



Roj: **STS 2/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2**

Id Cendoj: **28079110012019100001**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/01/2019**

Nº de Recurso: **1544/2016**

Nº de Resolución: **3/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 2863/2016,**  
**STS 2/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 3/2019**

Fecha de sentencia: 08/01/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1544/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/12/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Sevilla, sección 8.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN núm.: 1544/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 3/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz



D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 8 de enero de 2019.

Esta sala ha visto recurso de casación contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 29 de marzo de 2016, por la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 8.<sup>a</sup>, en el rollo de apelación n.º 244/2016, dimanante del juicio ordinario n.º 764/2013, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Sevilla.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente la procuradora doña María Granizo Palomeque, en nombre y representación de Bufete Bermudo & Quijada y Asociados Patrimonial, S.C.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida, la procuradora doña Rocío Sampere Meneses, en nombre y representación de la entidad Bankinter S.A., como parte recurrida.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

## ANTECEDENTES DE HECHO

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

1.- La procuradora de los tribunales doña Inmaculada Rodríguez Noguera, en nombre y representación de Bufete Bermudo & Quijada y Asociados Patrimonial, S.C., interpuso demanda de juicio ordinario en ejercicio de acción de nulidad de pleno derecho o de anulabilidad o, alternativamente, petición de nulidad de la cláusula referente a la cancelación del producto, frente a Bankinter, S.A, solicitando al Juzgado:

"Tenga por presentado este escrito, junto con los documentos y las copias que lo acompañan, se sirva admitirlo, teniéndome por comparecida y parte en la representación que ostento de la entidad "Bufete Bermudo & Quijada y Asociados Patrimonial, S.C." y por formulada demanda de Juicio ordinario contra Bankinter, S.A., emplazando a la entidad bancaria al objeto de que comparezca, si a su derecho conviene, y, previos los trámites legales oportunos, dicte sentencia en la que: a) Se declare la nulidad del contrato denominado comercialmente "Contrato clip hipotecario óptimo 05/09", suscrito entre mi representada y la entidad bancaria Bankinter, S.A. o, alternativamente, se declare la existencia de cláusulas oscuras y abusivas, teniéndose por no puestas del citado CLIP HIPOTECARIO, conforme establece el artículo 1303 del Código Civil.

b) Se condene a Bankinter, S.A. a restituir a mi representada el coste de la cancelación del referido contrato, a saber, 22.938,32 euros, junto con sus correspondientes intereses.

c) Se condene a la entidad demandada al pago de las costas causadas en el presente procedimiento.

2.- Por decreto de 20 de septiembre de 2013, se admitió a trámite la demanda dando traslado a las partes para contestar.

3.- El procurador de los tribunales don Mauricio Gordillo Cañas, contestó a la demanda formulada de contrario y suplicó al Juzgado:

"[...] que teniendo por contestada en tiempo y forma, la demanda formulada por Bufete Bermudo & Quijada y Asociados Patrimonial, S.C, y previos los demás trámites legales oportunos, dicte sentencia por la que acuerde desestimar íntegramente la demanda, todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora."

4.- El Juzgado de Primera Instancia número 16 de Sevilla, dictó sentencia el 19 de octubre de 2015 con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando la demanda presentada por la procuradora de los tribunales doña Inmaculada Rodríguez Noguera, actuando en nombre y representación de la entidad Bufete Bermudo & Quijada y Asociados Patrimonial, S.C, contra la entidad mercantil Bankinter S.A. debo:

"- Declarar la nulidad del contrato denominado comercialmente "contrato Clip Hipotecario óptimo 05/09", suscrito entre la entidad demandante y la compañía demandada el día 15 de julio de 2008.

"- Condenar a Bankinter, S.A., a restituir a la demandante el coste de la cancelación del referido contrato, a saber, 21. 446,32 euros, junto con sus correspondientes intereses, calculados en la forma prevista en el fundamento de Derecho décimo séptimo de esta sentencia.

