su recurso, Aplidig S.L. también denuncia incongruencia omisiva por no haberse pronunciado el juzgado sobre la nulidad por no incorporación por falta de claridad de la cláusula de cancelación contenida en el contrato de swap.

**5.** La Audiencia desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia del juzgado. Respecto del error en la valoración de la prueba, dando respuesta a las concretas denuncias realizadas por la apelante, en el fundamento segundo de la sentencia de la Audiencia se dice:

"1. La parte apelante alega que la Magistrada de Instancia no ha valorado de manera correcta la prueba. La primera queja es la mención que se hace en la sentencia al objeto social de la apelante. Es cierto que en la sentencia se hace dicha referencia. La parte apelante no funda su queja en que los datos sean incorrectos, sino que el objeto social no aporta datos relevantes. Lo cierto es que de los documentos nº 7 y 8 de la contestación se desprende que uno de los objetos sociales de la parte apelante es la tenencia de valores de renta fija y variable. Se trata de un dato que se debe valorar junto con otros, que es lo que hace la sentencia de instancia.

"2. Cargos del administrador de la apelante. Sigue diciendo la parte apelante que en la sentencia se dice que ha sido consejero de tres bancos, cuando lo cierto es que Banco Alcalá, S.A. es la denominación del Banco de Granada Jerez, S.A. La parte apelada señala que el primer banco fue adquirido por el segundo y que siguió teniendo personalidad jurídica. Lo cierto es que del documento nº 11 de la contestación se desprende que fue consejero de ambos bancos y que el segundo se encuentra extinguido. En todo caso lo que no se acredita con las pruebas practicadas que la versión dada en el recurso de apelación sea la correcta.

"3. Se indica que no es correcto el dato de que haya tenido cargos en entidad Canal Satélite Digital, S.L., cuando lo cierto es que en documento nº 11 de la contestación sí que consta (folio 244 de los autos).

"4. Es cierto que en la sentencia se indica que el Sr. Jose María fue consejero de Abanca, cuando lo correcto es que fue de la entidad Abanca Corporación Industrial y Empresarial, S.L.



"5. Consta que fue consejero y apoderado de Abengoa hasta su cese en el 2007 (reverso folio 254) y fue Vicepresidente ejecutivo de la citada entidad en el año 2007 (doc. nº 12 de la demanda). Se aporta informe de gestión de dicha entidad y año (doc. nº 13), en el que folio 16 dentro de factores de riesgo financiero se habla del empleo de instrumentos de cobertura, y en el folio 19 de que se utiliza en ocasiones determinadas los swaps (folio 280).

"6. Respecto a la cualificación del Sr. Jose María , ya hemos visto que es licenciado en económicas, doctor y catedrático de Economía Aplicada. La parte apelada defiende que su cualificación profesional no le atribuye especiales conocimientos sobre este tipo de contratos. Lo cierto que la parte apelante no acredita que concretas materias forman parte de la economía aplicada y por tanto su argumento expuesto en el primer párrafo del folio 6 de su recurso (folio 439). Sin que se pueda decir que ha desvirtuado con pruebas o argumentos lo indicado en la sentencia de instancia.

"7. Prueba testifical. Sobre la prueba testifical en el recurso se alega que no ha valorado correctamente. Respecto al Sr. Luis María , el recurso dedica dos páginas a analizar su declaración para concluir que de la misma se desprende que no se informó de la manera correcta. Se trata de unas alegaciones que no se pueden compartir. Como señala la parte apelada en su oposición, el citado testigo dice que se limitó a instrumentalizar la operación y que las explicaciones las dieron otros (1901" de la grabación), que se dedicó a instrumentalizarla (1627"), y que como tal se dedicó a tener reuniones con el Sr. Jose María para preparar los contratos y entregarle documentación (1716" a 1811") que es lo que precisamente indica la sentencia de instancia en el primer párrafo de su fundamento octavo.

