



Roj: **STS 1622/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1622**

Id Cendoj: **28079110012018100259**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/05/2018**

Nº de Recurso: **2183/2015**

Nº de Resolución: **264/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 1455/2015,**  
**STS 1622/2018,**  
**AAAP V 555/2015**

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Civil

#### **Sentencia núm. 264/2018**

Fecha de sentencia: 09/05/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2183/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/04/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: AUD. PROV. DE VALENCIA. SECC 7.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2183/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Civil

#### **Sentencia núm. 264/2018**

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno



D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 9 de mayo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7.ª, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Requena. Los recursos fueron interpuestos por la entidad Aciloe S.A., representada por la procuradora Carmen Miralles Piqueres y bajo la dirección letrada de Javier Millet Sancho. Es parte recurrida la entidad Banco Santander S.A., representada por el procurador José Emiliano Navarro Tomás y bajo la dirección letrada de Antonio Poveda Bañón.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. La procuradora Carmen Miralles Piqueres, en nombre y representación de la entidad Aciloe, S.A., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Requena, contra la entidad Banco Santander S.A., para que se dictase sentencia:

«por la que se:

»- Declare, la nulidad de los contratos denominados de permuta financiera de tipos de interés acompañados como doc. dos a seis y enunciados, por incumplimiento de la ley y/o por la concurrencia de un vicio del consentimiento.

»- Declare y condene, como efecto de la nulidad del contrato, la restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que hubiesen sido objeto del mismo, procediendo a la anulación de las liquidaciones que se hubieren girado, y el coste de cancelación y condenando a la demandada al pago del importe de 954.410,55 euros.

»Y en su defecto y como peticiones subsidiarias, caso de no estimarse las principales;

» Declare, que el Banco Santander S.A. ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, transparencia, lealtad, cuidar los intereses como si fueran propios, información previa y continuada, y en su mal asesoramiento a la hora de suscribir los contratos acompañado como doc. dos a seis y con motivo de los mismos y al amparo del artículo 1101 del CC , y lo previsto en el Código de Comercio, se le condene a indemnizar a mi mandante por los daños y perjuicios causados equivalente al importe correspondiente a las pérdidas por importe total de 954.410,55 €, más los intereses legales desde el pago de cada liquidación, en concepto de indemnización de daños y perjuicios o en su defecto conforme a lo previsto en el art. 1124 del CC declare la resolución contractual de los mismos, y como efecto de la resolución condene a la demandada a la restitución a mi representada del importe de las pérdidas por un total de 954.410,55 €, más los intereses legales desde la fecha de la presente, en concepto de indemnización de daños y perjuicios.

»Y todo ello y de forma acumulativa a las anteriores pretensiones, con expresa imposición de costas a la demandada y de los intereses legales y moratorios correspondientes».

2. El procurador José Emiliano Navarro Tomás, en representación de la entidad Banco Santander S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase 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 y con expresa imposición de costas a la parte demandante».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Requena dictó sentencia con fecha 6 de octubre de 2014 , con la siguiente parte dispositiva:

«Parte Dispositiva: Estimo íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora D.ª Carmen Miralles Piqueras, en nombre y representación de la entidad mercantil Aciloe S.A., contra la entidad Banco Santander S.A., declarando la nulidad de los contratos denominados de permuta financiera de tipos de interés acompañados como documentos dos a seis por incumplimiento de la ley y/o por la concurrencia de un vicio del consentimiento y declarando y condenando, como efecto de la nulidad del contrato, a la restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que hubiesen sido objeto del mismo, procediendo a la anulación de las liquidaciones que se hubieran girado y el coste de cancelación condenando a la entidad Banco Santander S.A., al pago de importe de novecientos cincuenta y cuatro mil cuatrocientos diez con cincuenta y cinco euros (sic)

(954.410,55 euros), más el interés legal de conformidad con el fundamento de derecho quinto de la presente resolución; todo ello con expresa condena en costas a la entidad Banco Santander S.A.».

**SEGUNDO.** *Tramitación en segunda instancia*

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

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 7.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Valencia, mediante sentencia de 29 de abril de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Banco Santander S.A. contra la sentencia de fecha 6 de octubre de 2014 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Requena en los autos de Juicio Ordinario n.º 611-13, revocándola y acordando en su lugar desestimar la demanda interpuesta por Aciloe SA contra Banco Santander SA absolviéndole de las pretensiones contra ellas deducidas. No se hace expresa imposición de las costas de ambas instancias».

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

1. La procuradora Carmen Miralles Piqueres, en representación de la entidad Aciloe S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7.<sup>a</sup>.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«1º) Infracción del art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

»2º) Infracción del art. 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción del art. 1301 del Código Civil y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el inicio del cómputo del plazo de los cuatro años.

»2º) Infracción del art. 1964 del Código Civil y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el plazo de prescripción de 15 años para el ejercicio de la acción de responsabilidad, por ser una acción personal.