"Bankinter, S.A., deberá abonar las costas causadas en la tramitación y dirección de este procedimiento."

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



1.- Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de Bankinter, S.A., correspondiendo su resolución a la sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, que dictó sentencia el 29 de marzo de 2016, con la siguiente parte dispositiva:

"Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la entidad Bankinter, S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Sevilla con fecha 19 de octubre de 2015 en el juicio ordinario n.º 764/2013, revocamos la sentencia apelada, desestimamos la demanda formulada contra la ahora apelante por la Sociedad Civil Bufete Bermudo & Quijada y Asociados Patrimonial, S.C., y sobre las costas causadas en este proceso en primera y en segunda instancia no hacemos pronunciamiento expreso."

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

1. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de casación la representación procesal de la entidad Bufete Bermudo & Quijada y Asociados Patrimonial, S.C. con base en un único motivo por oposición de la sentencia recurrida con la jurisprudencia de la sentencia recurrida con la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la caducidad de la acción de anulación e infracción del art. 1.301 del Código Civil.

2.- La sala dictó auto el 12 de septiembre de 2018 con la siguiente parte dispositiva:

"1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Bufete Bermudo & Quijada y Asociados Patrimonial, S.C. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 29 de marzo de 2016, por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 8.ª, en el rollo de apelación n.º 244/2016, dimanante del juicio ordinario n.º 764/2013, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Sevilla.

"2.º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría."

3.- Dado traslado a las partes, la representación procesal de Bankinter, S.A. manifestó su oposición al recurso formulado de contrario.

4.- No habiéndose solicitado por ambas partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el 11 de diciembre de 2018 en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Resumen de antecedentes.**

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- La parte demandante, Bufete Bernardo & Quijada y Asociados Patrimonial, S.C. interpuso contra la entidad Bankinter, S.A. demanda por la que solicitaba que se declarase la nulidad del contrato denominado comercialmente "Contrato Clip Hipotecario Óptimo 05/09", suscrito entre las partes o, alternativamente, que se declarase la existencia de cláusulas oscuras y abusivas, teniéndolas por no puestas, conforme establece el artículo 1303 CC.

Así mismo solicitaba la condena de la entidad demandada a restituir a la demandante el coste de la cancelación del referido contrato, a saber, 22.938,32 €, junto con sus correspondientes intereses.

2.- La sentencia de primera instancia, tras un completísimo y rigurosísimo estudio fáctico-jurídico de la cuestión litigiosa, estimó la demanda.

En lo ahora relevante, que es la caducidad, sostiene que en el error en el desconocimiento del coste de cancelación del producto contratado, debe tomarse como *dies a quo* del cómputo del plazo el día 12 de mayo de 2009, momento en que se abona por el actor la suma a que asciende la penalización por el desistimiento unilateral del contrato, que es la única referencia con la que se cuenta en relación con el instante en que esa suma fue completa y detalladamente determinada por el banco, y conocida por la actora.

Partiendo de esa fecha, concluye que la acción, al presentarse la demanda el día 13 de mayo de 2013, no estaba caducada, tomando como criterio de cómputo el establecido en el artículo 5 CC, aplicable al tratarse de una institución sustantiva y no procesal. A ello añade que la reclamación judicial se presentó al día siguiente del que venciera el plazo en los términos que prevé el artículo 135 de la LEC.

3.- La entidad demandada interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, del que ha conocido la sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, que dictó sentencia el 29 de marzo de 2016 por la que estimó el recurso y revocó la sentencia de primera instancia, por entender caducada la acción.



La audiencia funda su criterio en la sentencia de pleno 769/2014 de 12 de enero de 2015 así como en otras posteriores que reiteran la doctrina de aquella.

Fija el inicio del cómputo del plazo de caducidad en marzo de 2009, que es cuando el cliente solicitó al banco el cálculo del coste de cancelación anticipada, porque considera que en ese momento ya conocía el error.

Por tanto es esta fecha la que determina las circunstancias consumativas del negocio y de conocimiento de los vicios del consentimiento y no la de liquidación del coste de la resolución.

