



Roj: **STS 1867/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1867**

Id Cendoj: **28079110012017100286**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/05/2017**

Nº de Recurso: **1155/2014**

Nº de Resolución: **295/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP Z 443/2014,**
STS 1867/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 12 de mayo de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por la mercantil Nabetse Zaragoza S.L. representada por el procurador D. Juan Carlos Estévez Fernández-Novoa bajo la dirección letrada de D. Pedro José Carranza Huera, contra la sentencia dictada el 12 de marzo de 2014 por la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza en el recurso de apelación n.º 10/2014 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1131/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 18 de Zaragoza, sobre nulidad de contratos y reclamación de 404.608,85 euros. Ha sido parte recurrida el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. representado por la procuradora D.ª Ana Llorens Pardo y bajo la dirección letrada de D. Mariano Pardo Espejel.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- Nabetse Zaragoza S.L. interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

«1.- Se declare la nulidad de los contratos denominados por BBVA de Permuta Financiera (doc. dos a cuatro), de fechas 19 de febrero de 2007 y 5 de junio de 2008.

»2.- En consecuencia con el anterior pronunciamiento, se condene a la parte demandada a devolver a la parte actora la suma de 404.608,85 euros (cuatrocientos cuatro mil seiscientos ocho euros con ochenta y cinco céntimos) cobrados en ejecución de los contratos, más el interés legal del dinero desde la fecha del pago de las distintas cantidades satisfechas, más el interés legal del dinero devengado desde el pago de dicha suma.

»3.- Se condene a BBVA S.A. al pago de la totalidad de las costas procesales causadas en este procedimiento».

2.- La demanda fue presentada el 21 de noviembre de 2012 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 18 de Zaragoza y fue registrada con el n.º 1131/2012 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El Banco Bilbao Argentaria S.A. y tras formular declinatoria por falta de jurisdicción al haber sometido las partes a arbitraje la cuestión litigiosa y siendo desestimada ésta mediante auto de fecha 5 de febrero de 2013, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda con expresa condena en costas a la actora.



4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 18 de Zaragoza, dictó sentencia n.º 188/2013 de fecha 14 de octubre de 2013, con el siguiente fallo:

«Absuelvo a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. de las pretensiones contenidas en la demanda de Nabetse Zaragoza S.L. con imposición a ésta de las costas procesales causadas».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

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

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que lo tramitó con el número de rollo 10/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 12 de marzo de 2014, cuyo fallo dispone:

«Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por "Nabetse Zaragoza S.L." contra "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A." y la sentencia a la que el rollo se contrae, dictada el 14 de octubre de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 18 de Zaragoza, debemos confirmar y confirmamos la citada resolución, con imposición a la recurrente de las costas causadas en esta alzada».

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.*

1.- Contra la sentencia de segunda instancia la demandante Nabetse Zaragoza S.L. interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante el tribunal sentenciador.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Infracción del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación (art. 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

»Segundo.- Infracción del art. 382.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación (art. 369.1.4º).

»Tercero.- Infracción del art. 326 de la Ley de Enjuiciamiento en relación con (art. 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

»Cuarto.- Infracción del art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con (art. 469.1.2º de la Ley de rituaría)».

El motivo del recurso de casación fue:

«Infracción del art. 2 y 79 de la Ley 24/1998 de la Ley de Mercado de valores».

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 ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 16 de noviembre de 2016, cuyo fallo es como sigue:

«1 .- Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la mercantil Nabetse Zaragoza, S.L. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 12 de marzo de 2014, por la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2.ª, en el rollo de apelación n.º 10/2014, dimanante del juicio ordinario n.º 1131/2012, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 18 de Zaragoza.

»[...]

» 3.- No admitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la indicada parte litigante contra dicha sentencia, con imposición de las costas de este recurso a la mercantil recurrente».

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 6 de marzo de 2017, 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 26 de abril de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El litigio causante del presente recurso de casación versa sobre la declaración de nulidad, por error vicio del consentimiento, de tres contratos de permuta financiera de tipos de interés (swap), dos de ellos celebrados con anterioridad a la incorporación al Derecho español de la normativa «MiFID» (acrónimo de la Directiva de los Mercados de Instrumentos Financieros, en inglés Markets in Financial Instruments Directive) y uno con posterioridad.