»3º) Infracción del art. 79.bis punto 5, 6 y 7 de la Ley del Mercado de Valores 24/1988 y de los arts. 72 y 73 del RD 217/2008 así como del art. 4 del anexo sobre información a la clientela del RD 629/1993 sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios.

»4º) Infracción del art. 79.bis 2 y 3 de la Ley de Mercado de Valores, art. 60 del RD 217/2008 y art. 5 del anexo del RD 629/1993 .

»5º) Infracción del art. 1311 del Código Civil .

»6º) Infracción del art. 63.1 g de la Ley de Mercado de Valores .

»7º) Infracción del art. 1101 del Código Civil y art. 79 de la Ley de Mercado de Valores ».

2. Por diligencia de ordenación de 7 de julio de 2015, la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7.<sup>a</sup>, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la entidad Aciloe S.A., representada por la procuradora Carmen Miralles Piqueres; y como parte recurrida la entidad Banco Santander S.A., representada por el procurador José Emiliano Navarro Tomás.

4. Esta sala dictó auto de fecha 10 de enero de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de Aciloe, S.A. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 29 de abril de 2015, por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7.<sup>a</sup>, en el rollo de apelación n.º 95/2015, dimanante del juicio ordinario n.º 611/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Requena».

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Banco Santander S.A. presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 19 de abril de 2018, en que ha tenido lugar.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. *Resumen de antecedentes*

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia, tal y como deja constancia de ellos la sentencia recurrida:

a) Aciloe, S.A. es una sociedad cuya actividad empresarial está orientada al sector de la energía eléctrica. En el año 2001 acometió un proyecto empresarial relacionado con energía eólica, para lo que solicitó un préstamo sindicado al Banco Santander y a otras entidades, de 13.943.480 euros.

b) Los dos administradores de Aciloe tenían la siguiente experiencia empresarial: Alberto había sido administrador de cinco sociedades (Abracrisa Manipueños de Papel, S.A.; Papel Corrugados, S.L.; Mármol Buñol, S.A.; Pompeyo Criado, S.A. y Aciloe, S.A.) y al tiempo de la reseñada financiación, era presidente y consejero delegado de Aciloe y de Pompeyo Criado, S.A.; por su parte, Eulalio había sido administrador de cuatro sociedades (Cabrera Eólica, S.A., Aciloe, S.A. Inversiones Euomar 2012, S.L. Proventas y Construcciones la Hoya, S.L.), y en ese momento era consejero delegado de Aciloe.

c) El 11 de marzo de 2002, Aciloe concertó con Banco Santander un contrato marco de operaciones financieras (Cmof). Y el 24 de abril de 2004, Aciloe suscribió con Banco Santander un contrato de amortización de capital (CAP) por importe de 8.366.100 ?.

d) El 31 de marzo de 2005, Aciloe concertó con Banco Santander otro Cmof. En el marco de este acuerdo contractual, se suscribieron las siguientes permutas financieras.

i) Una confirmación de permuta financiera de tipos de interés (Swap Bonificado 3x12 con Barrera Knock-In In Arrears), el 31 de marzo de 2005. La fecha de inicio era el 4 de abril de 2005 y la de vencimiento el 4 de abril de 2006. El importe nominal era de 10.000.000 ?. Durante la vigencia de este contrato, constan las siguientes liquidaciones:

De 4 de abril a 4 de julio de 2005: + 54.271,39 ?

De 4 de julio a 4 de octubre de 2005: + 53.820 ?

De 4 de octubre de 2005 a 4 de enero de 2006: + 55.608,89 ?

Y de 4 de enero hasta su cancelación: -170.994,44 ?

Este contrato fue cancelado de forma voluntaria y anticipadamente.

ii) El 25 de enero de 2006, Aciloe suscribió otra permuta financiera, con fecha de inicio 4 de enero de 2006 y fecha vencimiento 4 de abril de 2008. Su importe seguía siendo 10.000.000 ?. Durante su vigencia se realizaron las siguientes liquidaciones:

De 4 de enero a 4 de abril de 2006: - 255.451,39 ?

De 4 de abril a 4 de julio de 2006: + 71.182,22 ?

De 4 de julio a 4 de octubre de 2006: + 78.097,78 ?

De 4 de octubre de 2006 a 4 de enero 2007: +87.502,22 ?

El 8 de febrero de 2007 tras la liquidación anticipada: -297.645 ?

iii) El 7 de febrero de 2007, tras la cancelación anticipada del anterior swap, se suscribió una confirmación de permuta financiera de tipos de interés (Swap Bonificado Reversible Media), con fecha de inicio 12 de febrero de 2007 y de vencimiento 12 de febrero de 2010. El importe nominal era también de 10.000.000 ?. En el desarrollo de esta permuta financiera constan las siguientes liquidaciones:

De 12 de febrero a 14 de mayo de 2007: + 103.082,78 ?

De 14 de mayo a 13 de agosto de 2007: +109.402,22 ?

De 13 de agosto a 12 de noviembre de 2007: + 117.162,50 ?