"8. Testifical del Sr. Jose Daniel . La parte apelante destaca que dijera que no recuerda que se explicara el coste de cancelación. Lo que sucede es que, como dice la parte apelada, no recordar que se explicara y no explicarlo son dos conceptos distintos. Indica que fue la persona que firmó el contrato litigioso en nombre de la entidad. Que dijo que no se explicó con detalle, pero sí las partes fundamentales (340"). Se trata de un dato que sería relevante si fuera la única persona que explicó el producto. Destacar que no es controvertido que también intervino el Sr. Luis Francisco .

"9. Testifical del Sr. Luis Francisco . También discute la valoración que hace la sentencia del testimonio del Sr. Luis Francisco . Es cierto que dice que le llamó el Sr. Jose Daniel para que bajara a su despacho para explicar el producto a un cliente y que así lo hizo (3444"). De esta declaración pretende anudar que no hubo ninguna explicación precontractual previa a la firma, porque el testigo indica que dio las explicaciones el día de la firma (5707"). Cuando lo cierto es que el Sr. Luis María , manifiesta, como hemos visto, que tuvo conversaciones y reuniones con el cliente para revisar el contrato. Manifestación que viene corroborada por el email que el Sr. Jose María envió al Sr. Luis María el día 26 de octubre del 2008 en que hacía unas modificaciones al contrato por el que se tenía que establecer la prenda sobre las acciones que se financiaban con el préstamo (doc. nº 14 de la contestación, folio 287).

"10. La parte apelante alega que yerra la sentencia cuando dice que el Sr. Luis Francisco explicó la cancelación del producto. Examinada la grabación se puede comprobar que el testigo indicó lo que se dice en 7º párrafo del folio 17 de la oposición (3559" a 3640"), y como en dicho momento habló de las cancelaciones. Pero es que del documento nº 20, ya analizado, se desprende que el Sr. Jose María tenía interés en conocer el coste de cancelación. En el citado documento hay otros emails del Sr. Jose María con la misma finalidad (reverso folio 324). Y lo mismo sucede en el documento nº 21. Respecto a la amortización del préstamo realizado en febrero del 2011, consta que se le envió a la parte apelante un email el día 7 de febrero del 2011 en el que se sugería ir cancelando la cobertura, se indicaba que el coste era de 1.253.000 euros, y se pedía la confirmación. Sin que conste la respuesta que se dio. En todo caso los emails citados permiten suponer que la existencia de un coste de cancelación no era ninguna sorpresa para la apelante.

"11. También critica la parte apelante que el tiempo que dice el testigo Sr. Luis Francisco que duró sus explicaciones, entre 30 y 40 minutos, son insuficientes para explicar el producto. Sin embargo, no se aporta ningún dato o prueba que permita llegar a dichas conclusiones. Sin olvidar que ya hemos visto que de las pruebas se desprende que se había remitido la documentación de los contratos a la parte apelante para su estudio.

"12. Se hace hincapié en el recurso que el Sr. Luis Francisco reconoce que no sabía la formación del Sr. Jose María , algo que es cierto, como también lo es que declara que a su juicio el Sr. Jose María estaba familiarizado con el producto (37 07"). Impresión que es muy plausible que se diera en una reunión de una duración entre 30 y 40 minutos. Y que el Sr. Luis Francisco reconoce que en la reunión previa al contrato no se aportaron las curvas tipo Forward de Bloomberg y que en cambio sí que lo hiciera en una reunión posterior celebrada años después. Todo lo anterior es cierto, como lo es que el Sr. Luis Francisco indica que aportó dichas curvas a petición del Sr. Jose María (5759").