**4.-** La parte actora interpuso contra la anterior sentencia recurso de casación por interés casacional, con fundamento en un motivo único del siguiente tenor:

"Oposición de la sentencia recurrida con la jurisprudencia de la sentencia recurrida con la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la caducidad de la acción de anulación e infracción del art. 1.301 del Código Civil.

"Considera esta parte que la Sentencia recurrida vulnera lo dispuesto en el artículo 1.301 del Código Civil (en adelante, "CC") al no aplicar correctamente el plazo de caducidad previsto en dicho precepto. En concreto, la sentencia dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Sevilla de fecha 29 de marzo de 2016 concluye que el día inicial para el cómputo del plazo de ejercicio de la acción de anulabilidad coincide con la fecha en que Bankinter, S.A. envió a mi representada una comunicación vía correo electrónico con el coste estimado por cancelar anticipadamente el producto bancario suscrito, al entender que en este momento la entidad Bufete Bermudo & Quijada Patrimonial, S.C. tuvo conocimiento cabal y completo del error en el que había incurrido al contratar, con la consecuencia que lo anterior conlleva, que no es otra que la caducidad de la acción de nulidad ejercitada.

"El fundamento de la posición que sostiene esta parte se encuentra en la doctrina emanada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en las citadas sentencias de 12 de enero de 2015 (rec. 2290/201 2) 7 de Julio de 2015 (rec. 1603/2013) y 16 de septiembre del mismo año rec. 1879/2013)"

En el desarrollo del motivo la parte recurrente defiende, en apoyo del recurso, la tesis mantenida por la sentencia de la primera instancia.

**5.-** La sala dictó auto el 12 de septiembre de 2018 por el que acordó admitir el recurso de casación.

Tras el oportuno traslado la parte recurrida se opuso al recurso de casación, con un alegato dirigido esencialmente a la crítica de la nueva doctrina de la sala a raíz de la sentencia de pleno 89/2018, de 19 de febrero.

**SEGUNDO.-** *Decisión de la sala.*

1.- En la sentencia de pleno 89/2018, de 19 de febrero, reiterada en las posteriores (202/2018, de 10 de abril; 228/2018, de 18 de abril; 386/2018, de 21 de junio; 579/2018; 580/2018; 582/2018, todas ellas de 17 de octubre, 587/2018, de 22 de octubre, y en la 602/2018, de 31 de octubre) esta sala ha explicitado las razones por las que debe entenderse que en contratos como el litigioso la consumación de los contratos de swaps debe entenderse producida en el momento del agotamiento, de la extinción del contrato:

"i) En un caso en el que la sentencia de primera instancia consideró (y la Audiencia no corrigió) como día inicial del cómputo del plazo el de la perfección de un contrato de seguro de vida "unit linked multiestrategia" en el que el cliente había perdido toda la inversión realizada, la sentencia del Pleno de esta sala 769/2014, de 12 de enero de 2015, en la que la ahora recurrente apoya su recurso de casación: i) negó que la consumación del contrato hubiera tenido lugar con su perfección; ii) citó sentencias de la sala en las que se ha precisado cuándo se produce la consumación en ciertos contratos de tracto sucesivo como la renta vitalicia, la sociedad o el préstamo; y iii) sentó como doctrina la de que "en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo".

"Mediante una interpretación del art. 1301.IV CC ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el actual mercado financiero, la doctrina de la sala se dirige a impedir que la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo.

"De esta doctrina sentada por la sala no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece



el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del art. 1301.IV CC, que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr "desde la consumación del contrato".

"ii) A efectos del ejercicio de la acción de nulidad por error, la consumación de los contratos de swaps debe entenderse producida en el momento del agotamiento, de la extinción del contrato.