De 12 de noviembre de 2007 a 12 de febrero de 2008: - 328.027,22 ?

De 12 de febrero a 12 de mayo 2008: + 107.250 ?

El 20 de mayo 2008, tras la cancelación anticipada: -107.250 ?

iv) El 16 de mayo de 2008, tras la cancelación del anterior Swap, se concertó una confirmación de operaciones de tipo de interés (Collar con Barrera Knock-in en el floor), con fecha de inicio 20 de mayo 2008 y de vencimiento



20 de mayo de 2010. El importe nominal era de 10.000.000 €. Bajo la vigencia de este contrato, constan siguientes liquidaciones:

De 20 de mayo a 20 de agosto de 2008: 0.00 ?

De 20 de agosto a 20 de noviembre de 2008: 0.00 ?

De 20 de noviembre de 2008 a 20 de febrero de 2009: 0.00 ?

De 20 de febrero a 20 de mayo de 2009: -66.750 ?

El 14 de julio de 2009, tras la cancelación anticipada: -71.800 ?

v) El 3 de julio de 2009, tras la cancelación del anterior swap, se suscribió una confirmación de permuta financiera de tipos de interés (Swap Tipo fijo Escalonado), con fecha de inicio 7 de julio de 2009 y de vencimiento 7 de julio de 2012. El importe nominal seguía siendo 10.000.000 €. Bajo la vigencia del contrato, constan las siguientes liquidaciones:

De 7 de julio a 7 de octubre de 2009: -1.558,89 ?

De 7 de octubre de 2009 a 7 de enero de 2010: -9.557,78 ?

De 7 de enero a 7 de abril de 2010: -10.525 ?

De 7 de abril a 7 de julio de 2010: -12.259,72 ?

De 7 de julio a 7 de octubre de 2010: -75.567,77 ?

De 7 de octubre de 2010 a 7 de enero 2011: -71.402,22 ?

De 7 de enero a 7 de abril de 2011: -68.800 ?

De 7 de abril a 7 de julio de 2011: -62.891,11 ?

De 7 de julio a 7 de octubre de 2011: -81.317,78 ?

De 7 de octubre de 2011 a 9 de enero de 2012: -83.346,67 ?

De 9 de enero a 10 de abril de 2012: -88.090 ?

De 10 de abril a 9 de julio de 2012: -99.550 ?

**2.** Aciloe, mediante la demanda que ha dado lugar al presente procedimiento, en el curso del cual estamos ahora conociendo el recurso de casación, solicitó, en primer lugar, la nulidad de cuatro de los reseñados contratos de permuta financiera (los contratos de fechas 31 de marzo de 2005, 7 de febrero de 2007, 16 de mayo de 2008 y 3 de julio de 2009), por error en el consentimiento consecuencia del defecto de información recibida, y la restitución de prestaciones. En concreto, pedía la condena del banco a restituir 954.410 euros. Tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación se refieren sólo a estas cuatro permutas financieras.

De forma subsidiaria a la acción de nulidad, en la demanda se ejercitó una acción de indemnización de daños y perjuicios, ocasionados por el banco como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones de diligencia, transparencia, lealtad e información a los clientes, en relación con la suscripción de esos contratos de permuta financiera. El importe de la indemnización era también de 954.410 euros. También de forma subsidiaria, pedía la resolución de los contratos conforme a lo previsto en el art. 1124 CC, y la indemnización de los perjuicios sufridos, valorados en 954.410 euros.

**3.** La sentencia de primera instancia, después de desestimar la excepción de caducidad que había planteado el banco demandado, apreció la existencia de error vicio en la contratación de aquellos swaps y condenó al banco a restituir a la demandante 954.410 euros, más los intereses legales.

**4.** Por su parte, la Audiencia Provincial estima el recurso de apelación formulado por Banco Santander, a quien absuelve de todas las pretensiones ejercitadas frente a ella.

La Audiencia, en aplicación de la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015, aprecia que la acción de nulidad habría caducado respecto de los contratos de permuta financiera de 31 de marzo de 2005, 7 de febrero de 2007 y 16 de mayo de 2008, pues se cancelaron y liquidaron con una antelación superior a cuatro años en relación con la presentación de la demanda.

Sin embargo, entiende que respecto del último de los contratos, de 3 de julio de 2009, no había prescrito la acción cuando se presentó la demanda.

En relación con este último contrato de 3 de julio de 2009, analiza si habría existido error vicio y concluye que no:



«No puede sino concluirse que la mercantil era concedora perfectamente de qué tipo de contrato suscribía, pues desde hacía años venía suscribiéndolos. No se trataba de un único contrato aislado, que induce a concertar la entidad bancaria sino de varios que se van celebrando, algunos de los cuales se decide su cancelación anticipadamente y con pérdidas, lo que no impide que se vuelva a concertar otro posterior hasta llegar al que nos ocupa, conociendo perfectamente los riesgos posibles negativos y asumiéndolos».

