



Roj: **STS 370/2021 - ECLI:ES:TS:2021:370**

Id Cendoj: **28079110012021100051**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/02/2021**

Nº de Recurso: **2782/2018**

Nº de Resolución: **57/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MU 242/2018,**
STS 370/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 57/2021

Fecha de sentencia: 08/02/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2782/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 02/02/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIA DE MURCIA. SECCIÓN 1.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN núm.: 2782/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 57/2021

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg



En Madrid, a 8 de febrero de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. José y D.^a Modesta, representados por el procurador D. Guillermo Navarro Leante y bajo la dirección letrada de D. Carlos Arnau Martínez, contra la sentencia n.º 65/2018, de 5 de febrero, dictada por la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Murcia en el recurso de apelación n.º 1012/2017, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 87/2016 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Caravaca de la Cruz, sobre permuta financiera (swap). Ha sido parte recurrida Banco Santander S.A., representada por el procurador D. Juan Esmeraldo Navarro López y bajo la dirección letrada de D. Antonio Poveda Bañón.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- D. José y D.^a Modesta interpusieron demanda de juicio ordinario contra Banco Santander S.A., en la que solicitaban se dictara sentencia por la que:

"Declare la nulidad de los **Contratos** de permuta financiera suscritos el 30 de octubre de 2006 y 30 de mayo de 2007, así como del **contrato** sobre operaciones financieras, por inexistencia de consentimiento, quebrantamiento de normativa de imperativo cumplimiento por parte de la demandada que incide directamente en la celebración del negocio jurídico, o por ausencia de objeto.

"Subsidiariamente, que se declare la anulabilidad de los **contratos** de permuta financiera anteriormente descritos por vicio en el consentimiento ocasionado por una defectuosa comercialización por parte del personal de la entidad, que no informó ni asesoró correctamente a mis mandantes antes de prestar dicho consentimiento.

"Subsidiariamente, que se declare la resolución de los **contratos** de permuta financiera y en todo caso la reparación patrimonial o indemnización por defectuosa comercialización de los **contratos** indicados, por incumplimiento de los exigibles deberes de información sobre el **contrato** y durante su ejecución, referida en la normativa aplicable, muy especialmente de la Ley del Mercado de Valores, así como manifiesta oscuridad en su clausulado, y todo ello sin coste alguno para mi mandante.

"Que en cualquiera de los casos, bien como retrocesión de las prestaciones o bien como indemnización por los perjuicios causados, se condene a la demandada a retroceder a mis mandantes la cantidad correspondiente al total de las liquidaciones negativas a las que han tenido que hacer frente, descontando la única liquidación positiva detectada y producida, lo cual, supone a fecha de interposición de demanda, una cantidad que se cifra por esta parte de forma provisional en el importe de CIENTO TREINTA Y CUATRO MIL CIENTO QUINCE EUROS CON TREINTA Y CINCO CÉNTIMOS (134.115,35 €).

"Que se declare la nulidad del préstamo suscrito por mi mandante el 1 de julio de 2011, al ser suscrito con la exclusiva finalidad de abonar una liquidación de la permuta financiera, con los efectos restitutorios procedentes.

"Se condene a la entidad demandada al pago de las costas procesales".

2.- La demanda fue presentada el 2 de marzo de 2016 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Caravaca de la Cruz fue registrada con el n.º 87/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- Banco Santander S.A. contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba dictar sentencia:

"Por la que se desestime íntegramente la demanda interpuesta de contrario, estimando la excepción previa y/o en su caso entrando en el fondo del asunto absuelva a mi parte de todos los pedimentos contra ella deducidos y con expresa imposición de costas a la parte demandante".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Caravaca de la Cruz dictó sentencia de fecha 28 de noviembre de 2016, con el siguiente fallo:

"Que estimando la demanda presentada por el procurador D. Guillermo Navarro Leante, en nombre y representación de D. José y D.^a Modesta contra la entidad "Banco de Santander S.A.", representada por el procurador D. Juan E. Navarro López, debo:

"I.- declarar la nulidad de los **contratos** de permuta financiera suscritos el 30 de octubre de 2006 y 30 de mayo de 2007, así como del **contrato** sobre operaciones financieras, por inexistencia de consentimiento,



quebrantamiento de la normativa de imperativo cumplimiento por parte de la demandada que inciden directamente en la celebración del negocio jurídico.