"En el contrato de swap el cliente no recibe en un momento único y puntual una prestación esencial con la que se pueda identificar la consumación del contrato, a diferencia de lo que sucede en otros contratos de tracto sucesivo como el arrendamiento (respecto del cual, como sentó la sentencia 339/2016, de 24 de mayo, ese momento tiene lugar cuando el arrendador cede la cosa en condiciones de uso o goce pacífico, pues desde ese momento nace su obligación de devolver la finca al concluir el arriendo tal y como la recibió y es responsable de su deterioro o pérdida, del mismo modo que el arrendador queda obligado a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por el tiempo del contrato).

"En los contratos de swaps o "cobertura de hipoteca" no hay consumación del contrato hasta que no se produce el agotamiento o la extinción de la relación contractual, por ser entonces cuando tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato. Ello en atención a que en estos contratos no existen prestaciones fijas, sino liquidaciones variables a favor de uno u otro contratante en cada momento en función de la evolución de los tipos de interés. Así, en el caso que da lugar al presente recurso, el cliente recibía trimestralmente el euríbor fijado al principio de cada periodo trimestral a cambio de pagar anualmente un tipo fijo, excepto si el euríbor superaba determinado nivel o barrera, en cuyo caso el cliente pagaba el euríbor menos un diferencial fijado en un 0,10%. El resultado positivo o negativo de las liquidaciones dependía para cada período de liquidación y alcanzaron resultados diversos en cada uno de los años de vigencia del contrato, tal y como ha quedado reflejado en los antecedentes recogidos en el primer fundamento jurídico de esta sentencia".

Por tanto, se mantiene como doctrina en supuestos de nulidad de contrato de permuta financiera (swap) por error, vicio, que el día inicial del cómputo de plazos de caducidad debe entenderse producido en el momento del agotamiento del contrato, de la extinción del swap.

2.- Si se aplica la anterior doctrina al caso de autos procede la estimación del recurso, pero no porque la sentencia recurrida haya infringido la doctrina de la sala al tiempo de su dictado, sino porque posteriormente, según se ha expuesto, a raíz de la sentencia de pleno 89/2018, de 9 de febrero, la doctrina se ha modificado.

En la fecha que establece la sentencia de primera instancia, y que la audiencia respeta, de 12 de mayo de 2009 tuvo lugar la extinción y agotamiento del contrato por ser cuando se cumplió la prestación y la efectiva, y no estimativa, producción de sus consecuencias económicas, siendo ésta la que constituye *dies a quo* para el cómputo de la caducidad.

**TERCERO.-** Llegados a esta fase de la decisión del recurso surge la interrogante de si procede la devolución de los autos al tribunal para que dicte sentencia sobre la cuestión de fondo no resuelta en la recurrida.

Decíamos en la sentencia de 16 de noviembre de 2016 que la sala en supuestos extraordinarios ha declarado que no procede asumir la instancia, y sí devolver las actuaciones a la audiencia provincial para que dicte nueva sentencia en relación con las pretensiones objeto de debate, con plena jurisdicción a la hora de valorar la prueba, "pues esta solución no está excluida del artículo 487.2 LEC para los recursos de casación fundados en el artículo 477.2.2.0 LEC, y, se estima en este caso necesaria para evitar que la decisión del asunto se vea privada de una instancia" ( SSTS de 10/9/2012, Rec. 1740/2009, de 3 de marzo cte 2011, rec. 2180/2006, de 18 de julio de 2011, rec. 2103/2007, de 25 de mayo de 2010, rec. 1020/2005, y las que en ella se citan), como así lo denuncian los recurrentes..."

Es cierto que normalmente se ha pronunciado la sala en tal sentido en supuestos de desestimación de la prescripción o caducidad acogidas en las instancias, de forma que en éstas no se había valorado la prueba sobre el fondo de la cuestión litigiosa y, lógicamente, tampoco se habría enjuiciado en derecho ( STS 899/2011 de 30 noviembre). Falta por tanto, y de un modo absoluto, el juicio de hecho y de derecho sobre la materia objeto del proceso. De ahí que, no siendo en absoluto la casación un nuevo juicio que, como la apelación, permita una cognición plena sobre todas las cuestiones de fondo de hecho y de derecho sometidas a debate, y no habiendo sido estas enjuiciadas, en puridad, por ninguna instancia, el pronunciamiento de esta Sala deba limitarse como autoriza el artículo 487.2 LEC, a casar la sentencia recurrida para que el tribunal de apelación, como órgano de derecho objeto del proceso, las resuelva en sentencia".

