

(quaestio iuris) y, en este sentido, podemos citar las SSTs de 15 de junio y 15 de diciembre de 2010, 7 de enero y 14 de junio de 2011 entre las más recientes. En definitiva, como señala la STS de 21 de diciembre de 2.009: < «el órgano judicial de apelación se encuentra, respecto de los puntos o cuestiones sometidos a su decisión por las partes, en la misma posición en que se había encontrado el de la primera instancia» >". Criterio reiterado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de enero de 2011, Número de Recurso, 1272/2007, Ponente don Francisco Marín Castán y la de 14/06/2011 (rec. 699/2008).

En fechas más recientes, el Tribunal Supremo, en la Sentencia del 14 de junio de 2011, (ROI: STS 4255/2011), Sentencia: 392/2011, Recurso: 699/2008, Ponente: RAFAEL GIMENO-BAYÓN COBO, nos dice: < «También conviene dejar constancia expresa de que el artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil "En virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o una sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación", lo que ha sido interpretado por la doctrina en el sentido de que, como indica el apartado XIII de la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil "La apelación se reafirma como plena revisión jurisdiccional de la resolución apelada", afirmándose en la sentencia 798/2010, de 10 diciembre, que el recurso de apelación se configura en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil como una revisión prioris instantiae o revisión de la primera instancia, que atribuye al tribunal de la segunda el control de lo actuado en la primera con plenitud de cognición "tanto en lo que afecta a los hechos como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (quaestio iuris [cuestión jurídica]), para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas aplicables al caso".

22. Esta revisión comprende la valoración de la prueba por el tribunal de apelación con las mismas competencias que el tribunal de la primera instancia, sin que quede limitada al control de racionalidad que opera en el ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal, razón por la que la Audiencia Provincial en modo alguno se excedió al valorar la prueba testifical de forma diferente a la de la sentencia del Juegado.>>

Por último, el Tribunal Supremo, en la Sentencia del 28 de septiembre de 2018, ROI: STS 3262/2018, Nº de Recurso: 1082/2016, Nº de Resolución: 536/2018, Ponente: PEDRO JOSÉ VELA TORRES: <<1.-Como hemos declarado en la sentencia 414/2018, de 3 de julio, el principio de justicia rogada se suele identificar como la suma del principio dispositivo y del principio de aportación de parte y se configura legítimamente como una exigencia

para el tribunal en el art. 216 LEC, al decir:

«Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales».

La manifestación última de estos principios en el proceso civil es la vinculación del órgano judicial a las peticiones formuladas por las partes, de manera que su decisión habrá de ser congruente con las mismas, sin que pueda otorgar cosa distinta a la solicitada, ni más de lo pedido, ni menos de lo resistido. Por ello, la sentencia 795/2010, de 29 de noviembre, recordó la correlación entre el principio de justicia rogada (art. 216 LEC) y la congruencia de la sentencia (art. 218.1 LEC).

2.- A su vez, el recurso de apelación permite una revisión de la totalidad de las cuestiones que constituían el objeto litigioso resuelto en primera instancia, pero con un doble límite para el tribunal de segunda instancia. En primer lugar, conforme al art. 456.1 LEC, el ámbito de conocimiento en apelación debe ser acorde con los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia. En segundo lugar, a tenor del art. 465.5 LEC, la resolución de apelación «deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteadas en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el art. 461».>>

TERCERO. Como primer motivo de su recurso, la parte demandada invoca el pleno conocimiento por la actora de las características del contrato que firmaba, haciendo hincapié en que la controversia radica en concretar si la demandada informó adecuadamente a la actora acerca del funcionamiento y los riesgos del contrato de permuta de tipos de interés.

Su conocimiento se desprende del perfil de sus administradores, por ello invoca el error en la valoración de la prueba en cuanto al perfil y conocimiento respecto de este contrato, porque ser minorista no significa ignorante financiero. Reitera que uno de los administradores ya había contratado con anterioridad un Swap. Concretamente, el día 7 de junio de 2007 el sr. lo contrató y durante este año las liquidaciones le resultaron positivas si bien afirmó que no era consciente de haber firmado un Swap, pero no es admisible dicha tesis ya que se le abonaban en cuenta liquidaciones positivas, lo que sucede en una cuenta de préstamo. Este mismo señor suscribió un Swap a través de la mercantil I

SA. Cuando suscribieron el contrato, la tendencia seguía siendo alcista.

Además, la falta de información no determina el error o vicio en el consentimiento. Únicamente lo presume. Pese a la falta de información puede

acreditarse que el cliente conocía el producto.

Por lo tanto, concluye la parte, los administradores de la actora tenían experiencia previa en la contratación de swaps.

Además, las facturas que se aportan a las actuaciones como documento número 18, en la audiencia previa, ponen de manifiesto que la mercantil actora era asesorada por un despacho de letrados, pues las facturas A/127 y A/128 hablan de asesoramiento jurídico.