"13. Prueba documental. En el recurso se insiste en que en febrero del 2011 se dieron cuenta de la existencia de un coste de cancelación. Sin embargo, la parte no hace referencia al documento nº 20 de la demanda, que son emails enviados al Sr. Jose María. Consta email enviado el día 9 de octubre del 2007 al Sr. Jose María en el que se indica que "adjunto le envié archivo con la valoración del producto de cobertura de tipos a día de hoy". Más explícito es el siguiente email enviado el día 2 de julio del 2008 en el que se indica que se adjunta la valoración actual y la anterior (de 9-10-07) para que se viera la evolución, es decir la que se remitió en el primer email citado, y se indica que en ese momento tiene "un valor a su favor de 869.612 euros" (folio 319). Posteriormente se envía otro email el día 9 de diciembre del 2008 en el que dice que "siguiendo sus instrucciones" se aporta la valoración del swap, que arrojaba un valor en su contra de 734.933,84 euros, advirtiendo que fluctúa constantemente. También se advierte que si la cancelación del 50% del préstamo, implica la cancelación del 50% del Swap (reverso del folio 320). El Sr. Luis Francisco indicó en la vista, que él no enviaba los costes de cancelación, pero que lo hacía un miembro de su equipo en atención a la relación que había tenido con el Sr. Jose María (3716)". Afirmación que como hemos visto viene apoyada por la prueba documental citada y que viene a desvirtuar la afirmación hecha en el recurso de que no se tuvo constancia de la existencia de un coste de cancelación hasta febrero del 2011.

"14. La parte apelante ha indicado que la sentencia no valora el documento nº 4 en su justa medida. En el mismo, de fecha 5 de julio del 2007, el Sr. Luis María indica que "le envié copia del contrato de seguro" Se trata de un documento que tendría más importancia si hubiera sido el Sr. Luis María quien explicó el producto, algo que no sucedió. Sin olvidar que en el citado email se explica en síntesis el funcionamiento del seguro.

"15. También se afirma en el recurso que el Sr. Luis Francisco no conocía los criterios del Banco de España sobre el hecho que el swap solo debe empezar a funcionar una vez finalizado el periodo de interés fijo. No se discute que dicho contrato tenía un periodo de interés fijo. Lo cierto es que no se indican dónde están aportadas dichas recomendaciones. Señalar que el Sr. Luis Francisco dio una explicación sobre este hecho que no parece irrazonable, ya que indica que de no hacerlo así se podría afectar al tipo de interés aplicado.

"16. En el recurso se alega que el texto del contrato marco y de la confirmación es confuso y no advierte de la existencia de la posibilidad de tener pérdidas en el expositivo III del contrato marco. Es cierto que se utiliza la expresión "anular o minorar los beneficios", pero también es que en las condiciones generales 2ª y 4ª se establecen de manera clara que de este contrato se derivaran obligaciones de pago, y que el obligado al pago puede ser el banco o el cliente.

"17. Prueba pericial. Se indica que el coste ha sido superior al que inicialmente era previsible como consecuencia de que no fueran correlativos el nocional del swap con el del préstamo. El perito indica que el efecto que se tendría que haber conseguido es que el coste del préstamo fuera del 4,15% y que en cambio el coste estuvo entre 4,435 y 4,661% (folio 8 del informe pericial) La parte apelada dice que el objetivo era estabilizar el tipo de interés en torno al 4,55% y que ese efecto se consiguió. Hay que indicar que la parte apelada pone de manifiesto que la cobertura se aplica sobre el Euribor aplicado, pero no sobre el diferencial pactado en el contrato de préstamo, que en este caso era del 0,40%, lo que explicaría la diferencia (folio 4 del doc. nº 1 de la demanda). Pero es que se debe recordar que la cancelación parcial del swap se produjo como consecuencia de la amortización parcial del préstamo.

"18. Jurisprudencia y normativa aplicable. Respecto a la normativa aplicable respecto al derecho de información en el momento de la firma del contrato, nos remitimos a lo indicado en el fundamento de derecho decimo de la sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, sec. 1ª, S 12-07-2018, nº 447/2018, rec. 561/2016

"19. La sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, sec. 1ª, de 28-09-2018, nº 537/2018, rec. 3778/2015 establece:

""El incumplimiento de los deberes de información, como hemos visto, aunque no determina la nulidad por error, permite presumir el error. Lo que no impide que esta presunción pueda contradecirse si se constata que el cliente conocía el producto y sus riesgos cuando contrató.

