



Roj: **STS 2824/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2824**

Id Cendoj: **28079110012019100456**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/09/2019**

Nº de Recurso: **1623/2017**

Nº de Resolución: **477/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 477/2019

Fecha de sentencia: 17/09/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1623/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/09/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Luis Seoane Spiegelberg

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 18

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

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN núm.: 1623/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Luis Seoane Spiegelberg

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 477/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

D. Jose Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 17 de septiembre de 2019.



Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por M&R Tools, S.L., representada por la procuradora D.ª Eugenia García Montero, bajo la dirección letrada de D. Rafael Gómez Nix, contra la sentencia núm. 70/2017, dictada por la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 68/2017, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1201/2015 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Parla, sobre nulidad por vicio de contrato de permuta. Ha sido parte recurrida Banco de Santander, S.A., representada por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo y bajo la dirección letrada de D. Manuel Muñoz García-Liñán.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Seoane Spiegelberg.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª María del Mar de Villa Molina, en nombre y representación de M&R Tools, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Santander, S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que se declare:

A) La nulidad de pleno Derecho, conforme a los fundamentos jurídicos ut supra referidos, del contrato de confirmación de permuta financiera de tipos de interés "swap Flotante Bonificado", firmado en fecha 18 de abril de 2008.

B) Subsidiariamente, y para el caso de no estimarse la nulidad de pleno Derecho, la nulidad contractual o anulabilidad por error en el consentimiento, del contrato referido ut supra .

C) En cualquiera de los dos casos y en consecuencia con la nulidad declarada, condene a BANCO SANTANDER, S.A. al pago a favor de mi mandante de la cantidad de TREINTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS EUROS CON SETENTA Y DOS CÉNTIMOS DE EURO (39.700,72 €) en concepto de liquidaciones cargadas en su cuenta bancaria.

D) Subsidiariamente, y para el hipotético supuesto de que no se estimen ni la acción de nulidad de pleno Derecho ni la anulabilidad por error en el consentimiento, se condene a BANCO SANTANDER, S.A. a indemnizar a M&R TOOLS, S.L. en la cantidad de TREINTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS EUROS CON SETENTA Y DOS CÉNTIMOS DE EUROS (39.700,72 €), como daños y perjuicios causados por su incumplimiento contractual relativo a las obligaciones de información y transparencia que incumbían a la entidad demandada.

E) Todo ello con expresa imposición de costas a la entidad demandada y los intereses legales y procesales que se devenguen desde la contratación del referido producto".

2.- La demanda fue presentada el 23 de diciembre de 2015 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Parla, se registró con el núm. 1201/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Elvira Ruiz Resa, en representación de Banco Santander, S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al Juzgado:

"[...] dicte sentencia por la que desestimándola íntegramente, absuelva libremente a mi representada de las pretensiones contenidas den la demanda, con expresa imposición de las costas a la parte demandante".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza D.ª Celia Valdivia Parra del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Parla dictó sentencia de fecha 22 de septiembre de 2016 , con la siguiente parte dispositiva:

"Desestimo íntegramente la demanda presentada por la Procuradora Dª María del Mar de villa Molina, en nombre y representación de M & R Tools S.L., frente a Banco Santander S.A., absolviendo a la entidad demandada de todas las pretensiones deducidas de contrario.

Todo ello sin especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en esta instancia".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de M & R Tools, S.L.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección Decimooctava de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 68/2017 , y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 20 de febrero de 2017 , cuya parte dispositiva dispone:



"Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. De Villa Molina, en nombre y representación de M&R Tools, S.L., contra sentencia de fecha 22 de Septiembre de 2016 dictado por la Ilma. Sra. magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Parla en autos de procedimiento ordinario 1201/2015, debemos confirmar y confirmamos la referida resolución, imponiendo las costas procesales causadas en esta alzada a la parte apelante. Con pérdida del depósito constituido".