"II.- como indemnización por los perjuicios causados, condenar a la demandada a pagar a los actores la cantidad correspondiente al total de las liquidaciones negativas a las que han tenido que hacer frente, descontando la única liquidación positiva detectada y producida, lo cual supone a fecha de interposición de la demanda, una cantidad que se cifra de forma provisional en el importe de ciento treinta y cuatro mil ciento quince euros con treinta y cinco céntimos (134.115,35 €).

"III.- declarar la nulidad del préstamo suscrito por sus mandantes el 1 de julio de 2011, al ser suscrito con la exclusiva finalidad de abonar una liquidación de la permuta financiera, con los efectos restitutorios procedentes.

"IV.- condenar a la entidad demandada al pago de las costas procesales".

5.- El Banco Santander S.A. solicitó aclaración y subsanación de la sentencia que fue denegada mediante auto de fecha 2 de marzo de 2017.

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco Santander S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Murcia, que lo tramitó con el número de rollo 1012/2017 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 5 de febrero de 2018, con el siguiente fallo:

"Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Banco de Santander S.A., contra la sentencia dictada en fecha 28 de noviembre de 2016, aclarada por auto de 2 de marzo de 2017 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Caravaca de la Cruz, en los autos de juicio ordinario n.º 87/16, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS dicha resolución y por la presente acordamos que desestimando la demanda interpuesta por D. José y D.ª Modesta debemos absolver y absolvemos a Banco de Santander S.A. de las pretensiones deducidas en su contra y todo ello sin expresa condena a ninguna de las partes al pago de las costas de la primera instancia ni de esta alzada".

3.- D. José y D.ª Modesta solicitaron aclaración y complemento de la sentencia que fue denegado mediante auto de 15 de marzo de 2018.

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

1.- D. José y D.ª Modesta interpusieron recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Infracción del artículo 1301 CC y a la doctrina del TS en cuanto al *dies a quo* para la caducidad en su aplicación a los **contratos** de swap.

"Segundo.- Infracción del art. 1101 CC y con relación a los arts. 78 y 79 LMV y al RD 629/1993".

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 las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 14 de octubre de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. José y D.ª Modesta contra la sentencia dictada en segunda instancia el 5 de febrero de 2018, por la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, en el rollo de apelación n.º 1012/2017, dimanante del juicio ordinario n.º 87/2016, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Caravaca de la Cruz".

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 13 de enero de 2021 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 2 de febrero de 2021, en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Antecedentes**

El recurso versa sobre el ejercicio de la acción anulabilidad por error vicio del consentimiento y, subsidiariamente, de la acción de indemnización de daños por incumplimiento de las **obligaciones** de información que incumben a la entidad financiera que recomienda al cliente la contratación de un producto de cobertura de tipos de interés (swap).

Son antecedentes necesarios para la resolución del recurso los siguientes.

1. El 2 de marzo de 2016, D. José y D.^a Modesta interpusieron demanda contra Banco Santander alegando que el 30 de octubre de 2006 y el 30 de mayo de 2007 habían concertado dos **contratos** de permuta de tipos de interés que les ofrecieron en la entidad como un seguro que les cubriría frente a las subidas de los tipos de interés en el préstamo hipotecario a interés variable que habían concertado el 26 de octubre de 2006 para financiar una farmacia. Los demandantes explicaron que el primer **contrato** de swap vencía el 31 de octubre de 2011, pero que lo cancelaron a requerimiento de la directora de la sucursal, que les envió un fax, y les explicó que el resultado de la nueva contratación era garantizarse un tipo fijo en el préstamo durante cuatro años. Explicaron que el primer swap tuvo una liquidación positiva pero que, tras la contratación del segundo swap, pagaron importantes liquidaciones negativas. El swap celebrado el 30 de mayo de 2007 vencía el 1 de julio de 2011 y para abonar la última liquidación los demandantes concertaron un préstamo personal con la demandada, siendo el 1 de julio de 2016 la fecha prevista para el pago de la última cuota.