En lo que interesa para la resolución del recurso, los hechos más relevantes para entender las cuestiones sometidas a esta sala, tal como han sido fijados en la instancia, son los siguientes:

1.- Nabetse Zaragoza S.L. (en adelante Nabetse), que en ese momento mantenía deudas con varias entidades de crédito, entre las que se encontraba un crédito hipotecario con BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. (en adelante BBVA), contrató con esta entidad en 2006 una permuta financiera de cobertura de tipo de interés que cumplió hasta su vencimiento. El 19 de febrero de 2007 las mismas partes celebraron dos nuevos contratos de permuta financiera y Nabetse recibió liquidaciones positivas y negativas, que se prolongaron de marzo de 2007 a febrero de 2008. Las permutas contratadas en febrero de 2007 vencían el 29 de febrero de 2012, pero Nabetse las canceló anticipadamente el 3 de mayo de 2011, pagando las cantidades correspondientes por la cancelación anticipada. El 8 de mayo de 2008 las partes habían suscrito otra «operación de cobertura» que fue cancelada anticipadamente el 12 mayo de 2011 a solicitud de Nabetse, quien pagó el importe resultante de la cancelación. En junio de 2007 las partes habían celebrado otro contrato de cobertura de tipo de interés que novaron mediante un contrato de 5 de junio de 2008 y posteriormente, como consecuencia de las bajadas de tipos de interés, por otro de 23 de septiembre de 2008, por el que cancelaron el anterior y suscribieron una nueva permuta con una opción de compra, por la que el banco abonó una prima; al llegar el momento del ejercicio de la opción resultó una liquidación a favor del banco que Nabetse no pagó.

2.- El 21 de noviembre de 2012 Nabetse interpuso demanda contra BBVA en la que solicita la declaración de nulidad de tres de los contratos de permuta financiera suscritos con BBVA: los celebrados el 19 de febrero de 2007 y el firmado el 5 de junio de 2008; solicita asimismo la condena al banco demandado a devolverle la suma de 404.608,85 € cobrados en ejecución de los contratos más el interés legal del dinero desde la fecha del pago de las distintas cantidades satisfechas.

Alega como fundamento de la anulabilidad de los contratos el error en la formación de su consentimiento contractual provocado por la sesgada información que se le dio, sin que se le proporcionara información en temas de idoneidad, gastos y costes asociados, en especial los de la cancelación anticipada.

3.- La sentencia dictada en primera instancia desestimó la demanda.

La sentencia rechaza la alegación de la demandada que entendía que el plazo de ejercicio de la acción debía computarse desde la suscripción de los contratos y que, por tanto, afectaba a todas las operaciones cuya nulidad se solicitaba. Partiendo de que el plazo de cuatro años del art. 1301 CC debe computarse desde la consumación del contrato, la sentencia aprecia la caducidad de la acción de nulidad ejercitada respecto del contrato de 5 de junio de 2008, a la vista de que fue cancelado el 23 de septiembre de 2008, de modo que habrían transcurrido más de cuatro años desde que se canceló hasta que se presentó la demanda, lo que tuvo lugar el 21 de noviembre de 2012. En cambio, rechaza la alegación de caducidad respecto de las dos operaciones de 19 de febrero de 2007, con el argumento de que cuando se interpuso la demanda no había transcurrido el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato, momento que identifica con la fecha en que se cancelaron las operaciones (el 3 de mayo de 2011).

Respecto de estas operaciones concertadas el 19 de febrero de 2007 considera la sentencia de primera instancia que hay prueba terminante de que la información ofrecida se adecuó al contenido del contrato y concluye que el representante legal de la actora era consciente del riesgo que estaba asumiendo. Presta atención para alcanzar esta conclusión a las testimoniales de los empleados del banco y a las tres grabaciones telefónicas que aporta el banco, de las que se infiere el proceso de contratación: una explicación verbal del contrato por personal del BBVA, confirmación telefónica de las condiciones del contrato y firma del documento en la sucursal. Para la sentencia, el acreditado proceso de contratación dilatado en el tiempo habría permitido al cliente conocer su contenido y decidir libremente su celebración, frente a lo sostenido por el demandante en el sentido de que ni siquiera recordaba haber firmado los contratos y que tan solo disponía de una fotocopia proporcionada años después por la entidad bancaria y que resulta ininteligible.

