



Roj: **STS 3969/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3969**

Id Cendoj: **28079119912022100011**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **27/10/2022**

Nº de Recurso: **2205/2019**

Nº de Resolución: **716/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

CASACIÓN núm.: 2205/2019

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 716/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 27 de octubre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia 123/2019, de 15 de febrero, dictada en recurso de apelación 2805/2018, de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, dimanante de autos de juicio ordinario 37/2017, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 8 de San Sebastián; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por la entidad Banco Santander S.A., sucesora procesal de Banco Popular Español S.A. por fusión por absorción, representada en las instancias por el procurador D. Jesús Arbe Mateo, bajo la dirección letrada de D. Javier Mendieta Grande y D. Javier Fernández Bermúdez, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación la procuradora Dña. Cristina María Deza García en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona la entidad mercantil FMA S.L., representada por el procurador D. Ernesto García-Lozano Martín, bajo la dirección letrada de D. Fernando Zunzunegui Pastor.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*



1.- La entidad mercantil FMA S.L., representada por la procuradora Dña. Itziar Mújika Atorrasagasti y dirigida por el letrado D. Fernando Zunzunegui Pastor, interpuso demanda de juicio ordinario por nulidad de contrato, que correspondió al Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de San Sebastián, incoándose juicio ordinario 37/2017; demanda interpuesta contra Banco Popular Español, S.A., en la que, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

«Por la cual se declare lo siguiente:

»1) La nulidad de los contratos financieros designados en la tabla 1, y que, de conformidad con el art. 1.303 del Código Civil, se proceda a la restitución recíproca de las prestaciones, ello se traduce en la devolución a mi mandante de las liquidaciones negativas de los contratos swap, con deducción de las cantidades recibidas por las liquidaciones cobradas por los contratos swap, y la cancelación de la póliza de crédito núm. NUM000 sin coste alguno para mi mandante, con entrega por parte de mi mandante de las acciones de Banco Popular depositadas en las cuentas de valores referenciadas en el documento núm. 21 del presente escrito de demanda. Y todo ello junto con los intereses legales que se hayan devengado.

»2) Subsidiariamente, se solicita que se declare el incumplimiento de la demandada de las obligaciones que rigen la contratación de los contratos designados en la tabla I y, al amparo del artículo 1101 del Código Civil, se la condene a indemnizar a mi mandante por los daños y perjuicios causados. Dicha indemnización se concreta en el pago a mi mandante de las liquidaciones negativas de los contratos swap, con deducción de las cantidades recibidas por las liquidaciones cobradas por los contratos swap, asumiendo Banco Popular Español, S.A., todas las obligaciones de pago exigibles a la demandante derivadas de la póliza de crédito núm. NUM000 . Y todo ello junto con los intereses legales que se hayan devengado.

»3) Subsidiariamente, se solicita que se condene a Banco Popular Español, S.A., a devolver 353.186,36 euros de comisiones implícitas no informadas a mi mandante en la contratación del producto denominado Swap Apalancado Euribor-Banco Popular, con los intereses legales que se hayan devengado.

»4) De forma cumulativa con las anteriores peticiones, se solicita que se condene a la demandada al pago de las costas judiciales causadas».

2.- Admitida a trámite la demanda, el demandado Banco Popular Español S.A., representado por el procurador D. Fernando y bajo la dirección letrada de D. Florian , contestó a la misma y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado que previo los trámites oportunos:

«Acuerde desestimar íntegramente la demanda interpuesta contra el Banco Popular Español S.A., con expresa condena en costas a la actora».

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 8 de San Sebastián se dictó sentencia 376/2018, de 28 de marzo, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que estimando íntegramente la demanda deducida por la procuradora Dña. Itziar Mujika Atorrasagasti en nombre y representación de FMA, S.L. frente a Banco Popular Español, S.A., con los pronunciamientos siguientes:

»1.- Declarar la nulidad de los contratos financieros designados en la tabla I de la demanda (folios n.º 7), debiendo efectuarse la restitución recíproca de las prestaciones, consistiendo en la devolución de las cantidades recibidas por las liquidaciones cobradas por los contratos swaps y la cancelación de la póliza de crédito n.º NUM000 sin coste alguno para la demandante, con entrega por parte de la actora de las acciones de Banco Popular depositadas en las cuentas de valores referenciadas en el documento n.º 21 de la demanda, más los intereses legales que se hubieran devengado.

»2.- Se condena a la demandada a abonar las costas del presente procedimiento».

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia.

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por el procurador D. Fernando , representante procesal del demandado Banco Popular Español S.A..