Solicitaron la declaración de nulidad de los dos **contratos** de swap, subsidiariamente la anulabilidad, subsidiariamente la resolución o indemnización de daños por incumplimiento de los deberes de información y, en cualquiera de los casos, la "retrocesión" de las prestaciones o la indemnización, que cifraban en el importe de las liquidaciones negativas menos la positiva recibida. Solicitaron también la nulidad del **contrato** de préstamo de 1 de julio de 2011 con los efectos restitutorios procedentes, que no concretaron.

2. La sentencia de primera instancia, que estimó la demanda, fue recurrida en apelación por la entidad financiera demandada. La Audiencia estimó el recurso de apelación, desestimó la demanda y absolvió a la demandada de todas las pretensiones ejercitadas en su contra.

3. La Audiencia, en primer lugar, estimó la denuncia de incongruencia interna al apreciar que, si bien el juzgado razonó en sus fundamentos sobre la existencia de error vicio por falta de información por parte de la entidad, en el fallo declaró la nulidad por ausencia de consentimiento, sin que existiera referencia ni justificación alguna en la fundamentación de la sentencia al respecto. A continuación la Audiencia, examinando la demanda, se pronunció, desestimándolas, sobre todas las acciones ejercitadas.

En síntesis, por lo que se refiere a los **contratos** de swaps impugnados, la Audiencia rechazó la nulidad de pleno derecho, consideró que la acción de anulabilidad se había ejercido transcurrido el plazo de cuatro años del art. 1301 CC, desestimó la acción de resolución contractual y la de indemnización de daños. Por lo que se refiere al **contrato** de préstamo personal concedido por la demandada a la demandante para que esta última abonara la última liquidación negativa del **contrato** de permuta financiera, la Audiencia rechazó la petición de nulidad por no haber invocado la parte demandante el vicio de que adolecía.

La Audiencia, a pesar de estimar el recurso de apelación de la demandada y desestimar íntegramente la demanda, no puso las costas de la primera instancia a la parte demandante por considerar que, conforme a la amplia fundamentación de la sentencia de primera instancia, había existido un evidente incumplimiento por la entidad demandada de sus **obligaciones** de información al cliente sobre las consecuencias negativas de los **contratos**.

4. Los demandantes interponen recurso de casación fundado en dos motivos.

SEGUNDO. Recurso de casación

1. *Planteamiento del primer motivo.* El primer motivo denuncia la infracción del art. 1301 CC y de la doctrina jurisprudencial en cuanto al *dies a quo* para el plazo de ejercicio de la acción en su aplicación a los **contratos** de swap.

En su desarrollo sostiene que, de acuerdo con la doctrina sentada en la sentencia del pleno 89/2018, de 19 de febrero, el plazo debe computarse desde la consumación del **contrato**, y que en el caso la última liquidación negativa de fecha 30 de mayo de 2011 se abonó mediante una póliza de crédito suscrita por las partes el 1 de julio de 2011 y vencimiento el 1 de julio de 2016, de modo que el término inicial del plazo debía computarse desde ese momento, por lo que cuando se presentó la demanda no había transcurrido el plazo de ejercicio de la acción.

El motivo, por lo que se dice a continuación, se desestima.



2. *Decisión de la sala. Desestimación del primer motivo.* Para valorar si la acción de anulabilidad se había ejercido dentro del plazo previsto en el art. 1301 CC, la Audiencia tuvo en cuenta, en primer lugar, la fecha de vencimiento de los **contratos** de swaps impugnados (el primero quedó cancelado el 25 de mayo de 2007 y el segundo venció de forma ordinaria el 30 de mayo de 2011), por lo que entendió que cuando se presentó la demanda ya habían transcurrido más de cuatro años. Añadió que, aunque se tomase como punto de partida la fecha de conocimiento de las consecuencias negativas derivadas del producto financiero, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como en el caso la primera liquidación negativa tuvo lugar el 28 de mayo de 2010, también habrían pasado los cuatro años cuando se presentó la demanda. Finalmente, la Audiencia descartó el argumento que había utilizado en la instancia la parte demandante y que ahora sirve de fundamento para este motivo de casación, y razonó que, puesto que el perjuicio existía desde 2010, la acción debería haberse ejercitado hasta el 28 de mayo de 2014, con independencia de la forma de pago de la última liquidación.