Igualmente esgrime la doctrina de los actos propios, pues si bien los administradores de la actora sostienen que cuando firmaron la permuta, creían firmar un contrato de seguro, la empresa tenía un contable y únicamente tenían un préstamo hipotecario con liquidaciones trimestrales, por lo que fácilmente podían conocer el contenido de las liquidaciones. Según se desprende del doc. 13 de la contestación, cada vez que se producía una liquidación negativa hacían un ingreso de dinero en efectivo de su importe exacto, y es extraño que no pidieran explicaciones por tener que realizar tales pagos.

Concluye pidiendo la desestimación de la demanda por la estructura societaria de la mercantil, el perfil y la experiencia de los administradores, el elevado volumen de negocio, el asesoramiento recibido por el despacho de y por aplicación de la doctrina de los actos propios

La parte apelada opone que fue el director de la sucursal, amigo de los administradores, quien les aconsejó contratar un seguro para los cambios de interés y, por eso, el día 14 de abril de 2008, suscribieron un contrato marco de permuta financiera de tipos de interés. El Sr. Hita, como administrador de otra sociedad, en la misma fecha, contrató otro swap. No hay error al calificar a la mercantil, puesto que tanto la mercantil como sus administradores eran clientes minoristas, sin experiencia en la contratación de swaps ni de productos similares. La mercantil nunca había suscrito productos financieros de riesgo. Los administradores carecen de estudios financieros. Las empresas de las que son administradores no tienen ninguna finalidad financiera. Las mercantiles

SA tienen un objeto social muy amplio, y si bien es cierto que es administrador de Abogados SL cuando firmaron el Swap no se dedicaban a los productos financieros, como se corrobora por la testifical de doña d quien afirmó que se dedicaban a ejecuciones hipotecarias. Ni el anterior swap suscrito con Caja Madrid ni el posterior firmado como administrador de ; le concede experiencia en la contratación. Para saber lo que es un swap, no basta con ser un mero empresario, ha de ser un profesional del mercado. Los demandados han tenido varias empresas pero no tenían conocimientos especializados en productos financieros complejos

ABOGADOS SL en el año 2008 no era un despacho especializado en derecho bancario y no asesoró a la actora en la suscripción de

un swap. Se dedicaba a las ejecuciones hipotecarias entre particulares.

Tampoco puede aplicarse la doctrina de los actos propios puesto que no lo son el hecho de pagar las liquidaciones negativas.

Como segundo motivo de su recurso, invoca que no existió incumplimiento alguno por parte de Bankia, por lo que debe descartarse que mediara error en el consentimiento al tiempo de la contratación. La demandada informó de todo a la actora. El producto se comercializó para proteger al inversor. Es irrelevante que la iniciativa partiera de Bankia pues el contrato era conveniente y se adecuaba los conocimientos de los administradores de SA a 2.500.000.-€ y el del grupo empresarial alcanzaba los 7 u 8 millones de euros. La actora era plenamente conocedora del producto que contrataba y no es relevante que se omitiera el test de conveniencia pues ello no implica la falta de conocimiento ni de información. El contrato marco y su anexo son muy claros y comprensible para SL. La normativa vigente obliga al Banco a conservar la documentación 6 años. Bankia cumplió con todos los deberes informativos.

La parte apelada opone que ha quedado probado el incumplimiento por parte de Bankia, antes Bancaja, como se desprende del relato de la sentencia. El RDL 2/2003 de 25 de abril y la ley 36/2003 de 11 de noviembre artículo 19 apartado 1 y 2 establecen que las entidades de crédito informarán a los deudores sobre los productos de cobertura de riesgo de incremento del tipo de intereses, pero el swap no es un producto de cobertura de riesgo sino de inversión, como así sostiene el Banco de España anexo I del informe pericial, dado que la vigencia de la permuta era superior a la vigencia del préstamo. El préstamo vencía el 27 de julio de 2008 y el swap el 20 de octubre de 2011.

El testigo, empleado del banco, cuando se le interrogó, no recordaba lo que era un swap. Ha habido una deficiente información. No se le informó del coste inicial ni del coste de cancelación anticipada.

La acción no es de nulidad por error en el consentimiento sino una indemnización por incumplimiento de la demandada de sus obligaciones legales. Esta Sala considera que los dos motivos indicados deben rechazarse atendiendo a los acertados fundamentos de la sentencia de instancia.

Consta acreditado en autos que la mercantil estaba calificada como cliente minorista, como así se hace constar en el documento unido como número 6 al folio 79 y que no se le hizo el test de idoneidad. Además, no se ha probado que se le proporcionase la información necesaria para comprender las características del producto, pues lo que podía suceder en el supuesto de que bajasen los tipos de interés ni el coste que supondría su cancelación anticipada. En este sentido debemos mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2018,