



Roj: **STS 2172/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2172**

Id Cendoj: **28079110012019100353**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/06/2019**

Nº de Recurso: **3309/2016**

Nº de Resolución: **346/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP PO 1622/2016,**
STS 2172/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 346/2019

Fecha de sentencia: 21/06/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3309/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/06/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

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

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

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: 3309/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 346/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.^a M.^a Angeles Parra Lucan



En Madrid, a 21 de junio de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 26 de julio de 2016, dictada en recurso de apelación 886/2015, de la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, dimanante de autos de juicio ordinario 408/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Vigo; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por Promociones López y Acuña S.L., representado en las instancias por el procurador D. José Francisco Vaquero Alonso, bajo la dirección letrada de D. José C. Santiago Cameron-Walker, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación el mismo procurador en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Banco de Santander S.A., representado por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo, bajo la dirección letrada de D. Eneko Goenaga Egibar.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- La entidad mercantil Promociones López y Acuña S.L., representada por el procurador D. José Francisco Vaquero Alonso, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Santander S.A. y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

"Por la que estimando íntegramente la demanda se declare y condene a Banco Santander S.A. a:

"1.- La nulidad por vicio de consentimiento derivado de error esencial -o subsidiariamente resolución por incumplimiento culpable de la demandada- de los contratos denominados confirmación de permuta financiera de tipos de interés (*swap* bonificado escalonado con barrera *Knock-in in Arrears*), fechado a 19-05-2006, y posterior contrato de cancelación anticipada de la antes referida operación (con los gastos inherentes), y confirmación de nueva operación de permuta financiera de tipos de interés (*swap* bonificado reversible media) con fecha de inicio de 21-05-2007 y vencimiento a 21.05.2010, por un nominal de 1.000.000.-€, reseñadas en los hechos primero y segundo de esta demanda.

"2.- Derivado de lo anterior, la recíproca restitución de prestaciones y gastos, acordando la restitución a mi patrocinada de la cantidad de 66.080,15 euros, por los conceptos expresados en el hecho octavo del presente escrito (una vez deducido por compensación el importe de las liquidaciones a devolver por mi mandante) más los intereses legales de la expresada cantidad a devengar desde las fechas de las respectivas liquidaciones.

"3.- Subsidiariamente, se condene a la demandada por incumplimiento contractual a indemnizar a mi patrocinada por los daños y perjuicios causados, con la cantidad de 66.080,15 euros, más los intereses legales a devengar desde las fechas de las respectivas liquidaciones.

"Condenando a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones, llevando a cabo la restitución y entrega prevista en el punto 2, y subsidiariamente al abono de la cantidad señalada en el punto 3.

"Imponiendo a la demandada las costas causadas por su temeridad y mala fe".

2.- La entidad demandada Banco de Santander, representada por el procurador D. Juan M. Señorans Arca, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

"Desestimatoria de las pretensiones de la demanda, con expresa condena en costas a la parte demandante".

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Vigo se dictó sentencia, con fecha 8 de septiembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo. Desestimando la demanda formulada por Promociones López y Acuña S.L., contra Banco Santander S.A.; sin que haya lugar a hacer los pronunciamientos en ella solicitados, y absolviendo a la demandada. Sin que haya lugar a hacer pronunciamiento condenatorio en materia de costas procesales".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra con sede en Vigo, dictó sentencia, con fecha 26 de julio de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Que al desestimar el recurso de apelación interpuesto por Promociones López y Acuña S.L. representada por el procurador Sr. Vaquero Alonso debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada en autos de juicio ordinario 408/14 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Vigo, con imposición de las costas de esta segunda instancia a la parte recurrente".