"En este caso ese conocimiento se puede inferir de hechos acreditados en la instancia que, sin embargo, no fueron valorados por el tribunal de apelación para juzgar sobre la existencia de error vicio: i) el demandante, aunque estaba jubilado (si al presentar la demanda afirma tener 61 años, al contratar las primeras preferentes debía tener alrededor de 58 años), había sido empleado de un banco durante muchos años (apoderado de Santander Consumer Finance, desde 1991, de Banco Central Hispanoamericano desde 1995 y de Banco Santander desde 1999), llegando a ser, incluso, director de una sucursal del Banco Santander; ii) él mismo, al rellenar el test de conveniencia, declaró que tenía una "profesión relacionada con los mercados financieros" y conocía "los mercados de valores, los instrumentos financieros y los riesgos derivados de invertir en los mismos".



"El hecho de que el propio demandante hubiera declarado en el test de conveniencia que tenía una profesión relacionada con los mercados financieros, lo que queda ratificado porque había sido director de una sucursal bancaria desde 1999, en un tiempo en que empezaba la comercialización generalizada de productos financieros complejos, corrobora la veracidad de lo que también declaró en el test de conveniencia de que conocía los mercados de valores, los instrumentos financieros y los riesgos derivados de invertir en ellos.

"A la vista de lo anterior y de la jurisprudencia expuesta, debía concluirse que, aunque no hubiera habido prueba suficiente de que el banco había proporcionado información sobre la naturaleza del producto y sus riesgos, el cliente lo conocía, razón por la cual el consentimiento que prestó en las cuatro adquisiciones de participaciones preferentes no estaba viciado de error invalidante."

"20. Y la sentencia de Tribunal Supremo Sala 1ª, 22-03-2017, nº 195/2017, rec. 1601/2014 establece: Es jurisprudencia constante de esta sala que; "lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información expuestos, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Sin perjuicio de que en estos casos hayamos entendido que la falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. No es que este incumplimiento determine por sí la existencia del error vicio, sino que permite presumirlo" (sentencia 560/2015, de 28 de octubre, con cita de la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014).

"21. Respecto a la alegación de que la parte apelada tenía conocimiento de la evolución de los tipos se debe citar la sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, sec. 1ª, de 22-11-2018, nº 665/2018, rec. 822/2016 que señala que: "Esta sala comparte la valoración de la instancia. Si el cliente conoce la naturaleza del producto y sus características, por el hecho de que sus expectativas económicas se vieran defraudadas como consecuencia de la evolución de los tipos de interés no puede apreciarse error vicio del consentimiento y declarar la nulidad del contrato. Puesto que, según ha quedado acreditado en la instancia, a la vista de los hechos declarados probados, la entidad cumplió sus deberes de información, las consecuencias contractuales negativas como consecuencia de las liquidaciones producidas no son imputables a la demandada, sino a la evolución de los tipos de interés, que no dependían de ella".

"22. Aplicando la anterior doctrina al caso de autos determina (sic) que las conclusiones de la magistrada de instancia no han quedado desvirtuadas y en consecuencia se debe desestimar este motivo del recurso".

La Audiencia, a continuación, descarta que la cláusula referida a la cancelación no se hubiera incorporado al contrato. Finalmente, rechaza la aplicación de la cláusula *rebus* en atención a que se trata de un contrato aleatorio.

6. Aplidig S.L. ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de apelación.

**SEGUNDO.-** *Recurso de casación. Planteamiento. Oposición de la parte recurrida*

1. La recurrente ya no mantiene las pretensiones ejercidas en la instancia dirigidas, de una parte, a que se declare la no incorporación de las cláusulas sobre los costes de cancelación, y, de otra, a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. El recurso de casación se funda en un motivo en el que, al amparo del art. 477.2.2.º LEC, denuncia la infracción del art. 1101 CC, por falta de aplicación, a los efectos de que se estime la acción de indemnización de daños y perjuicios solicitada por el negligente cumplimiento por la entidad financiera, Abanca, de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información y el perjuicio finalmente producido.

La parte recurrente explica que la infracción que denuncia del art. 1101 CC se asienta en los siguientes presupuestos de la acción indemnizatoria: incumplimiento de la obligación de información que se denuncia con base en la normativa bancaria aplicable al presente caso (PreMifid); en relación con el art. 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, y con el art. 5 del RD 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores. Alega que esto es así, particularmente, por la ausencia de información precontractual en la suscripción del swap de tipos de interés de 12 de marzo de 2007. Añade que, asimismo, la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial de esta sala sobre los criterios que deben regir en la valoración del perfil del cliente como causa de exclusión de imputación de la responsabilidad de la entidad financiera por los daños ocasionados al cliente, como consecuencia del negligente cumplimiento de su obligación de información en la contratación del referido swap.