Tras exponer la doctrina del error vicio del consentimiento contenida en la sentencia 683/2012, de 21 de noviembre, razona la sentencia que de lo que se trata es de determinar si en el caso el representante legal de la demandante era consciente del riesgo que estaba asumiendo, es decir, que en caso de bajada de los tipos de interés se producirían liquidaciones negativas. Concluye el Juzgado que no queda acreditado el error del actor sobre el producto que se contrataba porque el contrato era claro, al incluir en el apartado de liquidaciones lo que el cliente paga y lo que recibe, dependiendo del futuro devenir de los tipos de interés, lo que pone de relieve su carácter aleatorio, al funcionar como una apuesta.

4.- Interpuesto recurso de apelación por la actora, es desestimado por la Audiencia Provincial, que confirma la sentencia de primera instancia.



En el recurso de apelación la demandante recurrente consideró correcta la interpretación de la sentencia de primera instancia acerca de la caducidad de la acción que impugnaba el contrato de 5 de junio de 2008, novado en septiembre de ese año. Sin embargo, al mismo tiempo, defendió que, en caso de que se estimara la demanda, procedería la devolución de todas las solicitadas en la demanda. Argumentaba para ello que para el cálculo de la suma solicitada había descontado tanto lo que debía a la demandada por la liquidación de la opción de compra (que resultó favorable al banco, pero Nabetse no pagó) como las sumas que había ido recibiendo de la demandada. La sentencia de la Audiencia no llega a pronunciarse sobre este punto, porque desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia de primera instancia, por entender que hubo información por parte de la entidad, lo que excluye el error denunciado por la demandante.

La Audiencia rechaza, al igual que hiciera la sentencia de primera instancia, la alegación de la demandada que, considerando como *dies a quo* la fecha de perfección de los contratos, pretendía la declaración de caducidad de todas las acciones ejercitadas por la demandante en este proceso.

Entrando en el tema de la información suministrada por BBVA, atendiendo a la fecha de celebración de los contratos cuya validez se impugna y para los que no se entiende que haya transcurrido el plazo de ejercicio de la acción, la Audiencia identifica como normativa aplicable la contenida en los arts. 2 y 79 de la Ley 26/1988, del mercado de valores y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios. Explica que un defecto de información puede provocar error, pero que es a la actora a quien incumbe su prueba. Reitera, al igual que hiciera la sentencia de primera instancia, la teoría de la dificultad de admitir la doctrina del error en contratos con un acusado componente de aleatoriedad (con apoyo en las sentencias 683/2012, de 21 de noviembre y 629/2013, de 29 de octubre).

Aplicando esta doctrina al caso, afirma que los contratos suscritos por actora y demandada lo fueron con el propósito de dar cobertura a los riesgos de la oscilación de los tipos de interés en la financiación contratada por la primera para el desarrollo de su actividad empresarial, mediante el intercambio periódico de las cantidades resultantes de aplicar a un nominal puramente virtual el índice variable. En consecuencia, las prestaciones debidas por las partes no estaban determinadas al perfeccionarse el contrato, sino que debían serlo en el futuro, conforme a los criterios establecidos por las contratantes, en función de las oscilaciones futuras de los tipos de interés, acontecimientos futuros e inciertos, derivados de las fluctuaciones del mercado, de los que no solo dependía la determinación de las prestaciones, sino también la identificación de quien en cada periodo de liquidación sería deudor. Deduce que, a la vista de ello, la representación equivocada sobre el resultado de la operación no era razonablemente segura, pues el funcionamiento del contrato se proyectaba sobre un futuro, más o menos próximo, con el natural componente de incertidumbre.

La Audiencia considera que está acreditado, a la vista de la prueba testifical, que hubo información por parte de BBVA y añade que, en todo caso, hay que rechazar que el error fuera excusable, tanto por contar el demandante con un letrado de su confianza para su asesoramiento particular como porque la simple lectura de las cláusulas del contrato permitía conocer que la variación del índice de referencia al alza o a la baja iba a determinar liquidaciones que podían ser positivas o negativas, al quedar sujetas a factores aleatorios.