A mayor abundamiento, argumenta que «aunque se admitiera -lo que no hacemos- que el consentimiento prestado fuera por error, los negocios jurídicos habrían sido confirmados válidamente por el transcurso del tiempo, por actos que reflejan la tácita y expresa confirmación».

A continuación, desestimadas las pretensiones basadas en la nulidad de los contratos de permuta financiera, entra a analizar las pretensiones de indemnización de daños y perjuicios, que desestima con el siguiente razonamiento:

«Ahora bien queda pendiente el resolver acerca de la acción que con carácter subsidiario deducía la demandante de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de obligaciones en relación contractual y por mal asesoramiento. Y también en este punto se rechaza la pretensión de la demandante, pues en el cumplimiento del inicial contrato (Cmof) no consta acción u omisión de la demandada que cause daño a la demandante, pues fue ella como se ha dicho quien decidía en el ámbito del mismo los productos que contrataba. Ello es también predicable del Swap concertado, cuya caducidad no concurre».

5. Frente a la sentencia de apelación, Aciloe formula recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de dos motivos, y recurso de casación, articulado en siete motivos.

#### **SEGUNDO. Recurso extraordinario por infracción procesal**

1. *Formulación del motivo primero*. El motivo se formula al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC, y denuncia la infracción del art. 218.1 LEC, por incurrir la sentencia en incongruencia omisiva o *ex silentio*.

En la demanda se ejercitaban unas acciones principales basadas en la nulidad de las cuatro permutas financieras y, de forma subsidiaria, otras acciones basadas en la actuación negligente del banco, encaminadas a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos. La sentencia de apelación, a juicio del recurrente, respecto de estas acciones subsidiarias tan sólo se ha pronunciado en relación con el cuarto contrato de permuta financiera, pero no respecto de los tres anteriores. En el caso de estos tres primeros contratos, la acción de indemnización de daños y perjuicios no se veía afectada por la declaración de caducidad de la acción de nulidad.

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

2. *Desestimación del motivo primero*. Con carácter general, venimos considerando que «el deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el *petitum* [petición] y la *causa petendi* [causa de pedir] y el fallo de la sentencia» (sentencias 173/2013, de 6 de marzo, y 733/2013, de 4 de diciembre). En particular, y en relación con lo denunciada incongruencia *omisiva*, la jurisprudencia entiende que el deber de congruencia previsto en el art. 218 LEC «exige que la sentencia resuelva todas las cuestiones debatidas en el proceso, dando a cada una de ellas la respuesta suficientemente razonada o motivada que sea procedente» (sentencias 972/2011, 10 de enero de 2012, y 733/2013, de 4 de diciembre, con cita de las anteriores sentencias 176/2011, de 14 de marzo y 581/2011, de 20 de julio). Aunque, como afirma el Tribunal Constitucional, «no es necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales» (SSTC 25/2012, de 27 de febrero, y 40/2006, de 13 de febrero).

En nuestro caso, la sentencia de apelación analiza en primer lugar las acciones basadas en la nulidad de las cuatro permutas financieras. Respecto de las tres primeras, aprecia la caducidad de la acción, y en cuanto a la cuarta, si bien entiende que la acción no ha caducado, considera que no ha existido error vicio que justifique la nulidad pretendida. Luego, en el fundamento jurídico sexto, analiza las acciones ejercitadas de forma subsidiaria, de indemnización de daños y perjuicios, y las desestima porque entiende que no ha existido ningún incumplimiento de obligaciones en la relación contractual ni mal asesoramiento, como aducía la demandante. La argumentación vertida al respecto afectaba a las cuatro permutas financieras. Prueba de ello es que al referirse a la cuarta permuta, afirma que lo razonado también es aplicable a dicha cuarta permuta financiera. El empleo del adverbio «también» remarca que el razonamiento que se acababa de realizar para justificar la improcedencia de la acción de indemnización de daños y perjuicios se refería sin duda a los tres primeros contratos de permuta financiera, respecto de los que se había apreciado la caducidad de la acción de nulidad,



y podía además entenderse aplicable al cuarto, respecto del que no se había apreciado la caducidad de la acción principal, aunque había sido desestimada por no haber error vicio.

De este modo, la sentencia de apelación se ha pronunciado sobre las acciones de indemnización de daños y perjuicios respecto de los cuatro contratos de permuta financiera, por lo que no incurre en incongruencia omisiva.

**3. Formulación del motivo segundo** . El motivo se ampara en el ordinal 2º del art. 469.1 LEC , y se basa en la infracción del art. 218.2 LEC , por incurrir la sentencia recurrida en falta de motivación.

Este defecto de motivación se refiere a las razones de la desestimación de las acciones de indemnización de daños y perjuicios, porque las vertidas en el fundamento jurídico sexto son insuficientes.

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

**4. Desestimación del motivo segundo** . Como hemos declarado en otras ocasiones, «deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquella» ( sentencias 294/2012, de 18 de mayo , 95/2014, de 11 de marzo , y 759/2015, de 30 de diciembre ).