2.- El recurso de apelación correspondió a la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, recurso de apelación 2805/2018, donde se dictó sentencia 123/2019, de 15 de febrero, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos:



»Se desestima el recurso de apelación formulado por la representación de Banco Popular Español contra la sentencia de 28 de marzo 2018 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número ocho de esta capital, se confirma dicha resolución en todos sus extremos, y todo ello con imposición de las costas ocasionadas en esta instancia a la parte apelante».

TERCERO.- Interposición y sustanciación del recurso de casación ante la Sala 1.ª del Tribunal Supremo.

1.- Por la entidad Banco Santander S.A. (personada en calidad de sucesora procesal de Banco Popular Español S.A. por fusión por absorción) se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Al amparo del artículo 477.1 LEC, por infracción del artículo 1.301 CC, en relación con la determinación del *dies a quo* del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por vicio del consentimiento, ya que, de conformidad con la jurisprudencia dictada en interpretación de ese precepto, la Sala *a quo* debería haber apreciado que la acción de anulación de las operaciones 1 y 2 estaba claramente caducada, y hacía varios años, cuando se interpuso la demanda.

Motivo segundo.- Al amparo del artículo 477.1 LEC, por infracción de los artículos 1.301 y 1.311 CC, en relación con la imposibilidad de situar el *dies a quo* del plazo de ejercicio de la acción de anulación en la fecha de agotamiento de un contrato de financiación posteriormente suscrito para asumir las pérdidas sufridas por razón de los contratos de swap precedentes que motivan el ejercicio de la acción de anulación. Atendiendo a la fecha de agotamiento de los contratos de swap, la acción de anulación estaba caducada cuando FMA interpuso su demanda, sin que el ulterior otorgamiento de un contrato de naturaleza y finalidad completamente distintas (la póliza de crédito) pueda desvirtuar jurídicamente la anterior conclusión.

2.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, comparecieron las partes reseñadas en el encabezamiento de esta sentencia y practicadas las diligencias necesarias para la sustanciación del recurso, por auto, de fecha 7 de julio de 2021, se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador D. Ernesto García-Lozano Martín, en nombre y representación de la mercantil FMA S.L., presentó escrito de oposición al mismo.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 30 de marzo de 2022, fecha en la que se decidió someter el recurso a deliberación de todos los magistrados de la sala, señalándose nuevamente para deliberación, votación y fallo del pleno de la Sala el día 25 de mayo de 2022, en que tuvo lugar sin la intervención del magistrado Excmo. D. Antonio García Martínez por razón de licencia previamente concedida, realizándose posteriores redeliberaciones por la complejidad de la materia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Antecedentes.

1. La demanda.

- La demanda se interpuso por la sociedad limitada FMA frente al Banco Popular Español S.A. (hoy Banco de Santander).

- Se refiere a varios productos (tabla I de la demanda, página 7 de la demanda), porque incluye unas pólizas de cobertura de riesgos y de crédito, así como una orden de suscripción de acciones, todas ellas operaciones relacionadas con la gestión de la deuda que se generaba en los swaps, aunque en las sentencias de primera y segunda instancia lo que se examinó fue el error vicio en los swaps (dos confirmaciones), ya que consideraron todas las contrataciones como un negocio unitario.

- Las acciones ejercitadas, con carácter subsidiario entre sí, fueron la de nulidad radical, anulabilidad por error, incumplimiento con indemnización de perjuicios y devolución de comisiones implícitas del segundo swap.

2. La sentencia de primera instancia estimó la demanda.

- Desestimó la excepción de caducidad. Consideró que estamos ante un negocio unitario y que el plazo no se inicia hasta que no se produce el vencimiento de la póliza de contrato de cuenta de crédito.

- Declaró la nulidad de «los contratos financieros designados en la tabla I de la demanda (folio 7)» y la cancelación de la póliza de crédito.

3. La sentencia de segunda instancia:



- Desestimó el recurso de apelación del banco demandado y confirmó el criterio de la sentencia de primera instancia en materia de caducidad.
- Confirmó también en cuanto al fondo la declaración de nulidad.

La sentencia de segunda instancia, que confirma la de primera instancia, fija el *dies a quo* del plazo de caducidad de la acción en el momento de vencimiento de una póliza de contrato de cuenta de crédito (previsto en un primer momento para noviembre de 2018 pero ampliado a noviembre de 2021) que se suscribió para hacer frente a la última liquidación de los swaps en noviembre de 2010. Se ha considerado que estamos ante un negocio unitario y la consumación del mismo se produce cuando se cumplen todas las prestaciones.