TERCERO.- 1.- Por Promociones López y Acuña S.L. se interpuso recurso de casación por interés casacional del que solo se ha admitido el primer motivo basado en:

Motivo primero.- Por infracción de lo dispuesto en los arts. 1300 y 1301 del Código Civil, al apreciar indebidamente la caducidad de la acción de nulidad entablada, y considerar que el asunto presenta interés casacional al oponerse la sentencia recurrida, en su fundamento de derecho segundo, a la doctrina mantenida en las sentencias, entre otras de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3.ª, sentencia 207/204, de 22 de septiembre, rec. 3207/2014 y sentencia 203/2013, de 19 de junio, rec. 3071/2013; o incluso por la propia sala *a quo*, en su sentencia 426/2015, de 14 de septiembre, rec. 475/2014, relativas todas ellas a unidad contractual y sus consecuencias jurídicas en orden a la fijación del *dies a quo* para el inicio del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción, en los términos que establece las STS 569/2003, de 20 de febrero de 2008, y 469/2015, de 16 de septiembre.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 13 de marzo de 2019, se acordó admitir el recurso interpuesto únicamente en el primero de los motivos, no admitiendo el segundo motivo del recurso de casación, y dando traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido la parte recurrida personada dejó transcurrir el término sin presentar oposición alguna.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 5 de junio de 2019, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes.

1.- La demanda.

- La demanda se interpone por una sociedad limitada frente al banco (Banco Santander).

- Sobre nulidad por error vicio de:

- Un contrato de permuta financiera suscrito el 19 de mayo de 2006.

- Un posterior contrato de cancelación anticipada de ese swap con efecto de febrero de 2007 y de confirmación de una nueva operación suscrito el 21 de mayo de 2007, con vencimiento el 21 de mayo de 2010.

- Demanda interpuesta el 13 de mayo de 2014

[La acción subsidiaria de indemnización por incumplimiento contractual ha quedado fuera de la casación].

Se acompañaba con la demanda el informe de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 20 de junio de 2012 que indicaba:

"Banco Santander no ha acreditado que dispusiera de información suficiente sobre el reclamante que permitiera valorar la adecuación de los productos contratados a su experiencia o perfil inversor".

2.- La sentencia de primera instancia.

- Declaró la caducidad de la acción de nulidad por error vicio.

- Desestimó la demanda también en cuanto a la acción subsidiaria de incumplimiento contractual.

3.- La sentencia de segunda instancia. Desestimó el recurso de apelación.

En lo que ahora interesa:

La sentencia de segunda instancia declara caducada la acción de nulidad por error vicio de ambos swaps, a partir de la doctrina de la STS del pleno 769/2014, de 12 de enero de 2015, porque el primer swap se canceló anticipadamente con un coste de más de 20.000 euros, el 21 de mayo de 2007, y en ese mismo momento se confirmó una nueva operación de swap, de manera que el 21 de mayo de 2007 el cliente tenía conciencia del error y ese es el día inicial del cómputo del plazo de caducidad, por lo que a la presentación de la demanda el 13 de mayo de 2014 la acción había caducado respecto a los dos swaps. Se rechaza en esta sentencia la tesis de la unidad negocial (entiende que la consideración de una contratación única no significa que no hubiera dos contratos y que el hecho de que en la cancelación del primer swap hubo un coste de más de 20.000 euros excluye la posibilidad de alegar desconocimiento del producto en la firma del segundo swap).

4.- Interposición del recurso de casación.

- La sociedad limitada demandante ha interpuesto recurso de casación, por la vía del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC .

- Solo se ha admitido el motivo primero.

SEGUNDO .- *Motivo único.*

Motivo primero.- Por infracción de lo dispuesto en los arts. 1300 y 1301 del Código Civil , al apreciar indebidamente la caducidad de la acción de nulidad entablada, y considerar que el asunto presenta interés casacional al oponerse la sentencia recurrida, en su fundamento de derecho segundo, a la doctrina mantenida en las sentencias, entre otras de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3.ª, sentencia 207/204, de 22 de septiembre, rec. 3207/2014 y sentencia 203/2013, de 19 de junio, rec. 3071/2013 ; o incluso por la propia sala *a quo* , en su sentencia 426/2015, de 14 de septiembre, rec. 475/2014 , relativas todas ellas a unidad contractual y sus consecuencias jurídicas en orden a la fijación del *dies a quo* para el inicio del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción, en los términos que establece las STS 569/2003, de 20 de febrero de 2008 , y 469/2015, de 16 de septiembre .