La sentencia desestima las acciones indemnizatorias porque entiende que no ha habido por el banco demandado incumplimiento de las obligaciones de la relación contractual ni mal asesoramiento, ya que fue la cliente ahora demandante quien decidía los productos que contrataba. Se puede estar o no de acuerdo con estas razones, pero no puede negarse que la desestimación de esas acciones indemnizatorias haya sido motivada.

### **TERCERO. Recurso de casación**

**1. Formulación del motivo primero** . El motivo denuncia la infracción del art. 1301 CC y la jurisprudencia sobre el inicio del cómputo del plazo de cuatro años. Esta infracción se habría cometido al estimar la sentencia recurrida la excepción de caducidad de la acción respecto de los tres primeros swaps.

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

**2. Desestimación del motivo primero** . Como hemos recordado recientemente ( sentencia 89/2018, de 19 de febrero ), la jurisprudencia en la interpretación del art. 1301.IV CC ha mantenido que el cómputo del plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción de nulidad empieza a correr «desde la consumación del contrato», y no antes. Sin perjuicio de que en la contratación de algunos productos financieros, por ejemplo una participación preferente, puede ser que al tiempo de la consumación del negocio todavía no haya aflorado el riesgo congénito al negocio cuyo desconocimiento podía viciar el consentimiento prestado. Es en estos casos, en que la sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015 , entendió que el momento de inicio del cómputo del plazo debía referirse a aquel en que el cliente hubiera podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo.

En un caso como el presente, en que se contrataron cuatro swaps sucesivos en el tiempo, debemos partir en primer lugar de la fecha de consumación de cada uno de estos contratos. Para ello, tenemos en cuenta que por la singularidad de estos contratos, la sentencia 89/2018, de 19 de febrero , a «efectos del ejercicio de la acción de nulidad por error, la consumación de los contratos de *swap* debe entenderse producida en el momento del agotamiento, de la extinción del contrato». En esa sentencia dábamos una justificación de esta apreciación:

«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 (...).

»En los contratos de *swap* (...) 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».

Partiendo de estas consideraciones, se advierte que, de acuerdo con los hechos acreditados en la instancia, el swap concertado el 31 de marzo de 2005 fue cancelado en enero de 2006, con la consiguiente liquidación. No cabe duda de que el contrato se consumó en enero de 2006, sin que surgiera con posterioridad ninguno de los posibles efectos derivados de lo contratado, contenidos en las preceptivas liquidaciones, cuya ignorancia pudiera justificar la acción de nulidad por error vicio. Dicho de otro modo, desde la consumación del contrato de permuta financiera, que coincide con la última liquidación, el cliente podía conocer la existencia del error vicio que invoca en su demanda para justificar la nulidad.



Como desde enero de 2006, hasta la presentación de la demanda (30 de julio de 2013), Aciloe dejó pasar más de cuatro años, la Audiencia Provincial apreció correctamente la caducidad de la acción.

Lo mismo cabe decir de los contratos de swap de 7 de febrero de 2007 y 16 de mayo de 2008.

El contrato de 7 de febrero de 2007 fue cancelado en mayo de 2008, y la última liquidación data de entonces. De tal forma que en el momento de la consumación del contrato y de la última liquidación, en mayo de 2008, Aciloe podía conocer la existencia del error vicio que invoca en su demanda para justificar la nulidad. Desde mayo de 2008 hasta que se presentó la demanda (30 de julio de 2013), transcurrieron más de cuatro años, por lo que la caducidad de esta acción de nulidad está también bien apreciada por la Audiencia.

Por su parte, el contrato de 16 de mayo de 2008 fue cancelado el 3 de julio de 2009, y la última liquidación data del 14 de julio de 2009. Desde ese momento de la consumación del contrato y de la última liquidación, el 14 de julio de 2009, Aciloe podía conocer la existencia del error vicio que invoca en su demanda para justificar la nulidad. Como desde entonces, hasta que se presentó la demanda (30 de julio de 2013), habían transcurrido más de cuatro años, la caducidad de esta acción de nulidad también está correctamente apreciada por la Audiencia.

**3. Formulación del motivo segundo** . El motivo se funda en la infracción del art. 1964 CC y la jurisprudencia sobre el plazo de prescripción de 15 años para el ejercicio de las acciones de responsabilidad civil contractual.

En el desarrollo del motivo se razona que el plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción previsto en el art. 1301 CC , sólo se aplica a la acción de nulidad, pero no a la acción de responsabilidad civil contractual, que está sujeta al plazo contenido del art. 1964 CC .

