

Roj: **ATS 16429/2022 - ECLI:ES:TS:2022:16429A**

Id Cendoj: **28079110012022207361**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/11/2022**

Nº de Recurso: **4461/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Auto**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Auto núm. /

Fecha del auto: 23/11/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 4461 /2020

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Procedencia: Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: AAH/AAM

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 4461/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a 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 23 de noviembre de 2022.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. presentó escrito en el que interpuso los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal contra la sentencia dictada en



segunda instancia, el 18 de mayo de 2020, por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6.^a, en el rollo de apelación n.^o 927/2019, manante del juicio ordinario n.^o 28/2019, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.^o 3 de Valencia.

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. Esteban Jabardo Margareto, en nombre y representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., como parte recurrente, y la procuradora D.^a Cristina Borrás Boldova, en nombre y representación de D. Cirilo, como parte recurrida.

CUARTO.- Por providencia de 21 de septiembre de 2022 se acordó, en cumplimiento de los artículos 473.2.II y 483.3 LEC, poner de manifiesto a las partes recurrente y recurrida comparecidas ante este Tribunal, la posible concurrencia de causas de inadmisión de los recursos, que consta notificada.

La representación procesal de la entidad bancaria recurrentes ha presentado escrito exponiendo las razones por las que los recursos deben ser admitidos.

La representación procesal del recurrido ha presentado escrito exponiendo las razones por las que los recursos no deben ser admitidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal se han interpuesto por quien ha sido parte demandada en un juicio ordinario promovido por quien aquí es parte recurrida, sobre indemnización de perjuicios derivados de la contratación de una adquisición de acciones del banco demandado financiada con un préstamo con derivado implícito, por incumplimiento del deber de información, contra la sentencia dictada en segunda instancia en la que se estimó la demanda.

Atendida la clase y cuantía del proceso, nos encontramos ante un juicio que accede al recurso de casación en su modalidad de existencia de interés casacional de conformidad con lo previsto en el artículo 477.2.3.^o LEC, por lo que en aplicación de la d. f. 16^a.1.5^a.II LEC debe decidirse en primer término si procede la admisión del recurso de casación, ya que de no ser así la inadmisión del recurso de casación comportaría la improcedencia del recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- El recurso de casación se articula en dos motivos en los que concurren las causas de inadmisión que se examinan seguidamente.

1. En el encabezamiento del motivo primero se denuncia la infracción de los arts. 1101, 1103, 1104 y 1107 CC y se alega la modalidad de interés casacional de existencia de jurisprudencia contradictoria entre audiencias provinciales "en materia de derivados implícitos en cuanto a la indemnización de daños y perjuicios deducidos del incumplimiento en los deberes de información en la contratación de derivados implícitos".

El motivo así formulado incurre en las siguientes causas de inadmisión

i) Falta de acreditación del interés casacional, prevista en el art. 483.2.3.^o LEC, en el aspecto alegado de existencia de jurisprudencia contradictoria entre audiencias provinciales.

Por lo que respecta al interés casacional en su aspecto de existencia de jurisprudencial contradictoria de las audiencias provinciales, se exige que se invoquen al menos dos sentencias dictadas por una misma sección de una audiencia provincial en las que se decida colegiadamente en un sentido y al menos otras dos, procedentes también de una misma sección de una audiencia provincia, diferente de la primera, en las que se decida colegiadamente en sentido contrario; en uno de estos dos grupos debe figurar la sentencia recurrida. Debe además la parte recurrente expresar el modo en que se produce esa contradicción y exponer la identidad de razón entre cada punto del problema jurídico resuelto en la sentencia recurrida y aquel sobre el que versa la jurisprudencia contradictoria invocada (STS 430/2017, de 7 de julio).

No es esto lo que se hace en el motivo. El banco recurrente se limita a citar los datos de identificación de cuatro sentencias, pertenecientes a tres órganos de segunda instancia, y a transcribir un pasaje de cada una de ellas. No expone la identidad del problema jurídico que tratan, ni qué criterio sostienen, ni indica cómo se produce la contradicción de criterios.

Corresponde a la parte recurrente acreditar el interés casacional y no corresponde a esta sala -ni lo permiten los principios de igualdad de partes, defensa y contradicción- averiguar cómo entiende la parte recurrente que se produce la contradicción de criterios, máxime si de los párrafos transcritos de las sentencias ni siquiera se advierte, aun indiciariamente, que todas ellas se refieran a idéntico problema jurídico.



ii) Incumplimiento de los requisitos de desarrollo del motivo, prevista en el art. 483.2 LEC.