De acuerdo con la sentencia del pleno 89/2018, de 19 de febrero, en los **contratos** de swaps "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".

En el caso, el cumplimiento de todas las prestaciones se produjo cuando los demandantes pagaron la última liquidación, con independencia de que para ello solicitaran un préstamo que terminaron de pagar más tarde. En consecuencia, si pagaron la última liquidación el 1 de julio de 2011, cuando interpusieron la demanda el 2 de marzo de 2016 ya había transcurrido el plazo de cuatro años del art. 1301 CC.

De este modo, aunque no resulten correctas las referencias que contiene la sentencia recurrida a la fecha de conocimiento de las consecuencias negativas derivadas del producto financiero o al momento de la existencia del perjuicio, la estimación del motivo carecería de efecto útil, pues, por la razón que se acaba de exponer, la acción de anulabilidad de los **contratos** de swap se interpuso transcurridos cuatro años desde el cumplimiento de todas las prestaciones de los **contratos** impugnados.

3. *Planteamiento del segundo motivo.* El segundo motivo denuncia la infracción del art. 1101 CC en relación con los arts. 78 y 79 LMV.

En el desarrollo del motivo se explica que, de acuerdo con la jurisprudencia, el incumplimiento de los deberes que le incumben a la demandada en virtud del asesoramiento que presta al cliente a quien ofrece productos como el litigioso (entre ellos los de información) es título jurídico que sirve de base para la reclamación de los daños sufridos por la actora. Argumenta que, en el caso, la sentencia de primera instancia consideró acreditado el incumplimiento de los deberes de información y que la sentencia de la Audiencia afirmó que "ha existido un evidente incumplimiento de la entidad demandada de sus **obligaciones** de información al cliente que motivaron que este no fuese plenamente consciente de las consecuencias negativas de dicho **contrato**". Añade que, sin embargo, la sentencia recurrida, en contra del criterio de la jurisprudencia, no considera que el incumplimiento del deber de información sea título que justifique la responsabilidad por los daños causados a la demandante y concretados en las liquidaciones negativas (de las que se han restado las positivas) sufridas con ocasión de la contratación del producto.

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

4. *Decisión de la sala. Estimación del segundo motivo.* La sentencia recurrida, a pesar de que consideró que en el suplico de la demanda la indemnización de daños se condicionaba a la pretensión de resolución contractual que desestimó (desestimación de la acción de resolución que no ha sido objeto de impugnación en el recurso de casación), añadió que, "no obstante, y con el fin de dar respuesta a las cuestiones planteadas en la demanda", iba a dar respuesta a la acción de indemnización de daños y perjuicios articulada en la demanda. Y, al hacerlo, declaró que los incumplimientos en que basaban los actores su reclamación eran propios de la fase precontractual o contractual y por ello no estaban sometidos al derecho de indemnización de daños previsto en el art. 1101 CC.

Debemos advertir, en primer lugar, que, contra lo que dice la demandada ahora recurrida en su escrito de oposición al recurso, en el motivo no se introduce ninguna cuestión nueva. Tampoco se opone a la estimación del motivo del recurso el que se pusieran de manifiesto de manera provisoria causas de inadmisión. Hechas las pertinentes alegaciones por las partes, la sala consideró admisible el recurso por auto de 14 de octubre de 2020 y lo cierto es que en la demanda se ejercitó de manera subsidiaria tanto la acción de resolución ex art. 1124 CC como la de indemnización ex art. 1101 CC (esto último queda evidenciado, además, por la oposición expresa de Banco Santander en la contestación a la demanda a la petición subsidiaria "sobre la base de la



responsabilidad contractual establecida en el art. 1101 y siguientes del CC en relación con el art. 79 LMV y con el art. 62.2 el RD 217/2008") y que el razonamiento contenido en la sentencia recurrida sobre la inaplicabilidad del art. 1101 CC no es conforme con la doctrina de esta sala.