Se estima el motivo.

En el contrato de mayo de 2007 de confirmación del segundo swap consta:

"1- Cancelación anticipada de la operación de permuta financiera de tipos de interés contratada por Promociones López Acuña S.L., en fecha 19/05/2006 por importe de 1.000.000.00 EUR y vencimiento el 22/05/2009 (en adelante, "la operación cancelada").

"Por la presente acordamos cancelar en su totalidad la operación cancelada con efectos desde el día 07/05/2007 (en adelante, "la fecha de cancelación anticipada").

"Dicha cancelación anticipada implica el pago por parte del cliente de un importe de 26.138,02 EUR que será cargado en la cuenta del cliente con fecha valor el segundo día hábil posterior a la fecha de cancelación anticipada y la contratación simultánea de la operación que se detalla en el apartado 2 siguiente.

"En consecuencia y desde la fecha de cancelación anticipada la operación cancelada se entenderá terminada en su totalidad y todos los derechos y obligaciones de las partes derivados de la mencionada operación cancelada se considerarán extinguidos.

"La cancelación efectuada en estas condiciones implica necesaria e inseparablemente la contratación de la nueva operación que se describe a continuación.

"2. Confirmación de la nueva operación de permuta financiera de tipos de interés.

"En virtud del presente documento se confirman los términos y condiciones de la nueva operación (en adelante, "la operación") acordada entre nosotros en la fecha de la operación más abajo indicada. Este documento constituye una confirmación a los efectos establecidos en el contrato marco de operaciones financieras en la forma publicada por la Asociación Española de Banca Privada (AEB) (en adelante, el "contrato marco"). Si a la fecha de la operación existe un contrato marco firmado entre las partes, la presente confirmación formará parte y estará sujeta a dicho contrato. En el caso de que en la fecha de la operación no tuviéramos firmado un contrato marco, por la presente se acuerda hacer todo lo posible para negociar y firmar un contrato marco con las modificaciones que de buena fe acordemos. Todas las estipulaciones contenidas o incorporadas mediante referencia al contrato marco regularán esta confirmación, salvo lo expresamente modificado en la misma. En caso de discrepancia entre lo dispuesto en el contrato marco y esta confirmación, prevalecerá lo dispuesto en esta última".

Del referido contrato se deduce que en unidad temporal y de contrato se accede a la cancelación del primer swap y contratación de uno nuevo, por lo que estamos ante unos swap encadenados y en unidad de relación jurídica, por lo que el plazo de la acción de nulidad habrá de computarse desde que el último contrato se consumaba, a saber el 21 de mayo de 2010.

Declara esta sala en sentencia 720/2018, de 19 de diciembre :

"La sentencia dictada por la Audiencia se apoya en la doctrina sentada por esta sala en sentencias núm. 769/2014 y 489/2015 , ya citadas, referida al momento inicial del cómputo del plazo de caducidad en estos casos, que se fijaba en el momento en que podía entenderse que -racionalmente- la parte hubiera podido conocer la existencia del error. Pero es lo cierto que dicha doctrina, ante los inconvenientes prácticos e inseguridad que hipotéticamente podía generar en determinados casos, se amplió posteriormente entendiendo que el día inicial del cómputo de dicho plazo debía quedar establecido en el momento en que finaliza la relación contractual como fecha de consumación del contrato. Así se ha establecido a partir de la



sentencia núm. 89/2018, de 19 febrero , seguida por otras como la núm. 202/2018, de 10 abril , y 579/2018, de 17 de octubre . Se sostiene que:

""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"".

TERCERO .- *Decisión de la sala.*

Esta sala ha declarado en sentencia 695/2018, de 11 de diciembre :

"En la sentencia recurrida se declara que los contratos de swap están vinculados unos a otros, entiéndase encadenados, y ello consta en la redacción de varios de ellos, que expresamente reconocen que son reestructuración de uno anterior"...