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

1.- La procuradora D.ª María Eugenia García Montero, en representación de M & R Tools, S.L., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso fueron:

"Primero: Al amparo del artículo 477.2.3º. Infracción del artículo 1.301 del Código Civil en relación con la doctrina fijada por las STSS 769/2014 de 12.01.2015, 07.07.2015 y 16.09.2015 sobre el inicio del cómputo del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de anulabilidad por error en el consentimiento de contratos financieros complejos y el término del plazo en que dicha acción puede ejercitarse.

Segundo: Al amparo del artículo 477.2.3º. Infracción del artículo 1.301 del Código Civil en relación con la doctrina fijada por las STSS 12.01.2015, 07.07.2015 y 16.09.2015 por incorrecta aplicación de la misma en un supuesto para el que no está contemplada".

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 ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 13 de marzo de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad M & R Tools S.L. contra la sentencia dictada en la segunda instancia, el 20 de febrero de 2017 por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18.ª, en el rollo de apelación n.º 68/2017, dimanante del juicio ordinario n.º 1201/2015, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Parla.

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

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 1 de julio de 2019 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 11 de septiembre del presente, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes de hecho.*

1.- Entre la sociedad actora M & R Tools S.L. y el Banco de Santander S.A. se celebró un contrato de permuta de tipos de interés "swap flotante bonificado", suscrito por las partes el 18 de abril de 2008.

2.- La primera liquidación negativa en contra de la parte actora se produjo el 21 de abril de 2009, e igualmente fueron negativas las devengadas durante los años 2010, 2011, 2012 y 2013.

3.- La permuta de intereses litigiosa se pactó por un periodo de cinco años, siendo su fecha de vencimiento el 22 de abril de 2013, presentándose la demanda que nos ocupa el 23 de diciembre de 2015.

4.- Seguido el correspondiente procedimiento judicial, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Parla, se desestimaron las acciones de nulidad radical, subsidiariamente de anulabilidad por vicio del consentimiento, al considerar ésta última caducada al amparo del art. 1301 CC, y subsidiariamente también la acción de indemnización de daños y perjuicios.

Interpuesto recurso de apelación, cuestionando la caducidad de la acción de anulabilidad ejercitada y la desestimación de la pretensión de indemnización de daños y perjuicios, la resolución del Juzgado fue confirmada por sentencia dictada por la sección decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid.

5.- Contra la precitada resolución judicial se formuló el presente recurso, por interés casacional, fundamentado en un único motivo, cual es la infracción del art. 1301 del CC.

SEGUNDO.- *Recurso de casación.*



El recurso de casación se formuló por interés casacional, al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 LEC , por infracción del art. 1301 CC , y jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales y doctrina del Tribunal Supremo, considerando improcedente la apreciación de la caducidad de la acción de anulabilidad ejercitada, al entender, en síntesis, que la sentencia recurrida confunde nacimiento de la acción con la consumación del contrato, sin que quepa adelantar el *dies a quo* del plazo de caducidad a momentos anteriores a que tal consumación se haya producido, cuestionando, por último, el grado de conocimiento del error como evento desencadenante del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de anulabilidad planteada.

No se ha cuestionado la desestimación de la procedencia de la acción principal de nulidad del contrato, ni la de indemnización de daños y perjuicios igualmente ejercitada, sino exclusivamente la caducidad de la acción de anulabilidad; pronunciamientos que, por lo tanto, han devenido firmes.

2.1.- Sobre la admisibilidad cuestionada del recurso de casación.

La entidad financiera demandada se opone a la admisibilidad del recurso de casación, sosteniendo que la parte recurrente no respeta la base fáctica de la sentencia de la Audiencia, que el recurso no se fundamenta en una verdadera infracción sustantiva, así como que la casación no se configura como una tercera instancia.

