

COMENTARIO A LA SENTENCIA 89/2018, DE 19 DE FEBRERO, DEL PLENO DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO. ¿UN NUEVO PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE ANULABILIDAD EN LA CONTRATACIÓN BANCARIA O FINANCIERA?

Comentario a la Sentencia 89/2018, de 19 de febrero, del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. ¿Un nuevo plazo para el ejercicio de la acción de anulabilidad en la contratación bancaria o financiera?

El inicio del cómputo para el ejercicio de la acción de anulabilidad por dolo o error en los contratos bancarios siempre ha estado sujeto a una alta litigiosidad. El concepto jurídico indeterminado al que el artículo 1301 del Código Civil sujeta el ejercicio de la acción (esto es, la consumación del contrato) ha sido objeto de interpretación por el Tribunal Supremo, hasta la Sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, que unifica el criterio del Tribunal y establece el inicio del *dies a quo* con el conocimiento pleno y cabal del error por el interesado. Sin embargo, esta doctrina jurisprudencial asentada parece que ha dado un giro copernicano con la Sentencia 89/2018 del Tribunal Supremo, que establece una nueva interpretación del término consumación previsto en el artículo 1301 del Código Civil.

PALABRAS CLAVE

Contratos Bancarios, Error, Anulabilidad, Plazo, Caducidad.

Commentary on the Judgment of The Plenum of The Civil Chamber of The Supreme Court 89/2018 Of 19 February 2018. A New Deadline for The Exercise of the Action for Annulment in Banking or Financial Contracting?

The beginning of the term for the exercise of the action for annulment based on fraud or error in banking contracts has always been subject to extensive litigation. The undefined legal concept to which section 1301 of Civil Code binds the exercise of the action, i.e. the completion of the contract, had been subject to interpretation by the Supreme Court until the judgment of 769/2014 of 12 January 2015, which unified the criteria of the Supreme Court and established the beginning of the *dies a quo* with the full and complete knowledge of the error or fraud by the interested party. However, this well-established case-law seems to have taken a Copernican turn with Supreme Court Ruling 89/2018, which established a new interpretation of the term "completion" under section 1301 of the Civil Code.

KEY WORDS

Banking Contract, Error, Annulment, Term, Expiration.

Fecha de recepción: 15-5-2018

Fecha de aceptación: 1-6-2018

INTRODUCCIÓN

La presente reseña tiene por objeto analizar la doctrina jurisprudencial que la Excm. Sala de lo Civil del Tribunal Supremo parece haber acogido sobre el inicio del plazo legal que tienen los contratantes para ejercitar la acción de anulabilidad del artículo 1301 del Código Civil por error o dolo en las relaciones contractuales complejas que versen sobre una permuta financiera de tipos de interés o *swap*.

Como veremos, el pasado 19 de febrero de 2018 el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dictó la Sentencia 89/2018, en la que se viene a clarificar y, en cierto modo, a matizar para los contratos de *swap* la doctrina jurisprudencial que el propio Alto Tribunal había desarrollado desde su Sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015.

A partir de la Sentencia 89/2018, de 19 de febrero de 2018 (seguida por las sentencias de 160/2018, de 21 de marzo; 202/2018, de 10 de abril; 228/2018, de 18 de abril; y 274/2018, de 9 de mayo), el comienzo de los cuatro años previstos en el artículo 1301 del Código Civil para instar la acción impugnatoria por error o dolo en los contra-

tos de *swap* se deberá computar desde que se hayan ejecutado todas y cada una de las prestaciones esenciales de las partes con arreglo al contrato. Es decir, cuando el objeto prestacional se haya agotado y, por tanto, cuando el contratante puede valorar el resultado económico final del contrato (interpretación ya apuntada por nuestra jurisprudencia y, entre otros, por Díez-Picazo Ponce de León, L.: *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, vol. II, *Las relaciones obligatorias*, Cizur Menor: Aranzadi, 2008, 6.ª ed., pág. 598, y Carrasco Perera, A.: *Derecho de contratos*, Cizur Menor: Aranzadi, 2010, págs. 676-677). Es ahí donde ahora —según esta nueva jurisprudencia— se debería entender que se produciría la «consumación» del contrato y, por ende, el momento desde que quedaría fijado el *dies a quo* de los cuatro años de la acción de nulidad relativa del contrato.