Pero también lo es que en el caso de autos la sentencia de primera instancia ha enjuiciado, como hemos concretado, el juicio de hechos y de derecho de la cuestión litigiosa de un modo riguroso y completo.



Ahora bien, basta con apreciar los términos en que la entidad demandada formuló el recurso de apelación, para constatar que las partes merecen una revisión por parte del órgano de la segunda instancia, por ser una función más propia de la audiencia que de esta sala, dada la extensa y singular formulación de los motivos del recurso de apelación, habiendo ofrecido respuesta la sentencia recurrida solo al relativo a la caducidad de la acción.

Se impugnó lo siguiente:

- 1.- Que la acción no se encontraba caducada en el momento de interponer la demanda por aplicación del artículo 135 de la LSC, tal y como se establece en el fundamento de derecho décimo cuarto de la sentencia recurrida.
- 2.- Que existiera error en cuanto al coste de cancelación del producto contratado en los términos del fundamento de derecho décimo tercero.
- 3.- Que se impongan las costas a mi mandante pese a existir una estimación parcial de la demanda como se concreta en el fundamento de derecho décimo sexto y décimo octavo.
- 4.- Que se declare la nulidad de un contrato finalizado por mutuo acuerdo de las partes más de cuatro años antes de la interposición de la demanda tal y como se manifiesta en el fundamento de derecho décimo quinto.
- 5.- Que nos encontramos ante un contrato complejo, que no se proporcionó suficiente información precontractual, que medió asesoramiento y la aplicación de la Ley del Mercado de Valores tal y como se manifiesta en el fundamento de derecho cuarto y noveno.
- 6.- Y sobre todo, que el contrato debe ser anulado por vicio y error en el consentimiento por haber incurrido la demandante en un error esencial y excusable del consentimiento en relación con el posible precio de cancelación anticipada según el Fundamento de Derecho Décimo Tercero.
- 7.- El fallo de la sentencia que estima la demanda, declara la nulidad del contrato Clip Hipotecario Óptimo 05/09 y La acción ejercitada podría estar caducada.

La recurrente de apelación concluyó:

- 1.- La acción ejercitada podría estar caducada.
- 2.- Bankinter informo debidamente de todas las características y del funcionamiento del contrato a la parte demandante conforme a los criterios de transparencia, y buena práctica bancaria.
- 3.- La parte actora ha entendido, consentido y validado el contrato con sus propios actos.
- 4.- La demandante no ha acreditado la existencia de error que invalide el consentimiento. Y en el supuesto de que existiera dicho error, lo que negamos rotundamente, sería un error inexcusable.
- 5.- Resulta contrario a la teoría de los actos propios" pedir la nulidad de un contrato resuelto hacía ya dos años.

Como consecuencia de lo expuesto lo procedente es la devolución de las actuaciones al tribunal de apelación para que con libertad de criterio, y sin que pueda ya apreciar la caducidad de la acción, resuelva el recurso de apelación.

**CUARTO.-** De conformidad con lo previsto en los artículos 394.1 y 398.1 de la LEC, no se imponen a la parte recurrente las costas del recurso.

## FALLO

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

- 1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación de Bufete Bermudo & Quijada y Asociados Patrimonial, S.C. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 29 de marzo de 2016, por la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 8.ª, en el rollo de apelación n.º 244/2016, dimanante del juicio ordinario n.º 764/2013, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Sevilla.
- 2.º- Casar la sentencia recurrida y devolver las actuaciones al tribunal de apelación para que, con libertad de criterio, y sin que pueda ya apreciar la caducidad de la acción, resuelva el recurso de apelación en los términos que aparece formulado.
- 3.º- No se imponen a la recurrente las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.