Esta sala ha reiterado que, en el marco de una relación de asesoramiento prestado por una entidad de servicios financieros, y a la vista del perfil e intereses de inversión del cliente, puede surgir una responsabilidad civil al amparo del art. 1101 CC por el incumplimiento o cumplimiento negligente de las **obligaciones** surgidas de esa relación de asesoramiento financiero, que causa al inversor un perjuicio consistente en la pérdida total o parcial de su inversión, siempre y cuando exista una relación de causalidad entre el incumplimiento o cumplimiento negligente y el daño indemnizable (entre otras, sentencias 677/2016, de 16 de noviembre, 62/2019, de 31 de enero, 303/2019, de 28 de mayo y 165/2020, de 11 de marzo, 536/2020, de 16 de octubre, y 628/2020, de 24 de noviembre).

La aplicación de la doctrina de la sala conduce a la estimación del recurso de casación y, al asumir la instancia, a la estimación de la pretensión de indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de las **obligaciones** legales de información, que, con cita del art. 1101 CC, fue ejercitada en la demanda.

Así resulta de la aplicación de la doctrina de la sala a los hechos probados en la instancia, toda vez que, de manera correcta, el juzgado constató minuciosamente que había quedado acreditada la falta de información por parte de la entidad sobre la característica de las operaciones y sus riesgos (a la vista fundamentalmente de la documentación aportada y de las declaraciones de la directora de la sucursal donde se contrataron los productos), lo que fue ratificado por la Audiencia (que afirmó que "ha existido un evidente incumplimiento de la entidad demandada de sus **obligaciones** de información al cliente").

Partiendo del carácter minorista de los demandantes, lo que no ha sido discutido, y de la recomendación que la entidad hizo de los productos contratados, queda acreditada igualmente la relación de asesoramiento, de acuerdo con la doctrina sentada por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 SL (C-604/2011). En este contexto, el incumplimiento de los deberes de información que determinó la celebración de los **contratos** justifica que se haga responder a la demandada de los daños originados por su incumplimiento, daños que se concretan, de acuerdo con lo solicitado en la demanda y en el motivo del recurso de casación que se estima, en el saldo neto negativo de las liquidaciones practicadas (es decir, descontando de las liquidaciones negativas las positivas recibidas), cuya cuantificación se determinará en ejecución de sentencia.

TERCERO. Costas

Dada la estimación del recurso de casación no procede la imposición de las costas devengadas por el mismo.

Procede condenar a la demandada al pago de las costas ocasionadas por el recurso de apelación, ya que su recurso debió ser desestimado, así como al pago de las costas de la primera instancia, dada la estimación sustancial de la demanda, puesto que la demandante va a conseguir como consecuencia de la estimación del recurso y su demanda la indemnización reclamada por el perjuicio sufrido como consecuencia del incumplimiento de las **obligaciones** de información en la relación de asesoramiento previa que dio lugar a la contratación de las permutas financieras.

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 la representación procesal de D. José y D.ª Modesta contra la sentencia dictada en segunda instancia el 5 de febrero de 2018 por la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, en el rollo de apelación n.º 1012/2017, dimanante del juicio ordinario n.º 87/2016, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Caravaca de la Cruz.

2.º Casar y anular dicha sentencia y, en su lugar, estimar la demanda interpuesta por D. José y D.ª Modesta contra Banco Santander S.A., y condenarle a indemnizar el perjuicio sufrido ocasionado por el incumplimiento de las **obligaciones** de información en la relación de asesoramiento previa que dio lugar a la contratación de las permutas financieras suscritas los días el 30 de octubre de 2006 y 30 de mayo de 2007, representado por el saldo neto negativo de las liquidaciones practicadas en aplicación de los **contratos** (descontando de las liquidaciones negativas las positivas recibidas), lo que se determinará en ejecución de sentencia.

3.º No hacer expresa condena de las costas de casación y ordenar la devolución del depósito constituido para su interposición.

4.º Imponer a Banco Santander S.A. las costas de la apelación y las de primera instancia.



Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