Sin embargo, ya se anticipa que la confirmación de la tesis de la consumación o extinción para los contratos de *swap* implica no aplicar a este tipo de contratos el criterio ampliamente aceptado en el Derecho comparado y en los textos supranacionales consistente en que el inicio del plazo de caducidad para ejercer la acción de anulación por error o dolo

se debe computar desde el conocimiento de la causa de nulidad por parte del contratante que lo hubiera sufrido.

La Sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, respecto de un producto de renta fija, había fijado que el inicio de los cuatro años del artículo 1301 del Código Civil se debía situar cuando la parte que hubiera padecido ese vicio del consentimiento en una relación contractual compleja hubiera podido tener un conocimiento «cabal y completo» de los caracteres esenciales del contrato o producto. La Excm. Sala Primera, sin embargo, ha decidido no aplicar este criterio a los contratos de *swap*, por entender que la consumación, al menos, en estos contratos se produciría con el cumplimiento de todas y cada una de las prestaciones del contrato.

Por otro lado, este nuevo criterio de la Excm. Sala supone retrasar el *dies a quo* del artículo 1301 del Código Civil hasta la fecha en que finalice el plazo de cobertura del *swap* (fecha del vencimiento ordinario o de su cancelación anticipada). Y ello con independencia de que el contratante que pretende la anulación hubiera podido percatarse mucho antes de su error o del dolo en su consentimiento, y, por tanto, que haya podido consentir durante años ese contrato sin formular queja o demanda alguna. De hecho, el *dies a quo* para ejercer esa acción tiene una complicada relación con la confirmación tácita, al basarse ambos en un presupuesto común: la ejecución del contrato (García Vicente, J. R.: *Comentario al Código Civil. Obras completas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pág. 9257).

Sin más preámbulos, se analiza a continuación la jurisprudencia que se había consolidado en la Excm. Sala a partir de la Sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, y la que ha sido ahora adoptada con ocasión de la sentencia objeto de este comentario.

PUNTO DE PARTIDA: LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA 769/2014, DE 12 DE ENERO DE 2015, Y SUS SENTENCIAS POSTERIORES

Por medio de la Sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, el Pleno de la Sala de lo Civil pretendió superar un criterio jurisprudencial que en aquellos momentos venía a equiparar la «consumación» con la «perfección» del contrato a los efectos del cómputo del plazo previsto en el artículo 1301 del Código Civil. El Alto Tribunal optó entonces por entender que la noción de «consumación» de los

contratos que contemplaba ese precepto debía interpretarse teniendo en cuenta, ex artículo 3.1 del Código Civil, la realidad social distinta en la que se enmarcaba esta institución en nuestros días de la que fue considerada por los redactores del Código Civil a finales del siglo XIX. Esta «evolución» jurisprudencial partía de la loable premisa de buscar «un equilibrio entre la seguridad que aconseja que la situación de eficacia claudicante que supone el vicio del consentimiento determinante de la nulidad no se prolongue indefinidamente y la protección del contratante afectado por el vicio del consentimiento» (vid. fundamento jurídico quinto de esta sentencia).

El criterio que adoptó el Tribunal Supremo, haciéndose eco del principio clásico de la *actio nata* y la solución propuesta por el artículo 4:113 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos («PECL» en sus siglas en inglés), era fijar el *dies a quo* en el momento en que el contratante (que hubiera sufrido ese vicio del consentimiento) pudiera tener un conocimiento «cabal y pleno» de los caracteres esenciales del contrato en un grado tal que, mostrando una diligencia razonable, pudiera percatarse de su error o dolo.