En el recurso se afirma que es un hecho acreditado la ausencia de información precontractual y el incumplimiento por parte de Abanca de la exigente regulación de la información que debió suministrar a la



recurrente, y ello en atención a la existencia de un servicio de asesoramiento financiero. Se refiere a la firma simultánea del préstamo y el contrato de swap, del que dice no recibió con carácter previo información sobre las características del producto financiero ni del riesgo que asumía, sino que se le envió solo meses después recordándole el carácter de "seguro" contra los tipos de interés. Se refiere también a que no consta que el Sr. Jose María (administrador y accionista único de la demandante ahora recurrente) hubiera suscrito con anterioridad un swap y afirma que la *ratio decidendi* de las dos sentencias e instancia es la valoración del perfil del Sr. Jose María, en su formación y cualificación profesional, lo que llevaría a la sentencia recurrida a excluir la imputación de la responsabilidad de la entidad financiera por los daños ocasionados al cliente.

2. La demandada recurrida, en su escrito de oposición, ha alegado causas de inadmisibilidad del recurso. En síntesis, afirma que el recurso adolece de un defecto de técnica casacional consistente en enunciar de modo acumulado en un único motivo de casación infracciones diversas y/o de heterogénea naturaleza. La parte recurrida denuncia el defecto de técnica casacional consistente en hacer supuesto de la cuestión, por no respetar la base fáctica declarada probada por la sentencia recurrida y sin que los hechos declarados probados hayan sido simultáneamente cuestionados de adverso mediante la formulación del oportuno recurso extraordinario por infracción procesal. La recurrida se opone también a la estimación del recurso porque entiende que la sentencia recurrida declara probado que la demandada proporcionó información suficiente, atendidas las circunstancias concurrentes y el perfil del Sr. Jose María, lo que es conforme con la doctrina de la sala sobre la relevancia del perfil avezado del contratante que pretende la declaración de responsabilidad conforme al art. 1101 CC.

### **TERCERO.- Decisión de la sala. Desestimación del recurso por concurrir causas de inadmisión**

1. Como recuerda la sentencia 925/2022, de 19 de diciembre, es criterio jurisprudencial asentado el que proclama que, en el recurso de casación, sólo 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).

Los motivos del recurso de casación, por tanto, 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 resolución del tribunal provincial considere acreditados (entre otras, sentencias 484/2018, de 11 de septiembre, 2/2019, de 8 de enero, 935/2022, de 19 de diciembre, 348/2023, de 6 de marzo).

Asimismo, tiene declarado la sala, al decidir sobre la admisión de los recursos de casación, que debe combatirse en ellos los argumentos empleados para resolver las cuestiones objeto de debate que constituyan *ratio decidendi* (AA 30 de octubre y 4 de diciembre de 2007). La impugnación debe dirigirse contra la fundamentación de la resolución que tenga carácter decisivo o determinante del fallo, es decir, que constituya *ratio decidendi* ( SSTS 238/2007, de 27 de noviembre, 1348/2007 de 12 de diciembre, 53/2008, de 25 de enero, 58/2008, de 25 de enero, 597/2008, de 20 de junio, entre otras).

La concurrencia de la causa de inadmisión prevista en el art. 483.2.2.º y 4.º LEC se convierte, en este momento procesal, en causa de desestimación del recurso ( sentencias de esta sala 72/2009, de 13 de febrero; 33/2011, de 31 de enero; 564/2013, de 1 de octubre; 25/2017, de 18 de enero; 108/2017, de 17 de febrero; 146/2017, de 1 de marzo; 574/2020, de 4 de noviembre). A lo que no obsta que en su día el recurso fuera admitido a trámite, dado el carácter provisorio de dicha admisión inicial, por hallarse sujeta a un examen definitivo en la sentencia ( sentencias 97/2011, de 18 de febrero; 548/2012, de 20 de septiembre; y 109/2017, de 17 de febrero).