SEGUNDO. - *Contratos concertados por las partes.*

TIPO DE PRODUCTO FECHA FIRMA IMPORTE FECHA DE VENCIMIENTO DEVENIR DEL CONTRATO

Swap Bonificado Apalancado Euribor-Banco Popular 29/08/2007 9.000.000,00€ 29/02/2011 Se auto cancela recibiendo el Cliente un abono de 60.000 €

Swap Apalancado Euribor-Banco Popular 29/10/2007 9.000.000,00€ 21/11/2010 Se modifica mediante suplemento, llega a vencimiento

Póliza de cobertura de riesgos 24/01/2008 9.000.000,00€ 22/01/2018 El Cliente no dispone de ninguna cantidad

Póliza de crédito 05/05/2010 9.000.000,00€ 22/11/2018 Se dispone de todo el capital para la adquisición de 800.142 acciones del propio Banco

Suplemento al Swap Apalancado de 29 de octubre de 2007 05/05/2010 Modifica el Swap estableciendo que a vencimiento el cliente no pague una liquidación, sino que compre las acciones

Modificación Póliza de crédito de 5 de mayo de 2010 27/11/2012 10.000.000,00€ 27/11/2021 Se suscribe para acudir a la ampliación de capital.

Orden de suscripción de acciones de Banco Popular en la ampliación de capital 27/11/2012 1.000.000,00€ La demandante por recomendación del Banco acude a la ampliación de capital con un millón de euros más concedido por el propio Banco

TERCERO. - *Póliza de 5 de mayo de 2010 y suplemento a la confirmación del swap apalancado de 29 de octubre de 2007.*

Las partes suscribieron póliza de crédito de 5 de mayo de 2010 con vencimiento de 22 de noviembre de 2015, prorrogable hasta 2018, en la que constaba como cláusula adicional:

»CLÁUSULA A LA PÓLIZA DE CRÉDITO núm. NUM000 formalizada entre Banco Popular Español, S.A. y FMA, S.L. el 05/05/10.

»PRIMERO.- Disposición del crédito.

»La disposición de fondos del crédito formalizado mediante la póliza de la que esta cláusula es adicional únicamente podrá ser realizada con el fin de abonar al "comprador de la opción" la contraprestación por la entrega del número concreto y determinado de 800.142 acciones de Banco Popular Español, S.A., en los términos y supuestos que resultan del contrato marco de operaciones financieras de fecha 23 de marzo de 2007, la confirmación del "swap apalancada euribor Banco Popular" con IRS de referencia 936294 firmada el 29/10/07, ambos formalizados entre Banco de Vasconia, S.A. (Sociedad absorbida por Banco Popular Español, S.A.) y FMA, S.L., y el suplemento a la confirmación formalizada con fecha 05/05/10, entre Banco Popular Español, S.A. y FMA, S.L. Copia de dicho contrato, confirmación y de su suplemento se adjuntan como Anexo I.

»Dicha disposición y pago de contraprestación por la entrega de acciones se realizará el 21/11/2010, y únicamente en los supuestos y términos que resultan de los citados contrato, confirmación y suplemento.

»Si en algún momento se cumpliera las condiciones y requisitos establecidos en el contrato, confirmación y suplemento anteriormente referidos para que no haya lugar a la entrega de acciones, y por tanto tampoco a la contraprestación pactada para dicha entrega, el crédito se considerará automáticamente vencido y cancelado con carácter anticipado y por tanto indisponible para la parte acreditada.

»Por tanto, FMA, S.L., mediante la firma de la presente cláusula y del suplemento a la confirmación del swap apalancado euribor Banco Popular cuyas copias han quedado incorporadas como anexo, ordena y da instrucciones de forma expresa e irrevocable al Banco para que con fecha 21/11/2010, en el caso en que así proceda según lo pactado en dichos contratos, y en los términos que igualmente resultan de los mismos, con

cargo al límite disponible de la presente cuenta de crédito, efectúe por cuenta y a nombre de FMA, S.L., el pago de la contraprestación correspondiente a la entrega de las 800.142 acciones de Banco Popular Español, S.A.

»A tal efecto, Banco Popular Español, S.A. queda apoderado y facultado, con carácter expreso e irrevocable dada su finalidad de garantía del cumplimiento de otro contrato, para que, por medio de cualquiera de sus apoderados, pueda firmar en nombre de FMA, S.L., las oportunas pólizas, órdenes de compra de las acciones que se ha comprometido a adquirir en el citado contrato swap y en su modificación, órdenes de traspaso, extractos de cuentas y cuantos documentos públicos o privados ordenando cargos, abonos o transferencias o traspasos fuesen necesarios o convenientes para llevar a buen fin la orden de compra de acciones a que se refiere la presente Cláusula Adicional. Sin perjuicio de lo anterior, FMA, S.L. se obliga a otorgar a solicitud del Banco cuantos documentos sean necesarios, tanto públicos o privados, para la finalidad indicada.

»Por tanto, con cargo al disponible de la cuenta de crédito que se constituye al amparo de la presente póliza, no podrá ser atendida ninguna clase de órdenes de pago, transferencias, ni cualesquiera otras disposiciones que no sean por el motivo en esta cláusula reseñado. A los efectos de esta cláusula, no se librarán ningún libro de cheques para la disposición de esta cuenta a lo que da su conformidad la acreditada.