Es cierto que es doctrina de esta sala la que viene reiterando que el recurso de casación no constituye una tercera instancia y no permite revisar la valoración de la prueba realizada por el tribunal de apelación (SSTs 142/2010, de 22 de marzo ; 56/2011 de 23 febrero ; 71/2012, de 20 febrero ; 669/2012, de 14 de noviembre ; 147/2013, de 20 de marzo ; 5/2016, de 27 de enero y 367/2016, de 3 de junio), sino que su finalidad radica en el control de la aplicación de la norma y en la creación de doctrina jurisprudencial. Estos condicionantes de su naturaleza jurídica como recurso extraordinario exige plantear al Tribunal Supremo cuestiones jurídicas, pues no cabe la revisión de la base fáctica de la sentencia de segunda instancia, incurriendo en lo que se ha denominado vicio de la "petición de principio" o de hacer "supuesto de la cuestión". La técnica casacional exige, por consiguiente, razonar sobre la infracción legal, respetando los hechos y la valoración probatoria de la instancia, planteando cuestiones de derecho material, en relación con los fundamentos de la sentencia recurrida determinantes de su fallo.

Pues bien, el recurso interpuesto por la parte actora no incurre en ninguno de los defectos mencionados, pues no altera los hechos de la instancia sobre la fecha en que el contrato de permuta fue suscrito por las partes, ni el plazo contractual de vigencia del mismo, sino que, respetando tal base fáctica, cuestiona el *dies a quo* del cómputo del plazo de caducidad de la acción, considerando que el mismo ha de contarse desde la consumación del contrato, que se produce al vencimiento del plazo convencionalmente previsto, entendiendo, en consecuencia, infringido un precepto de derecho sustantivo, cual es el art. 1301 del CC , que establece que la acción de nulidad durará cuatro años, empezando a correr el plazo, en los casos de error, dolo o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato.

En definitiva, siendo cierta la doctrina citada por la parte recurrida no es aplicación al caso que nos ocupa, pues en el recurso no se hace supuesto de la cuestión, ya que no se fundamenta en una premisa no acreditada, ni intenta dar una interpretación interesada a los hechos objeto del proceso (ATS 17 de julio de 2019, recurso 1728/2017).

2.2.- Sobre el cómputo del plazo de cuatro años del ejercicio de la acción de anulabilidad del art. 1301 CC .

El recurso de casación, al respecto, si bien formalmente basado en tres motivos, al versar todos ellos sobre la misma cuestión son susceptibles de un tratamiento jurídico conjunto.

Pues bien, la cuestión debatida ha sido resuelta por este Tribunal. En efecto, la fundamentación de las sentencias de instancia, según la cuales el día inicial del cómputo del plazo de caducidad debe fijarse en el momento en que el cliente tuvo constancia de la primera liquidación negativa no encuentra apoyo en la doctrina fijada por esta sala, que abordó directamente tal cuestión en su sentencia de Pleno 89/2018, de 19 de febrero , en la que declaramos al respecto:

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

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



En los contratos de swaps o "cobertura de hipoteca" no hay consumación del contrato hasta que no se produce el agotamiento o la extinción de la relación contractual, por ser entonces cuando tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato. Ello en atención a que en estos contratos no existen prestaciones fijas, sino liquidaciones variables a favor de uno u otro contratante en cada momento en función de la evolución de los tipos de interés".

La precitada doctrina es reiterada por las SSTS 720 y 722/2018, de 19 de diciembre ; 3/2019, de 8 de enero ; 108/2019, de 19 de febrero ; 162/2019, de 14 de marzo ; 238/2019, de 24 de abril ; 288 y 290/2019, de 23 de mayo ; 343/2019, de 13 de junio ; 346 y 347 2019 , de 21 de junio; 369/2019, de 27 de junio , entre otras.

En definitiva, como dice la precitada STS 343/2019, de 13 de junio : "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".

Por consiguiente, venciendo el plazo del swap, en el año 2013, e interpuesta la demanda en diciembre de 2015, los cuatros años de ejercicio de la acción no han transcurrido, por lo que el recurso ha de ser estimado.

TERCERO.- Sentencia de casación.

En casos, como el presente, en que se estima el recurso de casación, al haber apreciado las sentencias de instancia la caducidad de la acción esgrimida por la entidad financiera demandada, se plantea la interrogante de si procede la devolución de los autos al tribunal a quo, para que dicte sentencia con libertad de criterio y con el único condicionante de que la acción de anulabilidad respecto de los swaps suscritos se encontraba en plazo para ser ejercitada; o si, por el contrario, este tribunal debería dictar la sentencia correspondiente entrando en el fondo del litigio.