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

**4. Desestimación del motivo segundo** . Desestimamos el motivo porque en su formulación se incurre en la falacia denominada petición de principio. El recurrente presupone que la sentencia recurrida desestima las acciones de responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes de información en relación con los contratos de 31 de marzo de 2005, 7 de febrero de 2007 y 16 de mayo de 2008 por haber caducado la acción, cuando no es así. La Audiencia no desestima esas acciones porque entienda que dichas acciones habían sido ejercitadas fuera de plazo, sino porque, como razona en el fundamento jurídico sexto, no aprecia el incumplimiento de las obligaciones en que las fundaban. En consecuencia, si la Audiencia no ha apreciado la caducidad de la acción de responsabilidad civil, no cabe fundar la casación en la infracción del precepto que, a juicio del recurrente, regiría la prescripción de estas acciones.

**5. Formulación de los motivos tercero, cuarto y séptimo** . El *motivo tercero* se funda en la infracción de los apartados 5, 6 y 7 del art. 79 bis LMV y de los arts. 72 y 73 del RD 217/2008 , así como del art. 4 del anexo sobre información a la clientela del RD 629/1993 , sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, respecto de la determinación del perfil, la realización de los test de conveniencia e idoneidad y la jurisprudencia existente sobre los efectos de la aplicación de dichos preceptos y su cumplimiento por la entidad financiera.

Todo ello, respecto de la concurrencia del vicio en el consentimiento y la infracción del art. 1266 CC . También en relación con la falta de diligencia de la entidad financiera y la infracción del art. 1101 CC .

El *motivo cuarto* denuncia la infracción del art. 79 bis 2 y 3 de la LMV, así como el art. 60 del RD y el art. 5 del anexo del RD 629/1993 , respecto de la información a prestar a los clientes que debe ser clara, precisa, imparcial y no engañosa, así como entregada a tiempo. En el desarrollo del motivo, después de hacer referencia a la jurisprudencia de esta sala, concluye que en este caso «no se ha acreditado que la información proporcionada fuera suficiente para formar conocimiento de causa del gran riesgo que se estaba asumiendo».

El *motivo séptimo* denuncia la infracción del art. 1101 CC y del art. 79 LMV, respecto del grado de diligencia y del cumplimiento de las obligaciones por parte de la entidad financiera y la graduación del mismo. En el desarrollo del motivo, se razona lo siguiente:

«todos los incumplimientos de la entidad bancaria, en la comercialización y ofrecimiento de los contratos objeto del presente, también implican responsabilidad por negligencia por su asesoramiento, y con la no aplicación de la misma, se está infringiendo el art. 1101 del Código Civil y 79 de la LMV y la propia interpretación del mismo, en materia de productos de inversión, que ha realizado la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo».

Procede desestimar estos tres motivos por las razones que exponemos a continuación.

**6. Desestimación de los motivos tercero, cuarto y séptimo en relación con la permuta financiera de 3 de julio de 2009** . Para aportar mayor claridad a la resolución de los motivos, que hemos agrupado con esta finalidad, los





analizaremos en primer lugar respecto de la cuarta permuta financiera, de 3 de julio de 2009. Este contrato es el único cuya acción de nulidad no se ha apreciado su caducidad.

La adquisición de esta permuta financiera se concertó en julio de 2009, cuando ya había entrado en vigor la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo la normativa MiFID.

Como hemos recordado en otras ocasiones, constituye jurisprudencia constante que bajo la normativa MiFID, en concreto el art. 79 bis.3 de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores (en adelante, LMV), en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadores de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación. Aunque por sí mismo el incumplimiento de los reseñados deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio en la contratación del producto financiero, la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, incide en la apreciación del error [por todas, sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 559/2015, de 27 de octubre ].

**7. Los test de conveniencia e idoneidad .** Sobre la base de la apreciación legal de la necesidad que el cliente minorista tiene de conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados, y del deber legal que se impone a la entidad financiera de suministrar a dicho cliente una información comprensible y adecuada sobre tales extremos, para salvar la asimetría informativa que podía viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes:

i) Cuando la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, debe valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar, mediante el denominado *test de conveniencia* , regulado en el art. 79bis. 7 LMV y los arts. 73 y 74 RD 217/2008, de 15 de febrero .

ii) Cuando el servicio prestado es de asesoramiento financiero, además de la anterior evaluación, la entidad debería hacer un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto, por medio del llamado *test de idoneidad* , regulado en el art. 79bis. 6 LMV y el art. 72 RD 217/2008, de 15 de febrero .

**8.** No consta acreditado en la instancia que Banco Santander hubiera calificado al cliente, conforme al art. 79 LMV, como inversor profesional, razón por la cual debemos partir de la consideración de que se trataba de un cliente minorista.

Por ello, Banco Santander estaba obligado a suministrar, con carácter previo a la contratación, una información clara y comprensible al cliente (Aciloe, S.A.) que permitiera conocer los riesgos concretos del producto, y realizar los correspondientes test de conveniencia o de idoneidad, en su caso.

La sentencia de primera instancia, en relación no sólo a esta última permuta financiera, sino también a las anteriores, entendió que no existía constancia de información precontractual formalizada documentalmente de forma satisfactoria, pues ni los contratos ni las fichas explicativas contienen mención alguna a que existía el riesgo de sufrir cuantiosas pérdidas. Además advirtió que tampoco existió una información verbal previa que incluyera los distintos escenarios en función de las distintas evoluciones de los tipos de interés.