"El propio recurrente reconoce: "Por ello, se puede observar que hay una sucesión de contratos que, como indica la propia sentencia recurrida, se extinguen y se suscriben unos nuevos. Dicha finalización de cada uno da lugar, en su caso, a la suscripción de un nuevo contrato completamente independiente".

"En sentencia 692/2017 de 20 de diciembre se declaró:

""En cuanto al encadenamiento de los contratos, derivado de la previa existencia de un contrato de swap, debemos declarar que ambos forman parte de un único negocio jurídico, en cuanto el segundo es una renovación del primero, dado que la extinción pactada del primero, fue un antecedente necesario para la contratación del segundo, según negociaron las partes, como ya dijimos (FDD segundo).

" Esta sala en sentencia 107/2017, de 17 de febrero , declaró:

""La jurisprudencia sobre la confirmación de los contratos de permuta financiera viciados por error en el consentimiento, ha sido compendiada en la reciente sentencia 691/2016, de 23 de noviembre .

""En esta sentencia, se hace una primera remisión a la doctrina general contenida en las sentencias 19/2016, de 3 de febrero , y 503/2016, de 19 de julio :

""Como decíamos en dichas sentencias, como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria"".

En suma, la cadena de reestructuración es completa, por ello la fecha de inicio de la acción se computa tras la consumación del último swap (21-5-2010), y habiéndose interpuesto la demanda el 13 de mayo de 2014, no se habría extinguido la acción (art. 1301 C. Civil), dado que no había transcurrido el plazo de cuatro años.

CUARTO .- La estimación del recurso conlleva que sea casada la sentencia recurrida y, de acuerdo con el criterio seguido por la sala (sentencia 899/2011, de 30 de noviembre , seguida por otras, como las sentencias 721/2014, de 17 de diciembre , 97/2015, de 24 de febrero ; 623/2016, de 20 de octubre), al haber apreciado la Audiencia la caducidad de la acción ejercitada en la demanda, no ha llegado a valorar la prueba practicada -valoración que cuestionaba la parte recurrente en apelación- ni tampoco ha formulado juicio en derecho sobre el fondo de la cuestión litigiosa. De ahí que, no siendo en absoluto la casación un nuevo juicio que, como la apelación, deba abordar de modo pleno todas las cuestiones de fondo de hecho y de derecho sometidas a debate, el pronunciamiento de esta sala debe limitarse, como autoriza el artículo 487.2 LEC , a casar la sentencia recurrida para que el tribunal de apelación, como órgano de instancia plenamente facultado para conocer de todas las cuestiones de hecho y de derecho objeto del proceso, las resuelva en una nueva sentencia



que no podrá ya apreciar la caducidad de la acción ejercitada en la demanda, solución ya adoptada por la STS del pleno de esta sala de 29 de abril de 2009 (RC. 325/06) y la de 7 de octubre de 2009 (RC. 1207/2005) en sendos casos de apreciación de caducidad y de prescripción de la acción por el tribunal de segunda instancia, unido ello a que tampoco el juzgado conoció del fondo de la cuestión litigiosa.

QUINTO.- Estimado el recurso de casación, no procede la imposición de las costas causadas por dicho recurso y procede la devolución del depósito constituido (artículos 394 y 398.2 LEC y apartado 8 de la disposición adicional 15.ª LOPJ).

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 Promociones López y Acuña S.L., contra la sentencia de fecha 26 de julio de 2016, de la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, apelación 886/2015 .

2.º- Casar la sentencia recurrida y devolver las actuaciones al referido tribunal de apelación para que, no pudiendo apreciar ya la caducidad de la acción de nulidad contractual, dicte, a la mayor brevedad, nueva sentencia pronunciándose sobre todas las demás cuestiones planteadas en el recurso de apelación.

3.º- No hacer especial declaración sobre las costas del presente recurso.

4.º- Ordenar la devolución 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.