Igualmente el 5 de mayo de 2010 suscribieron un suplemento a la confirmación del swap apalancado de 29 de octubre de 2007, con el siguiente contenido:

«SUPLEMENTO A LA CONFIRMACIÓN "SWAP APALANCADO EURIBOR-BANCO POPULAR" con IRS de referencia 936294 firmada el 29 de octubre de 2007 entre Banco de Vasconia S.A. Y FMA S.L.

»En San Sebastián, a 5 de Mayo de 2010.

»INTERVIENEN

»De una parte:

»Banco Popular Español S.A. (en adelante el banco) con domicilio social en Madrid, C/ Velázquez núm. 34 y CIF A28000727 representado en este acto por D. Rodrigo con DNI NUM001 y D. Romeo con DNI NUM002 .

»De otra parte:

»FMA S.L. (en adelante el cliente) con domicilio a efectos de notificaciones en Avenida de San Pedro, Bidebieta núm. 3, 20016 San Sebastián y CIF B-20330403, representado en este acto por D. Jose Antonio con DNI NUM003 .

»ACUERDAN:

»Único.- El banco y el cliente acuerdan llevar a cabo la modificación de la confirmación "Swap Apalancado Euribor-Banco Popular" (en adelante "la confirmación") firmada el 29 de octubre de 2007, a través del siguiente suplemento.

»Este documento suplementa, forma parte y debe ser interpretado al amparo del contrato marco de operaciones financieras firmado el 23 de marzo de 2007 entre las partes, así como al amparo de la confirmación.

»Conforme a lo anterior y, reconociéndose recíprocamente capacidad legal en la representación que ostentan para la formalización del presente suplemento, las partes intervinientes acuerdan las siguientes modificaciones a la confirmación:

»(i) La cláusula 1. Términos generales queda modificada, de modo que donde dice:

»Liquidación a vencimiento: En efectivo, por diferencias

» $[(\text{Strike} - \text{PrecioFinal}) / \text{Strike}] \times \text{Importe Nominal}$

»Si el Precio Diario Subyacente es superior al importe de la Barrera Desactivante, no hay liquidación.

»Si el Precio de referencia Final, es superior al Strike, no hay liquidación.

»Debe decir:

»Liquidación a vencimiento:

»La liquidación a vencimiento de esta operación se realizará mediante la entrega física de acciones de Banco Popular constituyentes del activo subyacente.

»Si durante la vida de la operación, el precio de cierre de la acción subyacente entre la fecha de inicio y la fecha de vencimiento, ambos Incluidos, no es igual o superior al nivel de la Barrera Desactivante y en la fecha de vencimiento, el precio de cierre del Subyacente es inferior al Strike, el vendedor de la opción (FMA, S.L.) recibirá



del comprador (Banco Popular Español, S.A.) el número de acciones que se correspondan con los siguientes cálculos:

»Nominal/Strike

»El número de acciones a entregar se redondeará al número entero más bajo, entregándose en efectivo la fracción sobrante calculada al Strike.

»El comprador de la Opción (Banco Popular Español, S.A.) recibirá, en contraprestación, un importe en euros equivalente a Strike x NúmeroAccionesEntregadas

»Si durante la vida de la operación, el precio de cierre de la acción subyacente entre la fecha de inicio y la fecha de vencimiento, ambos incluidos, es superior o igual al nivel de Barrera Desactivante, no habrá entrega de acciones.

»Y en prueba de conformidad, las partes firman este contrato en el lugar y fecha indicados en el encabezamiento, en dos (2) ejemplares originales, uno para cada una de las partes, y a un sólo efecto.

»BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. FMA, S.L.»

CUARTO.- *Motivos primero y segundo.*

1.- Motivo primero.- Al amparo del artículo 477.1 LEC, por infracción del artículo 1.301 CC, en relación con la determinación del *dies a quo* del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por vicio del consentimiento, ya que, de conformidad con la jurisprudencia dictada en interpretación de ese precepto, la Sala *a quo* debería haber apreciado que la acción de anulación de las operaciones 1 y 2 estaba claramente caducada, y hacía varios años, cuando se interpuso la demanda.

2.- Motivo segundo.- Al amparo del artículo 477.1 LEC, por infracción de los artículos 1.301 y 1.311 CC, en relación con la imposibilidad de situar el *dies a quo* del plazo de ejercicio de la acción de anulación en la fecha de agotamiento de un contrato de financiación posteriormente suscrito para asumir las pérdidas sufridas por razón de los contratos de swap precedentes que motivan el ejercicio de la acción de anulación. Atendiendo a la fecha de agotamiento de los contratos de swap, la acción de anulación estaba caducada cuando FMA interpuso su demanda, sin que el ulterior otorgamiento de un contrato de naturaleza y finalidad completamente distintas (la póliza de crédito) pueda desvirtuar jurídicamente la anterior conclusión.