Valora en particular las condiciones concurrentes en la sociedad demandante y su administrador, al ser la primera propietaria de dos hoteles, además de otras actividades industriales y contar con una elevada financiación de su actividad; valora igualmente el proceso de suscripción, prolongado en tres fases (explicaciones por los empleados, confirmación telefónica y firma), el asesoramiento letrado, así como que Nabetse ya hubiera suscrito previamente, en 2006, otro contrato similar de cobertura de tipo de interés, que cumplió hasta su vencimiento y que el suscrito en mayo de 2008 lo cancelara voluntariamente en 2011 sin manifestar entonces falta de información en la comercialización de los productos, lo que solo ocurrió cuando habían vencido todos ellos y estaba pendiente de abonar la liquidación de uno de ellos; igualmente que realizara varias novaciones y una cancelación en el marco de la refinanciación otorgada a la empresa, lo que muestra que el administrador comprendía el alcance de los diferentes contratos; también que contratara nuevas permutas tras haber recibido varias liquidaciones negativas de otras anteriores, sin presentar queja ni reclamación.

5.- Nabetse Zaragoza S.L. interpone recurso de casación y extraordinario por infracción procesal contra la sentencia dictada en segunda instancia.

Se inadmite el recurso extraordinario por infracción procesal por incurrir todos los motivos en la causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento y se admite el recurso de casación en el que, en lo sustancial, plantea el alcance del deber de información y su incidencia como error vicio.

SEGUNDO.- El recurso de casación se compone de un motivo fundado en la infracción de los arts. 2 y 79 de la Ley 24/1988, del mercado de valores. Se interpone en la modalidad de interés casacional. En esencia, se afirma que la sentencia impugnada obvia la doctrina jurisprudencial a la hora de resolver sobre error del consentimiento en la contratación de un swap.



En su escrito de oposición, BBVA interesa la inadmisión del recurso y, en su caso, su desestimación, solicitando la confirmación de la sentencia recurrida.

En primer lugar, alega que el recurso adolece de defectos que son causa de inadmisión y, en el momento actual, deben ser de desestimación. En particular, por lo que se refiere a las causas de inadmisión, refiere que el recurso no justifica el interés casacional por cuanto se limita a decir que la sentencia impugnada «vulnera la jurisprudencia del Tribunal Supremo» y a transcribir sentencias de la sala sin expresar cómo, cuándo y en qué sentido la sentencia recurrida las ha infringido. También que el recurso no respeta la valoración de la prueba efectuada en la sentencia recurrida y que altera los hechos acreditados en la instancia.

En segundo lugar, por lo que se refiere a los motivos de oposición, a la vista de que la demandante recurrente en casación reitera en su recurso la petición de declaración de nulidad de los contratos de 19 de febrero de 2007 y 5 de junio de 2008, BBVA expone que la nulidad de este último no debe ser objeto de este recurso de casación, habida cuenta de que la propia demandante reconoció en el recurso de apelación la corrección de la sentencia de primera instancia que apreció la caducidad de tal pretensión. Reitera, además, su tesis, defendida desde la contestación de la demanda, de que habría transcurrido el plazo de ejercicio de todas las acciones de nulidad, utilizando ahora el argumento de la doctrina de la sala que identifica el *dies a quo* de la acción de nulidad de los contratos de productos complejos con el momento en que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia del error.

El escrito de oposición afirma, por último, que la información facilitada por BBVA a Nabetse fue completa y suficiente para conocer los riesgos asociados al producto contratado y, aun cuando se entendiera lo contrario, no existiría error vicio del consentimiento.

Procede desestimar el recurso por las razones que se exponen a continuación.