Dicha cuestión ha sido abordada, entre otras, por la STS 369/2019, de 27 de junio , que se expresa en los términos siguientes:

"Decíamos recientemente (sentencia 710/2018, de 18 de diciembre) que "la sala en supuestos extraordinarios ha declarado que no procede asumir la instancia, y sí devolver las actuaciones a la Audiencia Provincial para que dicte nueva sentencia en relación con las pretensiones objeto de debate, con plena jurisdicción a la hora de valorar la prueba, "pues esta solución no está excluida 477.2.2. LEC, y, se estima en este caso necesaria para evitar que la decisión del asunto se vea privada de una instancia" (SSTS de 10 de septiembre de 2012 , rec. 1740/2009, de 3 de marzo de 2011 , rec. 2180/2006, de 18 de julio de 2011 , rec. 2103/2007, de 25 de mayo de 2010 , rec. 1020/2005 , y las que en ella se citan)".

En este sentido, la sentencia 899/2011, de 30 de noviembre , señala por su parte que:

"[...] la estimación del recurso y consiguiente casación de la sentencia impugnada no determina en este caso que la Sala resuelva sobre el fondo de la reclamación planteada en la demanda, ni la sentencia de primera instancia ni la de apelación valoraron la prueba sobre el fondo de la cuestión litigiosa, y, lógicamente, tampoco la han enjuiciado en derecho. Falta por tanto, y de un modo absoluto, el juicio de hecho y de derecho sobre la materia objeto del proceso. De ahí que, no siendo en absoluto la casación un nuevo juicio que, como la apelación, permita una cognición plena sobre todas las cuestiones de fondo de hecho y de derecho sometidas a debate, y no habiendo sido estas enjuiciadas, en puridad, por ninguna instancia, el pronunciamiento de esta sala deba limitarse, como autoriza el artículo 487.2 LEC , a casar la sentencia recurrida para que el tribunal de apelación, como órgano de derecho objeto del proceso, las resuelva en sentencia que no podrá ya apreciar la caducidad de la acción ejercitada en la demanda, solución ya adoptada por la sentencia del pleno de los magistrados de esta sala de 29 de abril de 2009 (rec. 325/2006) y en sentencia de 7 de octubre de 2009 (rec. 1207/2005) en sendos casos de apreciación de caducidad y de prescripción de la acción por el tribunal de segunda instancia. En todo caso, tanto la apelación como el eventual recurso de casación que se interponga contra la nueva sentencia de la Audiencia Provincial, serán de tramitación preferente".

La misma tesis se ha mantenido en las sentencias ulteriores 721/2014, de 17 de diciembre ; 97/2015, de 24 de febrero ; 623/2016, de 20 de octubre ; 721/2018, de 19 de diciembre ; 108/2019, de 19 de febrero ; 3/2019, de 8 de enero y 346/2019, de 21 de junio , estas últimas referidas a contratos de permuta de intereses.

En consecuencia con lo expuesto, y toda vez que, tanto el Juzgado como posteriormente la Audiencia, no han valorado la prueba practicada, a los efectos de determinar la existencia del vicio del consentimiento fundamento de la acción de anulabilidad deducida, procede decretar la nulidad de actuaciones a tales efectos.

CUARTO.- Costas.



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

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación de M & R Tools S.L. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 20 de febrero de 2018, por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18, en el rollo de apelación n.º 68/2017 , dimanante del juicio ordinario n.º 1201/2015, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Parla.

2.º- Casar la sentencia recurrida, y devolver las actuaciones al tribunal de apelación para que, con libertad de criterio, y sin que pueda ya apreciar la caducidad opuesta, resuelva el recurso de apelación exclusivamente con respecto a la acción de anulabilidad del contrato litigioso por vicio del consentimiento.

3.º- No se imponen a la recurrente las costas del recurso.

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

Así se acuerda y firma.

Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas

Eduardo Baena Ruiz M.ª Angeles Parra Lucan

Jose Luis Seoane Spiegelberg