QUINTO.- *Decisión de la sala. Vinculación contractual.*

En primer lugar, es preciso tener en cuenta el contenido de la reciente sentencia 145/2022, de 23 de febrero, que se pronuncia sobre los requisitos que han de concurrir para apreciar la vinculación entre contratos:

Así, con cita de la sentencia 331/2018, de 1 de junio, indica que:

«Dicha relación de conexión puede darse por razón de diversas circunstancias, bien porque el contrato principal o inicial constituye un presupuesto o una *conditio iuris* para que el contrato posterior realice plenamente su función práctica, o bien, porque en el momento de su celebración ambos contratos cooperen necesariamente para la consecución del resultado económico perseguido por las partes, supuestos de los negocios complejos y coaligados».

También cita y extracta el contenido de la sentencia 136/2021, de 10 de marzo, según la cual:

«[...] entre los sucesivos contratos de financiación y de inversión se aprecia una unidad de intención, una vinculación funcional que, sin perjuicio de su respectiva autonomía, permite hablar de negocios coligados. La finalidad o función económico- social que se perseguía con estos solo podía lograrse a través del conjunto de esos contratos. Los préstamos constituían el instrumento mediante el que se obtenían los fondos con los que se realizaban las inversiones en productos financieros, y estos, a su vez, eran la garantía, a través de su pignoración, de aquellos préstamos, y la fuente de obtención de nuevos recursos económicos (mediante su esperada revalorización y beneficios) con los que amortizar los capitales prestados.

»Por esta razón, resulta artificioso pretender aislar la valoración de los contratos enjuiciados del conjunto contractual ofertado a los clientes, pues la voluntad de los contratantes se formó, declaró y formalizó en el contexto de dicho conjunto».

En la sentencia 145/2022, de 23 de febrero, la sala entiende que la doctrina expuesta es aplicable al caso y aprecia:

«[...] una clara vinculación entre el contrato de adquisición del producto estructurado y la póliza de crédito, propia de los negocios complejos o coaligados. Esta conexión muestra cómo, desde su celebración, ambos contratos cooperan necesariamente para la consecución del resultado económico perseguido por las partes.



Se conciertan al mismo tiempo (julio de 2007) y el estructurado se constituye con el dinero concedido por el propio banco mediante la póliza de crédito, de tal forma que la adquisición del producto estructurado es causa de la concesión del crédito, siendo la duración de esta póliza la misma que la del estructurado, tres años. Del mismo modo, la reestructuración del producto financiero complejo, sustituyendo un estructurado por otro, este último con un plazo de duración de cinco años, va acompañado de la necesaria renovación de la póliza de crédito, que también se extiende por un plazo de cinco años. El crédito se concede para permitir la inversión en el producto estructurado, así se ofreció al cliente y así fue aceptado».

Esta vinculación o conexión apreciada supone que la sala, en la referida sentencia 145/2022, declare que la nulidad por error vicio tanto de la adquisición del producto en julio de 2007 como de su sustitución por otro producto en marzo de 2010, justifique también la nulidad del contrato de crédito constituido para adquirir el estructurado en julio de 2007 y novado con ocasión de la reestructuración de marzo de 2010.

En el supuesto ahora analizado por la sala, en la sentencia recurrida se declara que estamos ante contratos encadenados encaminados a una reestructuración y refinanciación de la deuda, constitutivos de una unidad contractual, incluida la póliza de crédito concertada.

De la referida póliza de crédito (cláusula adicional) se deduce que no estamos ante un mero instrumento para financiar la liquidación resultante del swap sino que, en la póliza de crédito, asumiendo la existencia del swap y refiriendo la contratación de un suplemento al swap, se establecían las condiciones para la compra de acciones del Banco Popular que eran el activo subyacente.

En suma, nos encontramos antes dos contratos de swap concatenados y un contrato de crédito vinculado al segundo contrato de swap.

Determinada la concurrencia de vinculación contractual, se ha de analizar por la sala el *dies a quo* o día inicial para computar si la acción se ejercitó en plazo o si se ha de declarar su caducidad.

SEXTO .- Decisión de la sala. «Dies a quo» (día inicial de cómputo) para el ejercicio de la acción de anulación de swaps encadenados.

Se estiman ambos motivos, que se analizan conjuntamente.