TERCERO.-

1.- Es doctrina de la sala que el recurso de casación exige claridad y precisión en la identificación de la infracción normativa (art. 477.1 LEC), lo que se traduce, no sólo en la necesidad de que su estructura sea muy diferente a la de un mero escrito de alegaciones, sino también en la exigencia de una razonable claridad expositiva para permitir la individualización del problema jurídico planteado. De acuerdo con esta doctrina, es precisa también la fundamentación suficiente sobre la infracción del ordenamiento jurídico alegada y el respeto a la valoración de la prueba efectuada en la sentencia recurrida. En este sentido, esta sala ha declarado que no es posible transformar la casación en una tercera instancia (entre las más recientes, sentencias 25/2017, de 18 de enero , 122/2017, de 23 de febrero , 146/2017, de 1 de marzo , 196/2017, de 22 de marzo).

2.- En el presente caso, el recurso de casación no cumple los requisitos establecidos para su admisión (art. 483.2.2.º LEC) y carece manifiestamente de fundamento (art. 483.2.4.º LEC).

Contra la exigencia del art. 477.1 LEC , el recurso no se funda en la infracción de norma aplicable para resolver las cuestiones objeto del pleito. La denuncia que se vierte en el escrito del recurso acerca de que BBVA incumplió el estándar de diligencia y buena fe, con apoyo en la cita de los arts. 2 y 79 de la Ley del mercado de valores, no es suficiente para fundamentar la posible existencia de un error vicio del consentimiento, que es en realidad la causa que podría dar lugar, caso de producirse, a la declaración de la nulidad de los contratos. En el escrito del recurso no se citan como infringidas las normas que regulan la anulabilidad derivada del error, ni el encabezamiento ni en su desarrollo, ni tampoco se identifican las razones por las que, supuesto el incumplimiento de los deberes de información, concurrirían los presupuestos que tales normas exigen para apreciar la existencia de un error relevante para que los contratos fueran nulos.

Junto a ello, en el desarrollo del motivo, sin solución de continuidad, tras la transcripción del texto del art. 79 bis (sic) de la Ley del mercado de valores (realmente se transcribe el art. 79 en la redacción otorgada por la Ley 38/1998, de 16 de noviembre), se reproducen fragmentos de sentencias de esta sala (244/2013, de 18 de abril ; 840/2013, de 20 de enero de 2014) que podrían justificar el interés casacional (art. 477.2.3.º LEC) si se expusieran de forma adecuada las razones por las que la decisión de la sentencia recurrida sobre el problema jurídico que se quiere plantear en el recurso se opone al criterio seguido por la jurisprudencia. En el caso, no se hace así, porque el escrito de interposición, tras la copia de citas de las sentencias de la sala, se limita a añadir breves conclusiones y resúmenes personales que el recurrente deduce de las mismas, no siempre de forma acertada ni aplicable al caso.

Así, la sentencia 244/2013 que se cita en el escrito de interposición del recurso hace mención a la interpretación del Derecho interno a la luz de la letra y de la finalidad de las Directivas, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pero de la sentencia no resulta, contra lo que afirma el recurrente, que la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, sea aplicable con independencia de la fecha del contrato. Por su parte, la sentencia 840/2013 , invocada por el recurrente, a la hora de determinar el alcance



de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera en la contratación con inversores minoristas de productos financieros complejos, como es el swap, tiene en cuenta el tiempo en que se llevó a cabo la contratación objeto de enjuiciamiento para afirmar que en ese caso «las normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes» del art. 19 de la Directiva 2004/39/CE ya habían sido traspuestas a nuestro ordenamiento por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los arts. 78 y ss. de la Ley 24/1988, de 28 de julio, y también que había entrado en vigor el RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación.

Nada de ello sucede en el presente caso. Puesto que, por lo ya dicho, el contrato celebrado por las partes el 5 de junio de 2008 ha quedado fuera del recurso de casación, en el que solo se debate la validez de los contratos suscritos el 19 de febrero de 2007, la legislación aplicable es la vigente con anterioridad a la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que entró en vigor el 21 de diciembre de 2007. De allí la irrelevancia de la argumentación recogida en el escrito del recurso acerca de que BBVA no hizo test alguno, puesto que solo tras la reforma de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre se obliga a las entidades financieras a clasificar a sus clientes como minoristas o profesionales (art. 78 bis de la Ley del mercado de valores) y, si se encuadran en la primera categoría, a asegurarse de la idoneidad y conveniencia de los productos ofrecidos y a suministrarles información completa y suficiente, y con la antelación necesaria, sobre los riesgos que conllevan, en los términos del art. 79 bis de la Ley del mercado de valores.

