



Roj: **STS 512/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:512**

Id Cendoj: **28079110012019100098**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/02/2019**

Nº de Recurso: **1864/2016**

Nº de Resolución: **108/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 108/2019

Fecha de sentencia: 19/02/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1864/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/02/2019

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

Procedencia: Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª

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

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1864/2016

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 108/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 19 de febrero de 2019.



Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 11 de abril de 2016, dictada en recurso de apelación 675/2015, de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, dimanante de autos iniciados como ordinario y convirtiéndose en la tramitación en juicio verbal 937/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de La Laguna; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por la entidad mercantil Privilegium Datum S.L., representada en las instancias por la procuradora Dña. Raquel Guerra López, bajo la dirección letrada de D. Miguel Ángel Estiguín Capella, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación la procuradora Dña. María Luisa Noya Otero en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona la entidad Banco Popular Español S.A., representada por la procuradora Dña. María José Bueno Ramírez, bajo la dirección letrada de Dña. Esther Pérez La Orden y D. Álvaro Alarcón Dávalos.

Se hace constar que por el mismo recurrente se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal que no fue admitido.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- La entidad mercantil Privilegium Datum S.L., representada por la procuradora Dña. Raquel Guerra López y dirigida por el letrado D. Miguel Ángel Estiguín Capella, interpuso demanda de juicio ordinario contra el Banco Popular Español S.A. (por fusión por absorción del antiguo Banco Pastor S.A.) y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

"Por la que se estime la demanda y:

"1. Se declare: la nulidad radical del contrato de permuta financiera de tipos de interés (contenido en la Orden de contratación de 28/5/2007 y en el anexo I al CMOF de 4/6/2007); así como del contrato marco de operaciones financieras, al que el anterior hace mención, en el caso de entenderse suscrito también éste. Nulidad que resulta procedente apreciar bien por existencia de dolo en la actuación del demandado o, en otro caso, alternativamente, por manifiesto vicio de error en el consentimiento, además de por carecer de objeto cierto, y de haberse frustrado el fin del contrato, con obligación de las partes contratantes de restituirse recíprocamente lo que hayan percibido. Con todos sus efectos correspondientes ex arts. 1303 y siguientes del Código Civil: recíproca restitución de las cosas que hubieran sido objeto del contrato, con anulación de las anotaciones en cuenta realizadas con motivo de las liquidaciones negativas practicadas, y consiguiente rectificación de cuantas anotaciones y comunicaciones de datos se hubieran practicado en Registros, Ficheros o Centros, públicos o privados de datos sobre riesgos (CIRBE...), por efecto del referido contrato anulado. Y se condene al demandado a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a restituir a la actora el importe de las liquidaciones, comisiones y demás, que haya percibido en virtud de los contratos suscritos, así como a anular los cargos en cuenta, más los intereses moratorios legales desde que aquellas liquidaciones se cargaron en cuenta, debiendo la demandada igualmente restituir cuantos intereses, comisiones y gastos haya cargado en la cuenta corriente de la actora como consecuencia de los contratos suscritos, sin perjuicio de la obligación de la demandante de devolver, igualmente, las prestaciones recibidas. Condenándose al banco demandado a llevar a cabo las obligaciones de dar, hacer y no hacer derivadas de las mismas, y al pago de las costas procesales.