El recurrente entiende que el día inicial de cómputo es el 21 de noviembre de 2010, que es cuando venció el segundo swap que se formalizó el 29 de octubre de 2007, que era novación del primero. Por el contrario, la sentencia recurrida había entendido que, en atención al carácter vinculado de la póliza de crédito respecto de los dos contratos de swap, el día inicial del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de nulidad debía situarse en el momento de vencimiento de una póliza de crédito, previsto en un primer momento para noviembre de 2018, y luego ampliado a noviembre de 2021.

Para resolver esta cuestión debemos partir de la jurisprudencia de la sala sobre el comienzo del plazo de la acción de nulidad previsto en el art. 1301 CC. Y, después, comprobar si tiene alguna incidencia el carácter vinculado del contrato de crédito respecto de los dos contratos de swap concatenados.

Como hemos recordado en otras ocasiones (sentencia 502/2020, de 5 de octubre), «en la interpretación del art. 1301 CC, la jurisprudencia 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 (sentencias 89/2018, de 19 de febrero, y 264/2018, de 9 de mayo). Sin perjuicio de que en la contratación de algunos productos financieros, 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».

Partiendo de lo anterior, este tribunal, de forma un tanto casuística, ha ido distinguiendo entre diversos tipos de contratos para advertir, en función de sus características, cuándo podían considerarse consumados.

Así, en lo que ahora interesa, respecto de los contratos de swap hemos declarado que, «a efectos del ejercicio de la acción de nulidad por error, la consumación de los contratos de swaps debe entenderse producida en el momento del agotamiento, de la extinción del contrato» (sentencia 89/2018, de 19 de febrero).

Por su parte, en las sentencias 417/2020, de 10 de julio, y 502/2020, de 5 de octubre, declaramos que «en relación con la aplicación del art. 1301 CC, el contrato de préstamo bancario en dinero ha de considerarse consumado cuando el prestamista hizo entrega del capital del préstamo al prestatario, a alguno de los prestatarios o a la persona designada por el prestatario».



De acuerdo con esta doctrina, en un supuesto como el presente, en principio, el plazo para ejercitar la acción de nulidad de los dos contratos concatenados de swap comenzaría al consumarse el segundo, esto es, el 21 de noviembre de 2010.

Como veremos a continuación, aunque el contrato de crédito concertado el 5 de mayo de 2010 pueda considerarse vinculado a los dos contratos de swap concatenados, no altera la fecha de inicio del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de nulidad, pues en el caso del contrato de crédito concertado, por sus características, habría que tenerlo por consumado al tiempo de ser concertado (el 5 de mayo de 2010), que fue cuando se puso a disposición del cliente el importe del crédito.

Esto es así, porque en el presente caso la póliza de crédito funcionó cual si préstamo se tratara, dado que la disposición de efectivo se efectuó de una sola vez, para la compra simultánea de las acciones del Banco Popular, que era la finalidad a la que respondía, sin posibilidad de nuevas disposiciones de cantidades amortizadas.

En este sentido declara la sentencia 471/2020, de 10 de julio, que:

«El contrato de préstamo bancario de dinero ha de entenderse consumado cuando se ha producido la entrega del dinero por el prestamista al prestatario (o a quien este haya designado), al tratarse del momento en que el cliente, que es la parte perjudicada por el error, recibe lo que la sentencia 89/2018, de 19 de febrero, denominó como "una prestación esencial con la que se pueda identificar la consumación del contrato"».

Por otra parte, no puede computarse como *dies a quo* la fecha de modificación de la póliza de crédito (27-1-2012), dado que el objeto de la misma fue la suscripción de una ampliación de capital (1.000.000 euros) operación desvinculada de lo pactado en los swaps.

En conclusión, cuando se interpone la demanda, el 16 de enero de 2017, habían transcurrido los cuatro años establecidos en el art. 1301 del C. Civil, computados desde el 21 de noviembre de 2010 al 16 de enero de 2017, por lo que la acción de anulabilidad se ha de declarar caducada.

SÉPTIMO.- Acción subsidiaria de indemnización de daños y perjuicios.

Declarada la caducidad de la acción de anulabilidad, se ha de asumir la instancia y analizar la acción de indemnización de daños y perjuicios, ejercitada como subsidiaria y que no fue objeto de respuesta en el fallo de la sentencia de apelación, al estimarse la acción principal.

Por la parte demandante se solicitó:

«Se declare el incumplimiento de la demandada de las obligaciones que rigen la contratación de los contratos designados en la tabla I y, al amparo del artículo 1101 del Código Civil, se la condene a indemnizar a mi mandante por los daños y perjuicios causados. Dicha indemnización se concreta en el pago a mi mandante de las liquidaciones negativas de los contratos swap, con deducción de las cantidades recibidas por las liquidaciones cobradas por los contratos swap, asumiendo Banco Popular Español, S.A., todas las obligaciones de pago exigibles a la demandante derivadas de la póliza de crédito núm. NUM000 . Y todo ello junto con los intereses legales que se hayan devengado».