Cierto que antes de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa «MiFID» la legislación ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos, pero la valoración de la suficiencia de la información prestada no puede hacerse conforme a unos criterios que no estaban en vigor cuando se celebró el contrato.

Finalmente, la demandante recurrente reitera en el suplico del recurso de casación la misma solicitud de declaración de nulidad que incluyó en su demanda, referida tanto a los contratos celebrados el 19 de febrero de 2007 como al celebrado el 5 de junio de 2008 y reitera igualmente la solicitud de condena al pago de la cantidad que, afirma, resulta de la ejecución de tales contratos. Sin embargo, como ya ha quedado expuesto, la demandante, recurrente ahora en casación, ni recurrió en apelación la declaración de la sentencia de primera instancia que entendió transcurrido el plazo de ejercicio de la acción de nulidad del contrato de 5 de junio de 2008, ni denuncia ahora en casación la infracción del art. 1301 CC, ni hace mención a este asunto a lo largo del desarrollo del recurso.

3.- Además, en el recurso, no solo se impugnan las valoraciones jurídicas realizadas por la sentencia recurrida, sino también la base fáctica, que es inatacable en casación, donde la sala debe atenerse a los hechos fijados por la instancia.

La recurrente pretende sustentar el recurso sobre una base fáctica diferente a la fijada por la Audiencia. Así, cuando niega que los contratos se suscribieran con asesoramiento propio, frente a lo afirmado por la sentencia recurrida. En efecto, la sentencia reitera que el demandante contrató contando con asesoramiento letrado, al afirmar que: «hay que rechazar que el error que la recurrente dice sufrido fuera excusable cuando, contando además en su asesoramiento particular con letrado de su confianza»; y más adelante: «hay que valorar igualmente que Nabetse no solo firmó los tres citados contratos -los dos de febrero de 2007 y el de junio de 2008-, en cuyo proceso de suscripción, prolongado en las tres fases de explicaciones por los empleados, confirmación telefónica y firma en la sucursal, contó con el asesoramiento del letrado que le ha asistido en este procedimiento». Para desvirtuar tal hecho considerado acreditado en la instancia, el recurso de casación reproduce fragmentos de las conversaciones grabadas en el juicio, con el propósito evidente de cambiar la base fáctica.

La Audiencia, que ratifica la valoración de la prueba realizada por la sentencia de primera instancia, concluye que en este caso está acreditado que hubo información por parte de BBVA. Para llegar a esta conclusión tiene en cuenta la prueba testifical, la documental aportada y las grabaciones de las conversaciones telefónicas, que pusieron de relieve que el cliente primero recibió la información en el banco, que conocía las características del producto y que se podían producir liquidaciones positivas y negativas.

Aunque la valoración de la suficiencia de la información suministrada es jurídica, se apoya en unos hechos declarados probados que no pueden ser alterados. En el caso, no cabe contrariar la valoración jurídica realizada por la Audiencia sin contradecir la base fáctica.

CUARTO.- Por todo lo expuesto procede la desestimación del recurso por inadmisión, de acuerdo con la reiterada doctrina de la sala conforme a la cual las causas de inadmisión se convierten, en este momento procesal, en causas de desestimación del recurso (entre las más recientes, con cita de otras muchas anteriores, sentencias de esta sala 546/2016, de 16 de septiembre, 146/2017, de 1 de marzo, 152/2017, de 2 de marzo, 196/2017, de 22 de marzo).



Como se reitera en estas sentencias, no es obstáculo para ello el 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 y 548/2012, de 20 de septiembre). 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).

En consecuencia, estando en fase de decisión, el recurso viene abocado a un pronunciamiento de desestimación por causa de inadmisión.

QUINTO.- Conforme disponen los artículos 394.1 y 398.1 LEC procede imponer a la parte recurrente las costas del recurso, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

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

1º.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Nabetse Zaragoza S.L. contra la sentencia 127/2014, de 12 de marzo, dictada por la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en el recurso de apelación n.º 10/2014 . **2º.-** Imponer a la recurrente las costas causadas por el recurso de casación y ordenar la pérdida del depósito constituido para el mismo, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 9 LOPJ . 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.