El Tribunal Supremo entendió que esa «situación jurídica resultante» o «consumación» a los efectos del artículo 1301 del Código Civil se produciría con la ejecución de la prestación esencial del contrato. Ese sería el momento en que, en las relaciones contractuales complejas, el contratante estaría en condiciones de poder tomar consciencia de si lo que creía haber contratado (un depósito bancario o un contrato de seguro) se correspondía o no con el negocio jurídico realmente suscrito (un derivado u otro producto de renta fija o un *swap*). Para ilustrar esa doctrina, la Excm. Sala Civil destacó en la sentencia de 12 de enero de 2015 un conjunto de hechos reveladores en los que, a su criterio, el cliente habría tenido que ser necesariamente consciente (si hubiera aplicado un mínimo de diligencia) de su error o dolo al suscribir el contrato o al adquirir ese producto bancario, financiero o de inversión. Entre otros, la «suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error».

Esta doctrina jurisprudencial ha sido ratificada y desarrollada de forma consistente y pacífica por el propio Alto Tribunal durante los tres años siguientes.

tes a esa sentencia hasta calificarla como una jurisprudencia «asentada y estable» (sentencias 130/2017, de 27 de febrero; 652/2017, de 29 de noviembre y 257/2018, de 26 de abril).

Buena prueba de todo lo anterior es que el Tribunal Supremo sostiene, sin solución de continuidad, que el comienzo del plazo de caducidad de los cuatro años del artículo 1301 del Código Civil se produce desde que se constata la concurrencia de esos hechos reveladores y, por tanto, del «cabal y completo» conocimiento por la parte que pretende anular el contrato. Entre otros, se pueden destacar los siguientes: (i) comunicación al cliente de la quiebra de la entidad Lehman Brothers, sociedad emisora del bono objeto de la inversión (Sentencia 376/2015, de 7 de julio); (ii) pérdida del valor de las participaciones preferentes emitidas por la entidad islandesa Landsbanki Island HF como consecuencia de su intervención (Sentencia 489/2015, de 16 de septiembre); (iii) solicitud de información del cliente al banco sobre la situación de los productos estructurados que se habían contratado como supuestos «depósitos» (Sentencia 102/2016, de 25 de febrero); (iv) situación de crisis económica del emisor de las aportaciones financieras subordinadas de Eroski que le impedía abonar al cliente los cupones comprometidos en el producto estructurado (Sentencia 718/2016, de 1 de diciembre); (v) pérdida del valor de la práctica totalidad de la inversión por la quiebra e intervención del banco islandés emisor del producto y la crisis del banco alemán emisor de sus preferentes (Sentencia 130/2017, de 27 de febrero); (vi) recepción de la primera liquidación negativa de intereses del *swap* y comunicación por la entidad financiera del elevado coste de la posible cancelación anticipada del producto (Sentencia 153/2017, de 3 de marzo); (vii) percepción por el cliente de la primera liquidación negativa del *swap* (Sentencia 371/2017, de 9 de junio); (viii) falta de abono de los rendimientos pactados en los bonos estructurados emitidos por General Motors por su intervención por el Gobierno norteamericano (Sentencia 652/2017, de 29 de noviembre); y (ix) imposibilidad de rescatar la inversión efectuada en obligaciones subordinadas emitidas por Fagor, dada la ausencia de un mercado secundario (Sentencia 44/2018, de 30 de enero).

Con la salvedad de la Sentencia 153/2017, de 3 de marzo, hasta la sentencia objeto del presente comentario y posteriores, el Alto Tribunal no había dado una respuesta plena e integral a la fijación del *dies a quo* del plazo para ejercer la acción de anula-

bilidad en los contratos de *swap* con posterioridad a la doctrina prevista en la Sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015.