No obstante, la sentencia de apelación, que es la que se recurre, y en relación con la última permuta financiera, que es la que ahora interesa, sin dejar constancia de que hubiera quedado acreditado que el banco hubiera suministrado al cliente una información precontractual sobre las características de este producto y sobre todo de sus concretos riesgos, entiende que aunque el cliente no fuera inversor profesional (utiliza indebidamente la denominación de mayorista) ni se hubiera realizado los test de conveniencia o de idoneidad, quienes contrataron por ella tenían conocimiento y experiencia en la contratación de este tipo de productos financieros y en general del mundo empresarial, y conocían al hacerlo las características del producto y sus riesgos:

«No puede sino concluirse que la mercantil era concedora perfectamente de qué tipo de contrato suscribía, pues desde hacía años venía suscribiéndolos. No se trataba de un único contrato aislado, que induce a concertar la entidad bancaria sino de varios que se van celebrando, algunos de los cuales se decide su cancelación anticipadamente y con pérdidas, lo que no impide que se vuelva a concertar otro posterior hasta llegar al que nos ocupa, conociendo perfectamente los riesgos posibles negativos y asumiéndolos».

**9.** Como advertimos en la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 , ni la falta de acreditación de la información que con carácter previo a la contratación de la permuta financiera, el banco suministró a los administradores de la Aciloe, ni la ausencia del test de conveniencia o, en su caso, el de idoneidad, determinan



por sí la existencia de error vicio, sino que lo presumen. Lo que no impide que pudiera acreditarse que a pesar de la falta de constancia de la información precontractual y del preceptivo test, el cliente contrató con conocimiento de las características del producto y de sus riesgos.

La Audiencia ha entendido que quienes contrataron la permuta financiera por Aciloe tenían conocimiento de lo que contrataban y de sus riesgos, en atención tanto a su experiencia profesional, como a la derivada de la previa contratación de esta clase de productos financieros.

En este caso, es importante no perder de vista el importe de la financiación del proyecto empresarial de energía eólica, superior a 13 millones, que hace que no sea extraña la contratación de este tipo de productos financieros. Eso justifica la contratación del primer swap, en enero de 2005, por un importe de 10 millones de euros. Ese swap se canceló al año y se sustituyó por otro que a su vez se canceló y se sustituyó por otro, al año siguiente, y así se encadenaron cinco swaps, el último de los cuales es ahora objeto de controversia. Los swaps anteriores y sus liquidaciones muestran como el banco y el cliente fueron adaptando a las situaciones del mercado el tipo de permuta financiera que podía serle más favorable, sin perjuicio de que la bajada de los tipos hiciera aflorar liquidaciones negativas, sobre todo en el segundo (2006) y en el cuarto swap (2008). Pérdidas que corroboran que el cliente, antes de contratar, conocía este riesgo de pérdidas.

Lo anterior permite concluir que es correcta la valoración jurídica realizada por la Audiencia en el sentido de que los administradores de Aciloe cuando contrataron la permuta financiera de 3 de julio de 2009 conocían el producto financiero y los riesgos que conllevaba en caso de bajada de los tipos de interés, y por ello no se contrató con error vicio.

Lo cual, por una parte, justifica la desestimación de la acción de nulidad de la contratación de esa permuta financiera de 3 de julio de 2009 basada en el error vicio. Y, por otra, sirve también para desestimar la acción de indemnización de daños y perjuicios, pues no cabe atribuir a la falta de acreditación de la información precontractual y a la ausencia del test de conveniencia o de idoneidad, la causación de las pérdidas sufridas por Aciloe con este producto financiero. Desde el momento en que el contrato se concertó con pleno conocimiento por los administradores de Aciloe de lo que contrataban y dicha contratación no es consecuencia de la denunciada conducta negligente del banco, sino del riesgo congénito al producto adquirido, se aprecia correctamente desestimada la acción de responsabilidad civil fundada en el art. 1101 CC .

**10.** *Desestimación de los motivos tercero, cuarto y séptimo en relación con las permutas financieras de 31 de marzo de 2005, 7 de febrero de 2007 y 16 de mayo de 2008.* Respecto de estas permutas financieras tan sólo se cuestiona si la infracción de las exigencias relativas a los deberes de información y de recabar el test de conveniencia o de idoneidad justificarían la acción de indemnización del daño sufrido por Aciloe como consecuencia de dicha contratación, representado por el resultado negativo de las liquidaciones.

Al respecto conviene realizar dos aclaraciones. La primera es que los reseñados deberes de información que la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, introdujo en el art. 79 bis.3 LMV, en su esencia se encontraban en la normativa anterior, también denominada pre MiFID ( art. 79 LMV y Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo ). Bajo esa normativa hemos entendido que en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadores de servicios financieros a inversores no profesionales existía una asimetría informativa, que imponía a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación.