Estamos ante un motivo de tipo alegatorio, más propio de las instancias que de un recurso de casación, en el que se mezclan dos temas jurídicos diversos: i) la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño que se ha declarado indemnizable, que se niega que exista en este caso y se centra en la improcedencia de incluir como perjuicio la pérdida del valor de las acciones, y ii) la posible moderación de la responsabilidad como facultad del juez. Además, se alude también en el motivo a la inexistencia de una operación financiera global sino de dos negocios, se alude también a que no se ha descontado de la indemnización las ganancias obtenidas por dos conceptos diversos (dividendos y acciones recibidas por ampliación de capital), y concluye exponiendo que, de existir el perjuicio ocasionado, debería quedar circunscrito a la diferencia entre contratar un préstamo con derivado implícito o un préstamo a tipos de mercado sin ningún tipo de cobertura (que es la verdadera finalidad del motivo y sobre lo que ha debido acreditarse el interés casacional), todo ello, además, sin respetar la base fáctica de la sentencia recurrida (como después se verá) con transcripciones parciales de sentencias de esta sala (de las que subraya y destaca en letra negrita algunas de sus frases, técnica rechazada por este tribunal; ATS de 19 de julio de 2017, rec. 23/2015).

El recurso de casación no es una tercera instancia en la que volver a someter al tribunal la posición que la parte ha mantenido durante el litigio, sino que debe plantearse de manera precisa el concreto tema jurídico a que se refiere el motivo, sobre el que debe acreditarse, en la modalidad que ahora nos ocupa, de existencia de interés casacional, sin mezclar temas jurídicos diversos que exigen un tratamiento separado.

iii) Carencia manifiesta de fundamento, prevista en el art. 483.2.4.º LEC, ya que no se respeta la base fáctica de la sentencia recurrida.

En el motivo, se afirma que "estamos ante un inversor habitual, que buscó el negocio y conocía perfectamente sus características", que el demandante "comprendía perfectamente el negocio suscrito", que "solicitó dar cobertura a los tipos de interés y abonarlos en momento coincidente con el cobro de dividendos, con pleno conocimiento de los efectos y características del derivado", que "no existió incumplimiento en los deberes de información con respecto a la suscripción del préstamo, ni de las acciones de BBVA, pues fue un negocio pensado y urdido por el propio demandante de acuerdo a sus intereses", en definitiva, afirma el banco recurrente del hecho de que el cliente conocía el riesgo del producto, hecho que no deriva de la base fáctica de la sentencia recurrida.

En este sentido, hemos reiterado que el recurso de casación debe respetar la base fáctica de la sentencia recurrida, ya que otra cosa supondría convertirlo en una tercera instancia (STS 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 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 (STS de 22 de marzo de 2012, RC n.º 364/2007, 19 de julio de 2012, RIPC n.º 1542/2009). Como dijimos en la STS núm. 2/2019, de 8 de enero, rec. 2418/2016, y en las resoluciones que en ella se citan, es doctrina de esta sala que 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 Audiencia Provincial considere acreditados (petición de principio o hacer supuesto de la cuestión).

Para agotar la respuesta al motivo, conviene recordar que, según hemos declarado en la STS 61/2021, de 8 de febrero, rec. 3527/2018.

"(...) es necesario concurra una relación de causalidad entre el negligente incumplimiento de la entidad financiera de sus obligaciones dimanantes del deber legal de informar y el resultado dañoso producido. Esta relación causal fue declarada concurrente, por ejemplo, en la sentencia 608/2020, de 12 de noviembre, con base en los argumentos siguientes:

En el presente caso, la falta de información sobre los riesgos supuso que la demandante contratara un producto del que desconocía que le podía acarrear graves pérdidas económicas, derivadas de las liquidaciones negativas producto de la bajada continuada de los intereses. Por lo que la relación causal entre la decisión de invertir sin tener la información precisa sobre los riesgos adquiridos y la materialización de tales riesgos en forma de disminuciones patrimoniales por cargos por liquidaciones negativas es directa.

Para romper dicha relación de causalidad, la parte demandada, obligada legalmente a la prestación de la información con antelación suficiente (art. 79 bis LMV), tendría que haber probado que, pese a no haber ofrecido esa información, el cliente conocía los riesgos del producto. Lo que no ha sucedido".



Este es el criterio que sigue la sentencia recurrida al apreciar el nexo de causalidad entre el incumplimiento del banco de deber de informar y los perjuicios padecidos por el demandante.