OCTAVO.- Funcionamiento del swap apalancado en el supuesto litigioso.

El contrato de «cobertura» (swap) incluía una opción de venta (put) emitida por FMA S.L. (el cliente) y comprada por Banco de Vasconia S.A. (el banco) (hoy Banco de Santander). El activo subyacente de la opción son acciones del Banco Popular. El precio de ejercicio es $K = 11,248$ euros, la barrera desactivante es $B = 12,43$ euros, y el vencimiento se realiza el 21 de noviembre de 2010.

Este contrato funcionaba del modo siguiente:

- i) Si algún día hábil en el período definido entre la fecha de inicio, 15 de noviembre de 2007 y la fecha de vencimiento 21 de noviembre de 2010, el precio oficial de cierre de la acción de Banco Popular es igual o superior al precio definido en la barrera, 12,43 euros, la opción se desactiva, al igual que el swap, es decir el denominado contrato de cobertura deja de existir, sin que exista ningún derecho para las dos contrapartes.
- ii) Si llegado el vencimiento, porque el contrato no se ha desactivado, y el precio de la acción de Banco Popular se sitúa por debajo del precio de ejercicio $K = 11,248$ euros, el cliente deberá pagar al banco la cantidad definida del modo siguiente: El nominal del contrato multiplicado por la rentabilidad negativa de la acción de Banco Popular, medida dicha rentabilidad respecto al precio de ejercicio.

Cuando venció el plazo para el ejercicio de la opción, el cliente se encontró con la obligación de liquidar el contrato y hacer frente a la diferencia entre el valor de las acciones a 11,248 euros precio establecido en el contrato, y el valor de las acciones a 4,10 euros, al precio del 22 de noviembre de 2010, día hábil siguiente a la



fecha de vencimiento del contrato el 21 de noviembre de 2010. La diferencia suponía una pérdida de 5.719.417 euros.

El banco planteó al cliente la compra de las acciones y no la liquidación por diferencia de precios, como establecía el contrato. Por lo que se modificaron las condiciones de liquidación final del contrato y el banco prestó al cliente 9 millones de euros para comprar 800.142 acciones al precio de 11,248 euros por acción, cuando en la fecha de liquidación del contrato esas acciones valían (en bolsa) 3.280.583 euros, al precio de 4,10 euros por acción.

NOVENO.- Doctrina de la sala sobre la acción subsidiaria de indemnización.

En cuanto a los daños y perjuicios por incumplimiento, dijo la sentencia 677/2016, de 16 de noviembre, recogida en la sentencia 491/2017, de 13 de septiembre:

«5.- En las sentencias 754/2014, de 30 de diciembre, 397/2015, de 13 de julio, y la 398/2015, de 10 de julio, ya advertimos que no cabía "descartar que el incumplimiento grave de aquellos deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero pueda constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida, prácticamente total, de valor de las participaciones preferentes, aunque lógicamente es preciso justificar en qué consiste la relación de causalidad." Y en la anterior Sentencia 244/2013, de 18 de abril, entendimos que el incumplimiento por el banco del incumplimiento grave de los deberes de información exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales "constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes de Lehman Brothers adquiridas". Aunque esta sentencia se refiere a la responsabilidad por la actuación de la entidad prestadora de servicios financieros en el marco de un contrato de gestión discrecional de carteras de valores, la doctrina sobre las consecuencias del incumplimiento del estándar de diligencia, resulta aplicable, en lo fundamental, respecto de las exigencias que el art. 79 bis 6 LMV impone a quien presta un servicio de asesoramiento financiero.

»En consecuencia, conforme a esta jurisprudencia, cabía ejercitar una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de los deberes inherentes al test de idoneidad y a la consiguiente información a prestar al cliente minorista, siempre que de dicho incumplimiento se hubiera derivado el perjuicio que se pretende sea indemnizado. Este perjuicio es la pérdida de la inversión, como consecuencia de la quiebra del emisor de las participaciones preferentes.

»De tal forma que cabe atribuir al incumplimiento de los deberes inherentes a la exigencia del test de idoneidad y de información clara, precisa, imparcial y con antelación de los riesgos inherentes al producto ofertado, la consideración de causa jurídica del perjuicio sufrido, pues si no consta que el demandante fuera inversor de alto riesgo (o, cuanto menos, que no siéndolo, se hubiera empeñado en la adquisición de este producto), el banco debía haberse abstenido de recomendar su adquisición, por lo que, al hacerlo, y al no informar sobre los riesgos inherentes al producto, propició que el demandante asumiera el riesgo que conllevó la pérdida de la inversión.