ANTECEDENTES FÁCTICOS Y PROCESALES DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 19 DE FEBRERO DE 2018

Una vez expuesta la jurisprudencia vigente, conviene adentrarse en cuál fue el supuesto de hecho examinado por el Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo en su Sentencia 89/2018, de 19 febrero de 2018, y su tramitación procesal.

Según sus hechos probados, entre los años 2002 y 2003, para financiar la adquisición de un solar y luego la construcción de viviendas unifamiliares, la entidad Construcciones Poncelas, S.A. suscribió con Banco Santander Central Hispano un préstamo hipotecario, que fue ampliado posteriormente. Esta financiación se enmarcaba, pues, dentro de su actividad empresarial.

El 25 de octubre de 2005 la prestataria formalizó con el banco un contrato marco de operaciones financieras (CMOF) y un primer contrato de permuta financiera o *swap*. Este último contrato tenía una duración de tres años (entre el 27 de octubre de 2005 y el 27 de octubre de 2008) y se aplicaba sobre un importe nominal de 3.000.000 €.

El 29 de marzo de 2006 se suscribió un segundo *swap* por importe de 1.725.507,40 € que sustituyó el primer contrato de cobertura de tipos de interés (que fue cancelado de forma anticipada), y retrotrajo sus efectos al 25 de octubre de 2005 (fecha del primer *swap*).

Entre el mes de octubre de 2005 y el mes de octubre de 2006, el segundo *swap* arrojó un saldo negativo para la empresa constructora de 36.314,60 €. El cliente reclamó extrajudicialmente al banco la devolución de ese importe y este último le propuso formalizar un tercer *swap*.

El 10 de noviembre de 2006 se suscribió ese tercer *swap*, esta vez, por un importe aún mayor (5.000.000 €) y un plazo más largo (cinco años desde el 20 de noviembre de 2006), y se fijó como fecha de vencimiento el 21 de noviembre de 2011. El 28 de marzo de 2007 se amortizó en su totalidad el préstamo hipotecario otorgado por las partes.

Durante la vigencia de ese tercer *swap*, Construcciones Poncelas, S.A. obtuvo la primera liquidación negativa al finalizar su primer año, esto es, el 20 de

noviembre de 2007. En los cinco años siguientes del contrato, se fueron alternando liquidaciones positivas y negativas, si bien el saldo anual resultante del contrato de *swap* fue negativo a partir del tercer año (es decir, la suma de las liquidaciones negativas era superior a las positivas generadas durante ese periodo), hasta acumular una pérdida final para el cliente de 307.851,87 € a la fecha de su finalización (21 de noviembre de 2011).

El 30 de enero de 2014 la empresa constructora interpuso contra el banco una demanda de anulabilidad contra el contrato marco de operaciones financieras y los tres *swaps* por un error por vicio en su consentimiento. Alegó la actora que el banco había incumplido los deberes de información sobre los riesgos que comportaban los contratos litigiosos y, en particular, que se le había ofrecido un «seguro de cobertura de los préstamos suscritos por si subía el tipo de interés» cuando en realidad se le había colocado un *swap*. El banco se opuso a la demanda, esgrimiendo, entre otros argumentos, que la acción había caducado y que, en todo caso, había cumplido con los deberes legales de información.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Ponferrada declaró la nulidad por vicio de consentimiento del contrato marco de operaciones financieras y de los tres *swaps* y condenó al banco a la reintegración de sus prestaciones. El banco recurrió en apelación la sentencia, con base en que la acción de anulabilidad estaba caducada a la fecha de la demanda, entre otros razonamientos.