Por otra parte, en relación con la tesis del motivo -el quantum indemnizatorio debe limitarse a la diferencia entre contratar un préstamo con derivado implícito o un préstamo a tipos de interés de mercado y sin ningún tipo de cobertura- el banco recurrente no combate adecuadamente las declaraciones de la sentencia recurrida según las cuales estamos ante un negocio unitario, ante una "operación única", no ante dos operaciones en las que la compraventa de acciones quede desvinculada del préstamo (declaración que basa en los datos que aportan los informes periciales sobre conocimientos técnicos del mercado financiero y la evaluación del riesgo en esta clase de negocios con contratación de un producto financiero, acciones de la propia entidad que financia al 100%, e impone el derivado financiero que bloquea el interés variable e impone la pignoración de las acciones en garantía del cumplimiento), que es lo que lleva a la sentencia recurrida a declarar que el perjuicio "debe valorarse en términos globales por lo que no es posible desvincular la compraventa de acciones, con la financiación íntegra de la operación a través de un préstamo con derivado implícito".

Estos razonamientos se eluden en el motivo. Si la sentencia recurrida, desde los datos que le aporta un informe pericial califica el negocio como unitario porque se diseñó el negocio como una compra de acciones financiada al 100% con un préstamo con derivado financiero con la imposición de la pignoración de las acciones en garantía del cumplimiento, no puede limitarse el banco recurrente a negar la existencia de un negocio unitario porque, según afirma, el cliente podría haber destinado el préstamo a cualquier otro fin. Y también elude el banco recurrente las declaraciones de la sentencia recurrida sobre el conocimiento del banco recurrente de la tendencia a la bajada de los tipos de interés y del precio de cotización de las acciones y la transmisión del riesgo al cliente.

Hemos reiterado que en el recurso de casación deben combatirse los razonamientos de la sentencia recurrida, ya que, como se ha dicho no es una tercera instancia en la que reproducir sin más la controversia.

2. En el encabezamiento del motivo segundo se denuncia la infracción del art. 1895 CC en relación con el enriquecimiento injusto, y se alega interés casacional por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del enriquecimiento injusto.

El motivo así formulado incurre en la causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento, prevista en el art. 483.2.4.º LEC.

En el motivo se contienen dos tipos de alegaciones, de un lado las que van dirigidas a sostener que, para fijar la indemnización, no se han tenido en cuenta todas las ganancias que obtuvo el demandante de las acciones, y que de existir incumplimiento en los deberes de información con respecto al derivado implícito no puede extenderse el eventual daño a la compraventa de acciones.

Respecto a la primera de las cuestiones, concurre la indicada causa de inadmisión ya que atender a las alegaciones del banco recurrente pasaría por una nueva revisión de la valoración de las pruebas periciales que no es posible en el recurso de casación.

Conviene recordar que las conclusiones de hecho que sirven de base a la sentencia recurrida -la de apelación-solo pueden ser impugnadas de forma excepcional, al amparo del ordinal 4.º del artículo 469.1 LEC, siempre que, conforme a la doctrina constitucional, la valoración de la prueba no supere el test de la razonabilidad exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE (SSTS 101/2011, de 4 de marzo, 263/2012, de 25 de abril, 418/2012, de 28 de junio, 262/2013, de 30 de abril, y 235/2016, de 8 de abril; SSTS 418/2012, de 28 de junio, 262/2013, de 30 de abril, 44/2015, de 17 de febrero y 208/2019, de 5 de abril, en las que se reitera la excepcionalidad del control de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de segunda instancia).

Respecto a la segunda de las cuestiones, concurre la indicada causa de inadmisión ya que no se combate el razonamiento de la sentencia recurrida, como se ha dicho al examinar el motivo primero cuyas consideraciones han de darse aquí por íntegramente reproducidas; si la sentencia recurrida, con fundamento en los datos técnicos derivados de los informes periciales, ha llegado a la conclusión de que estamos ante un negocio único a los efectos de cuantificar las pérdidas patrimoniales del demandante, deberá combatirse este razonamiento y, como en el motivo anterior, no se ha hecho por el banco recurrente.

TERCERO.- La inadmisión del recurso de casación comporta la improcedencia del recurso extraordinario por infracción procesal, de acuerdo con la d. final 16.º LEC.

En todo caso, el motivo único articulado incurre en la causa de inadmisión prevista en el art. 473.2.2 LEC, porque no combate el criterio de la sentencia recurrida.

En el motivo, formulado al amparo del art. 469.1.2.º LEC, se denuncia como infringido el art. 218 LEC.