"2. Subsidiariamente, y para el caso de que la nulidad solicitada no fuere estimada, se declare la resolución del contrato de permuta financiera de tipos de interés (contenido en la Orden de contratación de 28/5/2007 y en el Anexo I al CMOF de 4/6/2007); así como del contrato marco de operaciones financieras. Y con efectos de carácter retroactivo, por la imposibilidad sobrevenida de alcanzar el fin perseguido con el concierto contractual, de manera que las partes deberán recíprocamente devolverse lo que hubieran percibido en virtud de dicho contrato como si el contrato no se hubiese celebrado, de modo que no quede en beneficio de un contratante las prestaciones que del otro haya recibido antes de la resolución, lo que equivaldría a proteger de un enriquecimiento injusto. Y se condene a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a devolver a la actora el importe de las liquidaciones que haya percibido en virtud del contrato suscrito, más los intereses moratorios legales desde que aquellas liquidaciones se cargaron en cuenta, debiendo la demandada igualmente restituir cuantos intereses, comisiones y gastos haya cargado en la cuenta corriente de la actora como consecuencia de los contratos suscritos, sin perjuicio de la obligación de la demandante de devolver, igualmente, las prestaciones recibidas, si las hubiere, en lo que excedieren de lo recibido por la demandada. Condenándose a la demandada a llevar a cabo las obligaciones de dar, hacer y no hacer derivadas de las mismas, y al pago de las costas procesales.



"3. Subsidiariamente y para el caso de que la resolución del contrato no fuera estimada, se declare la cancelación anticipada del contrato de confirmación swap de fecha 28/5/2007 y, en su caso, del contrato marco de operaciones financieras, y con efectos desde la fecha de interposición de la demanda, teniéndose por no puesto el pacto de cancelación a precios de mercado, no siendo procedente verificar liquidación en tal concepto; y se condene a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones, sin cobro de cantidad alguna en virtud de dicha cancelación anticipada, reintegrándose a la demandante de todas las liquidaciones, intereses, comisiones y gastos que se le hayan ido practicando en su cuenta corriente a partir de la fecha de cancelación anticipada por ese o cualesquiera otros conceptos derivados de ella; así como por los operados durante la tramitación del procedimiento; y condenando a la demandada al pago de las costas procesales".

2.- El demandado Banco Popular Español S.A., representado por el procurador D. Claudio García del Castillo y bajo la dirección letrada de Dña. Eva C. Manganell Hernández, 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:

"Por la que se desestimen íntegramente los pedimentos contenidos en su escrito de demanda, absolviendo a mi mandante, con expresa imposición de 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 3 de San Cristóbal de La Laguna se dictó sentencia, con fecha 29 de junio de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo. Se desestima la demanda interpuesta por Privilegium Datum S.L. contra Banco Popular Español S.A., y en consecuencia se absuelve a la referida demandada de los pedimentos efectuados en su contra en el presente procedimiento.

"Todo ello, con imposición de costas a la parte actora".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia, con fecha 11 de abril de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo:

"1.º- Desestimamos el recurso de apelación formulado por la parte demandada, entidad mercantil Privilegium Datum S.L.

"2.º- Confirmamos la sentencia apelada.

"3.º- No ha lugar a hacer expresa imposición de costas de la alzada".

TERCERO.- 1.- El recurso de casación, único admitido, interpuesto por Privilegium Datum S.L., está basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Al amparo del art. 477.2.3.º y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La sentencia recurrida infringe el art. 1301 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta, lo que fundamenta el interés casacional del recurso; concretamente se señalan las sentencias del pleno del Tribunal Supremo 769/2014, de 12 de enero de 2015, 489/2015, de 16 de septiembre, acerca del momento de la consumación de los contratos, dependiendo de ésta cual ha de considerarse día inicial del plazo del ejercicio de la acción de nulidad del contrato, a efectos de la apreciación de la caducidad por transcurso de cuatro años desde que debe ser considerada la presencia del cabal y completo conocimiento del accionante del error padecido en la suscripción del contrato; jurisprudencia que se entiende vulnerada por la sentencia recurrida, al entender ésta producida por la caducidad de la acción, por haber partido, como fecha de comienzo del cómputo del plazo de la caducidad, del día 27 de octubre de 2010, en que se formula hoja de aclaraciones por la entidad mercantil recurrente ante la Dirección General de Consumo del Gobierno de Canarias; en lugar de adoptar la expresada sentencia impugnada, como correcta la de 14 de junio de 2012; día en que se produce la última liquidación del contrato de permuta financiera de tipos de interés contratada; y momento, por tanto de la consumación del mismo. Y por lo que se infringe por la sentencia recurrida la doctrina del Tribunal Supremo, al interpretar el art. 1301 del Código Civil, respecto a cuándo debe considerarse consumado un contrato de tracto sucesivo; y el *dies a quo* a partir del cual ha de iniciarse el cómputo del plazo de caducidad de la acción.