Mediante su sentencia de 4 de febrero de 2015, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de León estimó en parte el recurso del banco y declaró que la acción de nulidad por error de consentimiento había caducado con respecto al primer y segundo *swap*. Este tribunal entendió que el plazo de cuatro años debía computarse desde la fecha de la cancelación anticipada de esos dos contratos (20 de marzo y 10 de noviembre de 2006, respectivamente) y, en consecuencia, a la fecha de la presentación de la demanda (30 de enero de 2014) ya habían transcurrido los cuatro años. Sin embargo, respecto al tercer *swap*, la Ilma. Sala consideró que la acción de anulabilidad no estaba caducada porque la demanda se presentó dentro de los cuatro años siguientes a la fecha de su vencimiento (21 de noviembre de 2011). La Audiencia Provincial de León acogió en su sentencia el criterio del agotamiento o extinción del contrato para determinar el *dies a quo* previsto en el artículo 1301 del CC.

La entidad financiera recurrió en casación por entender que esa sentencia infringía la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo consagrada en la Sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015. Según la recurrente, con la recepción y aceptación de las primeras liquidaciones negativas de los dos primeros *swaps* y, especialmente, del tercer *swap* (20 de noviembre de 2007), el cliente ya podía haber advertido que esos tres contratos no eran un «seguro» de tipos de interés y que, por tanto, desde entonces había incurrido en un error al suscribirlos. Por ello, desde ese momento la demandante estaba ya en condiciones de poder instar la anulabilidad de ese contrato. No lo hizo, sin embargo, hasta más de seis años después, el 30 de enero de 2014.

LA SENTENCIA 89/2018, DE 19 DE FEBRERO, DEL PLENO DE LA SALA CIVIL, Y SU DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Tras su oportuna tramitación, el Tribunal Supremo dictó sentencia por la que desestimó el recurso de casación del banco, al concluir que la acción anulatoria del tercer *swap* no estaba caducada a la fecha de la presentación de la demanda.

En un primer momento, la Excma. Sala razona por qué la sentencia de la Audiencia Provincial de León no habría infringido la jurisprudencia prevista en la Sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015. A criterio del Alto Tribunal, la doctrina jurisprudencial de esa sentencia se dirigía a «impedir que la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo». Y ello no puede entenderse en el sentido que pretendía el banco de que «el computo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría en contra del tenor literal del art. 1301.IV CC», que establece que la acción comenzará «desde la consumación».

En otras palabras, a juicio del Alto Tribunal, el hecho de que el demandante pudiera tener conocimiento de su error no determinaría el inicio del plazo de los cuatro años del artículo 1301 del Código Civil. Y ello porque lo contrario contravendría la literalidad del citado precepto.

Tras rechazar que la sentencia de apelación hubiera infringido su doctrina anterior, el Pleno de la Sala

Civil concluye que la consumación de los contratos de *swap* a los efectos del artículo 1301 del Código Civil debía entenderse producida en el momento del agotamiento o extinción del contrato. Sería en ese momento cuando, a juicio del Alto Tribunal, tendría lugar el cumplimiento de las prestaciones de ambas partes y, por ende, cuando se determinaría la «efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato» para el cliente.

Y es que, a diferencia de otros contratos de tracto sucesivo, razona la Excm. Sala, los de cobertura de tipos de interés o *swaps* no tendrían una prestación esencial que se ejecute en un «momento único y puntual» que pudiera ser identificada con su «consumación». Al contrario, al generarse liquidaciones periódicas variables en favor de uno u otro contratante, en función de la evolución de los tipos de interés, no sería hasta la extinción del contrato (vencimiento ordinario o cancelación anticipada) cuando el contratante podrá percatarse, a la vista del saldo resultante, si el contrato se ajustaba o no a las características esenciales del negocio que creía haber contratado.

La aplicación de esta doctrina al caso concreto conduce al Tribunal Supremo a concluir que la acción impugnatoria del tercer *swap* no estaba caducada a la fecha de la presentación de la demanda (30 de enero de 2014), al no haber transcurrido el plazo de los cuatro años del artículo 1301 del Código Civil desde que venció el contrato de *swap* (21 de noviembre de 2011).