Las alegaciones iniciales del desarrollo motivo van dirigidas a discrepar de la declaración de la sentencia recurrida, según la cual, las alegaciones efectuadas por el banco entonces apelante sobre la confirmación del contrato controvertido que se habría producido por la firma de otro contrato el 10 de abril de 2012 de las mismas características, constituyen una cuestión nueva.

Pues bien, el banco recurrente no combate el razonamiento de la sentencia recurrida. Considera la Audiencia, en lo esencial, que no podía plantearse esa cuestión porque es requisito para el examen en segunda instancia, según el art. 456.1 LEC, que la pretensión se haya formulado antes en primera instancia.

Frente a ello el banco recurrente alega que la sentencia recurrida desestima el recurso de apelación por introducir hechos nuevos en la segunda instancia aunque se aportó como prueba documental con la contestación a la demanda un extracto donde consta la adquisición del producto, que se aludía a una novación en el escrito de contestación, o que -dice el banco recurrente de manera imprecisa- "se puso de manifiesto" (no aclara exactamente qué es lo que se puso de manifiesto) en el juicio, en la testifical y en las conclusiones. Y expone que es un hecho muy relevante "pues al suscribirse con posterioridad un producto de idénticas características confirmaría el negocio jurídico objeto de litis"

Lo que declara la sentencia recurrida es que en la primera instancia no se planteó una cuestión jurídica concreta, y eso es lo que debe combatirse y no se ha hecho. Si el banco recurrente planteó la cuestión jurídica - la confirmación del contrato- en la primera instancia deberá precisar cuándo y cómo lo hizo, porque la sentencia recurrida no niega que conste el hecho de una contratación en el año 2012 (que es a lo que se refiere el banco recurrente cuando alude a la prueba documental consistente en el extracto de las cuentas del demandantes), tampoco niega que en la contestación a la demanda se citara una novación (como se dice por el banco recurrente), ni se niega cuestión alguna relacionada con esa contratación en relación con el resultado de la prueba testifical o de las conclusiones del juicio (como también se expone por el recurrente).

Por otra parte, no puede dejar de añadirse que la acción ejercitada es de indemnización de perjuicios, no de nulidad por error vicio, por lo que no se entiende que el banco recurrente quisiera plantear la confirmación de la validez del negocio jurídico impugnado, y que ahora en el motivo sostenga la relevancia del contrato de 2012 porque "confirmaría el negocio jurídico objeto de litis". Es un tema por completo ajeno al ámbito de la controversia que se enmarca en una acción de indemnización de perjuicios.

Lo cierto es que -como se advierte del desarrollo del motivo, lo que pretende el banco recurrente es que con la firma del contrato de 2012 y demás elementos probatorios a los que se alude se llegue a la conclusión de que el cliente tenía experiencia inversora y entendía el producto.

Que la sentencia recurrida no haya tenido en cuenta una prueba que el banco recurrente consideraba relevante para acreditar la experiencia inversora del cliente no tiene nada que ver con los requisitos de congruencia, motivación y exhaustividad de la sentencia a los que se refiere el art. 218 LEC denunciado en el encabezamiento del motivo.

Una cosa es que, según parece que sostiene el banco recurrente, no hubiera cuestión nueva, y otra distinta que -según parece que también sostiene el banco recurrente- haya prueba de la experiencia inversora del cliente, y no pueden mezclarse ambos temas en un motivo de este recurso.

Como antes se ha dicho, las cuestiones probatorias solo pueden plantearse por la excepcional vía del ordinal 4.º del artículo 469.1 LEC, siempre que, conforme a la doctrina constitucional, la valoración de la prueba no supere el test de la razonabilidad exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE.

CUARTO.- Cuanto se ha expuesto impide tener en consideración las alegaciones del banco recurrente efectuadas en el trámite de audiencia previo a esta resolución.

QUINTO.- Abierto el trámite de audiencia previo a esta resolución y efectuadas alegaciones por el recurrido, procede imponer las costas de los recursos al banco recurrente, que perderá el depósito constituido.

SEXTO.- En cumplimiento de 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.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

1º) Inadmitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 18 de mayo de 2020, por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6.ª, en el rollo de apelación

n.º 927/2019, dimanante del juicio ordinario n.º 28/2019, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Valencia.

2º) Declarar firme dicha sentencia.

3º) Imponer las costas de los recursos a la entidad bancaria recurrente, que perderá el depósito constituido.

4º) Y remitir las actuaciones, junto con testimonio de esta resolución al órgano de procedencia, llevándose a cabo la notificación de la presente resolución por este Tribunal a las partes comparecidas ante esta sala.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

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