La segunda es que la exigencia de recabar el test de conveniencia o el de idoneidad, se introdujo por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, y no existía en la normativa pre MiFID. Por ello, la ausencia del test de conveniencia o el de idoneidad sólo afectaría, como tal incumplimiento de un deber legal, a la permuta financiera suscrita el 16 de mayo de 2008, pero no a las anteriores, que se suscribieron antes de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre.

En cualquier caso, conforme al art. 1101 CC , a la ausencia de una acreditación de la reseñada información precontractual y del test de conveniencia o de idoneidad, en el único caso en que era exigible, tampoco pueden anudarse la responsabilidad por la pérdida sufrida con estos swaps. Pérdida que, por otra parte, es inexistente en el caso de la permuta financiera de 7 de febrero de 2007 e irrelevante, a la vista del nocional, en el caso de la permuta de 31 de marzo de 2005 (como se desprende de las liquidaciones descritas en el resumen de antecedentes del fundamento jurídico primero). Sí que hubo pérdidas, consecuencia de las dos liquidaciones últimas del swap de 16 de mayo de 2008, pero este perjuicio no cabe imputarlo, como argumentábamos en relación con la permuta financiera de 3 de julio de 2009, al comportamiento del banco, pues el cliente al contratar era consciente de lo que contrataba y del riesgo. Y de hecho, a la vista de las dos liquidaciones negativas del swap de 16 de mayo de 2008, se canceló y sustituyó por otro, que inicialmente aminoró el importe de las liquidaciones negativas de forma muy significativa.



**11. Formulación del motivo quinto** . El motivo denuncia la infracción del art. 1311 del Código Civil , «respecto de considerarse confirmados los negocios suscritos por el transcurso del tiempo».

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

**12. Desestimación del motivo quinto** . La *ratio* de la desestimación de la acción de nulidad por parte de la Audiencia no radica en la confirmación del negocio, sino, como hemos visto, en que no apreció la existencia de error vicio. Por esta razón resulta irrelevante la corrección de las alegaciones que, a mayor abundamiento, se contienen en la sentencia recurrida sobre la confirmación del negocio.

**13. Formulación del motivo sexto** . El motivo denuncia la infracción del art. 63.1 g) LMV, en relación con la concurrencia de asesoramiento, en la medida en que la sentencia recurrida no considera que hubiera existido esta relación de asesoramiento.

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

**14. Desestimación del motivo sexto** . El precepto que se denuncia infringido, el art. 63.1.g) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores , conforme a la redacción dada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, disponía lo siguiente:

«1. Se considerarán servicios de inversión los siguientes:

g) El asesoramiento en materia de inversión, entendiéndose por tal la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros. No se considerará que constituya asesoramiento, a los efectos de lo previsto en este apartado, las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial».

Esta concepción del servicio de asesoramiento en materia de inversión constituye una trasposición de lo previsto en el art. 4.4 Directiva 2004/39/CE , que lo define del siguiente modo:

«la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros».

Según la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), la valoración en cada caso de en qué medida un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión, debe hacerse no sólo con arreglo a esta definición, sino también a los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73 , que la aclara: «se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)», que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales.

Conforme a esta concepción, no habría inconveniente en concluir que en el presente caso, Banco Santander realizó una labor de asesoramiento, que bajo la normativa MiFID requería no ya del test de conveniencia, sino del de idoneidad. Pero esta consideración no altera la desestimación de las acciones de nulidad y de responsabilidad civil por la contratación de las permutas financieras, porque, como ya hemos declarado antes, la demandante las concertó, aunque fuera con asesoramiento del banco, con conocimiento de lo que contrataba y de sus riesgos, lo que excluye no sólo la concurrencia del error vicio, sino también la responsabilidad por las pérdidas derivadas de dicha contratación. La responsabilidad no puede derivar de que a la postre la inversión no haya sido satisfactoria para el cliente, sino de que el asesoramiento fuera contrario a lo pretendido por el cliente o resultara totalmente contrario a sus intereses en el momento de su contratación. Y en este caso las permutas financieras se ajustaban al interés que entonces tenía el cliente, sin perjuicio de que no hubiera valorado suficientemente las posibilidades de que los tipos de interés sufrieran una caída tan drástica como la ocurrida a partir de 2009, lo que es compatible con que conociera ese riesgo.

#### **CUARTO. Costas**

Desestimados los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, imponemos a la parte recurrente las costas ocasionadas por los respectivos recursos ( art. 398.1 LEC ).

#### **FALLO**

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

**1.º**- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Aciloe, S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (sección 7.ª) de 29 de abril de 2015 (rollo núm. 95/2015 ), que



resolvió la apelación interpuesta frente a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Requena de 6 de octubre de 2014 (juicio ordinario 611/2013).

**2.º**- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Aciloe, S.A. contra la reseñada sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (sección 7.ª) de 29 de abril de 2015 (rollo núm. 95/2015).

**3.º**- Imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación a la parte recurrente, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

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