El Tribunal Constitucional ha afirmado en numerosas resoluciones que "la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede volverse a abordar o reconsiderarse en la sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar, en su caso, a un pronunciamiento de inadmisión por falta de tales presupuestos" (por todas, SSTC 32/2002, de 11 de febrero; 204/2005, de 18 de julio; 237/2006, de 17 de julio; 7/2007, de 15 de enero; 28/2011, de 14 de marzo; 29/2011 de 14 de marzo; 69/2011, de 16 de mayo; y 200/2012, de 12 de noviembre).

2. Si esta doctrina se aplica al recurso enjuiciado, éste no habría de admitirse y en este trance procesal acarrearía su desestimación, pues solo desde la omisión total o parcial de los hechos que la Audiencia considera acreditados o atacando algo diferente a lo que constituye la *ratio decidendi* de su fundamentación podría alcanzarse un fallo distinto al recurrido. En el recurso se entremezclan cuestiones fácticas y jurídicas y de ese modo se pretende, por cauce inidóneo, modificar los hechos probados de la sentencia recurrida.



La razón por la que la Audiencia Provincial ha desestimado el recurso de apelación de la demandante no es, como reitera a lo largo del escrito la recurrente, "única o exclusivamente" o de manera "nuclear" el perfil del cliente.

La sentencia tampoco parte, contra lo que dice la recurrente, de que ese perfil exima a la entidad de toda obligación de información, ni considera suficiente que en atención a ese perfil pudiera bastar con que el administrador de la recurrente leyera el contrato en el momento de su contratación.

La sentencia recurrida no dice que sea determinante el objeto social de la demandante ni el perfil académico y profesional de su administrador y accionista único, pero confirma el criterio de la sentencia del juzgado acerca de que son datos que se deben valorar junto a otros a la hora de apreciar si a la demandante se le suministró una información adecuada a su perfil con antelación suficiente sobre la naturaleza y riesgos del producto contratado, lo que por lo demás es conforme a la doctrina de la sala (sentencias 651/2018, de 20 de noviembre, y 665/2018, de 11 de noviembre).

La sentencia recurrida tiene en cuenta otros datos, como resulta de la respuesta que ofrece a las alegaciones planteadas por la demandante en su recurso de apelación. En particular, la Audiencia, considera acreditado, a la vista de la testifical y de la documentación aportada, que, contra lo que se alegaba en la demanda y luego en el recurso de apelación, hubo conversaciones y reuniones con el cliente para revisar el contrato, que se le remitió la documentación de los contratos para su estudio, que el Sr. Jose María conocía que podía haber un coste de cancelación (y expresamente rechaza que el administrador no tuviera constancia de la existencia de un coste de cancelación hasta febrero de 2011), en definitiva que el Sr. Jose María estaba familiarizado con el producto.

En el recurso de casación no podemos dejar de partir de los hechos que la Audiencia entiende acreditados, y la recurrente pretende contradecir esa valoración probatoria, sin que ello sea posible en casación, pues ha de partirse de lo acreditado en la instancia, y es sobre la base de esos hechos sobre los que se puede tratar de fundar la infracción normativa.

En consecuencia, no encontramos razones para advertir en el enjuiciamiento de la Audiencia una vulneración de las normas legales sobre los reseñados deberes de información y su evaluación como título de imputación de responsabilidad ex art. 1101 CC a la entidad demandada, razón por la cual se desestima el recurso de casación.

#### **CUARTO.- Costas**

La desestimación del recurso determina la imposición de las costas devengadas por el mismo a la parte recurrente.

#### **FALLO**

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

**1.º-** Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Aplidig, S.L. contra la sentencia dictada el 22 de mayo de 2019, completada por auto de 9 de septiembre de 2019, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19.ª, en el rollo de apelación n.º 167/2019, dimanante del juicio ordinario n.º 529/2017, seguido ante Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Madrid.

**2.º-** Confirmar la sentencia recurrida.

**3.º-** Imponer a la parte recurrente las costas de la casación, con pérdida del depósito constituido 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.