»6.- Lo expuesto lleva a que deba atribuirse al incumplimiento por la demandada de sus deberes de información sobre los riesgos inherentes al producto la consideración de causa jurídica del perjuicio sufrido, pues el incumplimiento por Bankinter de los deberes de información impuestos por la normativa del mercado de valores propició que el demandante asumiera el riesgo que conllevó la pérdida de la inversión».

DÉCIMO.- Decisión de la sala sobre la acción de indemnización.

La estimación del recurso de casación conlleva que asumamos la instancia y que, tras examinar la prueba, concluyamos que la entidad bancaria al ofrecer el producto financiero no suministró a los demandantes la información necesaria para comprender lo que se contrataba y sus riesgos, entre los que se encuentra el coste de cancelación. No es necesario reiterar la jurisprudencia sobre el deber de información previa que pesaba sobre la entidad que comercializaba productos financieros complejos, bajo la vigencia del RD 629/2003 y antes de que resultara de aplicación la normativa MiFID, Corrobora esta conclusión lo manifestado por el propio personal del banco que reconoció que no se había facilitado información al cliente sobre los costes de cancelación del swap.

El manifiesto incumplimiento de la obligación de información por el banco y la ausencia de idoneidad del cliente para la comprensión del producto que estaba adquiriendo, generaron un perjuicio derivado de las liquidaciones negativas de los swaps y la pérdida de valor de las acciones del Banco Popular (arts. 1101, 1103 y 1106 del C. Civil), que ha de ser indemnizado por la parte demandada, por lo que se ha de estimar la



acción subsidiaria de indemnización por incumplimiento de sus obligaciones por el banco, a la hora de ofertar el producto contratado.

UNDÉCIMO.- *Decisión de la sala. Cuantificación de la indemnización.*

De acuerdo con lo solicitado por la parte demandante la indemnización se debe concretar en tres conceptos:

1. En el pago a la actora de las liquidaciones negativas de los contratos swap, con deducción de las cantidades recibidas por las liquidaciones positivas percibidas por los contratos swap.
2. La demandante solicitó igualmente que Banco Popular Español S.A. asumiera «todas las obligaciones de pago exigibles a la demandante derivadas de la póliza de crédito núm. NUM000 ». Tal pretensión no puede estimarse en su totalidad puesto que esta partida indemnizatoria excede del resarcimiento del daño efectivamente causado a la parte demandante por la suscripción de dicho contrato y, de estimarse, permitiría a la parte demandante hacer suyo el capital del que dispuso en virtud de dicho contrato, sin justificación para ello. La indemnización debe quedar circunscrita al importe de la carga financiera derivada de dicho contrato, esto es, a los intereses y comisiones a cargo de la parte demandante derivados de la suscripción de dicho contrato de financiación causalmente vinculado a los contratos de swap.
3. También se deberá indemnizar en concepto de daños y perjuicios, en la cantidad de 5.719.417 euros, que es la diferencia entre el valor en bolsa de las acciones el día de su adquisición (4,10 euros la acción) y el precio abonado por las mismas por la parte demandante, en virtud del swap apalancado, que fue muy superior (11,248 euros la acción), según el informe pericial del Sr. Benito, más los intereses legales desde la interposición de la demanda.

DUODÉCIMO.- *Costas y depósito.*

Estimado en parte el recurso de casación no procede imposición de costas (art. 398 LEC), al desestimarse la acción principal y estimarse la subsidiaria en parte.

Estimada en parte la demanda (al ser condenada la demandada a una cantidad sustancialmente menor que la solicitada en la demanda) no procede imposición de costas de la primera instancia (art. 394 LEC).

Estimado en parte el recurso de apelación no procede imposición de costas en la segunda instancia (arts. 394 y 398 LEC)

Procede la devolución del depósito constituido para recurrir.

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 parcialmente el recurso de casación interpuesto por la entidad Banco Santander S.A., contra sentencia 123/2019, de 15 de febrero, de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (apelación 2805/2018).

2.º- Casar la sentencia recurrida, en el sentido de:

- a) Desestimar la acción de anulación por caducidad de la acción.
- b) Estimar parcialmente la acción subsidiaria de indemnización de daños y perjuicios condenando a la parte demandada al pago de 5.719.417.-€ (cinco millones setecientos diecinueve mil cuatrocientos diecisiete euros), más los intereses legales desde la interposición de la demanda.
- c) El importe de los intereses y comisiones a cargo de la parte demandante derivados de la suscripción del contrato de financiación causalmente vinculado a los contratos de swap, póliza de crédito núm. NUM000 .
- d) Igualmente se condena a la demandada al pago a la actora de las liquidaciones negativas de los contratos swap, con deducción de las cantidades recibidas por las liquidaciones positivas percibidas por los contratos swap.

3.º- No procede imposición de costas de la casación, con devolución del depósito constituido para recurrir.

No procede imposición de costas de la primera instancia.

No procede imposición de costas de la apelación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de apelación.



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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