Motivo segundo.- De acuerdo con el art. 477.2, 3.º, de la LEC, son recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional, circunstancias que concurren en la sentencia contra la que se recurre, que, recaída en grado de apelación, en autos de juicio verbal, resuelve cuestiones sobre las que existe jurisprudencia



contradictoria de las Audiencias Provinciales, todas ellas posteriores a la sentencia del pleno del Tribunal Supremo, de 12 de enero de 2015, y la que se ha argumentado como fundamento del motivo anterior, lo que sirve de base al interés casacional del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 477.3. de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y el recurso se sostiene en que la sentencia recurrida resuelve cuestiones sobre las que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales acerca del momento de la consumación de contratos, como el que es objeto del pleito, y del día inicial del cómputo del plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción de anulabilidad por vicio de error en el consentimiento y la caducidad, a los que se refiere el art. 1301 del Código Civil. Y en tanto la jurisprudencia, contradictoria, de las Audiencias Provinciales, que se indicarán es posterior a la sentencia del pleno del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015; y por lo que sobre su doctrina analizada, llegan a conclusiones dispares y contrarias entre sí; con lo que es procedente que se fije la doctrina por el Tribunal Supremo que se considere correcta en contra del criterio recogido en la sentencia recurrida frente a otras sentencias de distintas Audiencias Provinciales.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 31 de octubre de 2018, se acordó admitir el recurso de casación e inadmitir el recuso extraordinario por infracción procesal interpuestos y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido únicamente el recurso de casación y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. María José Bueno Ramírez, en nombre y representación de Banco Santander S.A., presentó escrito de oposición al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 12 de febrero 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 Popular Español S.A.).
- Sobre nulidad por error vicio de un contrato de permuta financiera suscrito el 28 de mayo de 2007, con vencimiento en junio de 2012.
- La demanda se presenta el 23 de diciembre de 2014.
- Se formuló como juicio ordinario, aunque por el juez de primera instancia se transformó en verbal.
- Se solicitó subsidiariamente la resolución y subsidiariamente la cancelación anticipada.

2.- La sentencia de primera instancia. Desestimó la demanda. Declaró caducada la acción. Aplicó el criterio de la STS de pleno 769/2014, de 12 de enero de 2015, y declaró que desde la primera liquidación negativa (en marzo de 2010) hasta la presentación de la demanda habían transcurrido más de cuatro años.

3.- La sentencia de segunda instancia.

Desestimó el recurso de apelación de la mercantil demandante y confirmó la declaración de caducidad de la acción.

El criterio que se sostiene por la Audiencia Provincial es, al igual que en la sentencia de primera instancia, el del inicio del cómputo a partir del momento en el que el cliente supo o pudo saber el error, si bien considera que esto no se produce hasta un momento posterior al que consideró la sentencia de primera instancia (lo fija en octubre de 2010), pero, en todo caso, la acción está caducada.

En esta sentencia se aplica el criterio de la STS de pleno 769/2014, de 12 de enero de 2015.

4.- Interposición de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

- La demandante ha interpuesto los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.
- Solo se ha admitido el recurso de casación, con el contenido que antes se ha dejado expuesto.

SEGUNDO.- *Motivos primero y segundo.*

1.- Motivo primero.- Al amparo del art. 477.2.3.º y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La sentencia recurrida infringe el art. 1301 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta, lo que fundamenta el interés casacional del recurso; concretamente se señalan las sentencias del pleno del Tribunal Supremo 769/2014, de 12 de



enero de 2015 , 489/2015, de 16 de septiembre , acerca del momento de la consumación de los contratos, dependiendo de ésta cual ha de considerarse día inicial del plazo del ejercicio de la acción de nulidad del contrato, a efectos de la apreciación de la caducidad por transcurso de cuatro años desde que debe ser considerada la presencia del cabal y completo conocimiento del accionante del error padecido en la suscripción del contrato; jurisprudencia que se entiende vulnerada por la sentencia recurrida, al entender ésta producida por la caducidad de la acción, por haber partido, como fecha de comienzo del cómputo del plazo de la caducidad, del día 27 de octubre de 2010, en que se formula hoja de aclaraciones por la entidad mercantil recurrente ante la Dirección General de Consumo del Gobierno de Canarias; en lugar de adoptar la expresada sentencia impugnada, como correcta la de 14 de junio de 2012 ; día en que se produce la última liquidación del contrato de permuta financiera de tipos de interés contratada; y momento, por tanto de la consumación del mismo. Y por lo que se infringe por la sentencia recurrida la doctrina del Tribunal Supremo, al interpretar el art. 1301 del Código Civil , respecto a cuándo debe considerarse consumado un contrato de tracto sucesivo; y el dies a quo a partir del cual ha de iniciarse el cómputo del plazo de caducidad de la acción.

2.- Motivo segundo.- De acuerdo con el art. 477.2 , 3.º, de la LEC , son recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional, circunstancias que concurren en la sentencia contra la que se recurre, que, recaída en grado de apelación, en autos de juicio verbal, resuelve cuestiones sobre las que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, todas ellas posteriores a la sentencia del pleno del Tribunal Supremo, de 12 de enero de 2015 , y la que se ha argumentado como fundamento del motivo anterior, lo que sirve de base al interés casacional del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; y el recurso se sostiene en que la sentencia recurrida resuelve cuestiones sobre las que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales acerca del momento de la consumación de contratos, como el que es objeto del pleito, y del día inicial del cómputo del plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción de anulabilidad por vicio de error en el consentimiento y la caducidad, a los que se refiere el art. 1301 del Código Civil . Y en tanto la jurisprudencia, contradictoria, de las Audiencias Provinciales, que se indicarán es posterior a la sentencia del pleno del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 ; y por lo que sobre su doctrina analizada, llegan a conclusiones dispares y contrarias entre sí; con lo que es procedente que se fije la doctrina por el Tribunal Supremo que se considere correcta en contra del criterio recogido en la sentencia recurrida frente a otras sentencias de distintas Audiencias Provinciales.

3.- Se estiman los motivos que se analizan conjuntamente.

Esta sala en sentencias 89/2018 y 721/2018, de 18 de febrero y 19 de diciembre, respectivamente, entre otras ha declarado:

"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".

"De esta doctrina sentada por la sala no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del art. 1301.IV CC , que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr "desde la consumación del contrato".

Del tenor de dicha doctrina y aplicada al caso de autos, se deduce que finalizando el contrato de Swap en junio de 2012, no había caducado la acción cuando la demanda se interpone el 23 de diciembre de 2014 (art. 1301.4 del C. Civil).

Por ello, procede casar la sentencia recurrida, en cuanto declaraba caducada la acción, procediendo la devolución de los autos a la Audiencia Provincial para que se pronuncie, con urgencia, sobre el fondo del litigio, que ha quedado imprejuizado, en aras a preservar la necesaria "doble instancia" (sentencias de 7 de octubre de 2009 y 24 y 25 de mayo de 2010)

TERCERO .- No procede imposición de costas, con devolución del depósito constituido (arts. 394 y 398 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- Estimar el recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil Privilegium Datum S.L. contra sentencia de fecha 11 de abril de 2016, de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (apelación 675/2015).

2.º- Casar la sentencia recurrida, procediendo la devolución de los autos a la Audiencia Provincial para que se pronuncie, sin demora, sobre el fondo del litigio, que ha quedado imprejuizado.

3.º- No procede imposición de costas, con devolución del depósito constituido.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