Con posterioridad a la Sentencia 89/2018, de 19 de febrero, el Tribunal Supremo ha confirmado esta doctrina sobre el plazo de caducidad de la acción en contratos de cobertura de tipos de intereses o *swaps* en sus recientes Sentencias 202/2018, de 10 de abril; 228/2018, de 18 de abril, y 264/2018, de 9 de mayo. Por tanto, este «nuevo» criterio jurisprudencial tendría ya la consideración de jurisprudencia a los efectos del artículo 1.6 del Código Civil.

PANORAMA JURISPRUDENCIAL ACTUAL SOBRE EL DIES A QUO DE LA ACCIÓN DE ANULABILIDAD DE LOS CONTRATOS TRAS LA SENTENCIA 89/2018, DE 19 DE FEBRERO, Y SUBSIGUIENTES

La jurisprudencia del Tribunal Supremo pretende dotar a nuestro ordenamiento jurídico de una respuesta general sobre el régimen de caducidad de las

acciones en las relaciones contractuales complejas (contratos bancarios, financieros o de inversión, entre otros). Y ello, con independencia del tipo de contrato (tracto sucesivo o tracto único) o de la propia naturaleza y características del producto o servicio litigioso. Así lo destacó el propio Tribunal Supremo en su Auto de 1 de julio de 2015 (Recurso 1600/2014), cuando inadmitió un recurso de casación sobre participaciones preferentes por carecer de interés casacional.

Con la Sentencia 89/2018, de 19 de febrero, y las sentencias posteriores, se habrían aclarado y completado los criterios aplicables a la fijación del *dies a quo* del plazo del artículo 1301 del Código Civil, en función del tipo de negocio jurídico enjuiciado. Así, se podrían diferenciar tres tipos de supuestos de hecho:

(i) Los contratos de *swap* o de cobertura de tipos de interés, en los que el *dies a quo* comenzaría cuando todas las prestaciones de las partes se hubieran ejecutado (agotamiento o extinción), es decir, a su vencimiento ordinario o cuando se cancele de forma anticipada. Este sería el supuesto de las Sentencias 89/2018, de 19 de febrero; 202/2018, de 10 de abril; 228/2018, de 18 de abril, y 264/2018, de 9 de mayo.

(ii) Los demás contratos complejos (adquisición de productos estructurados, bonos, obligaciones subordinadas, etc.), en los que el inicio del plazo del artículo 1301 del Código Civil continuaría situándose cuando el cliente hubiera tenido «cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción». Esta fue la doctrina que el Tribunal Supremo ha seguido en las Sentencias 44/2018, de 30 de enero; 257/2018, de 26 de abril, y 312/2018, de 28 de mayo.

(iii) Para las relaciones contractuales no complejas, el criterio sostenido por el Tribunal Supremo se mantiene en los términos que expuso en sus Sentencias 339/2016, de 24 de mayo, y 89/2018, de 19 de febrero: (a) los contratos de ejecución instantánea o simultánea, que, según el propio Tribunal Supremo, no presentarían especial dificultad para determinar cuándo comienza a correr el plazo de cuatro años. Al coincidir temporalmente su perfección y consumación, sería en ese momento en el que debería fijarse el *dies a quo*; y (b) los contratos de tracto único con ejecución diferida o contratos de tracto sucesivo, como los de arrenda-

miento, renta vitalicia, sociedad, etc. En tales casos, el *dies a quo* debería determinarse, conforme al criterio del Alto Tribunal (Sentencia 569/2003, de 11 de junio), cuando quien alegue el error o dolo hubiera recibido de la otra parte la prestación esencial o característica del negocio jurídico. Con la recepción de esa prestación es cuando el contratante protegido podrá contrastar su equivocada creencia sobre la naturaleza o características esenciales del negocio realmente concertado (en este sentido, Albada-lejo García, M.: *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Madrid: Edisofer, 2008, 13.^a ed.).

Por último, conviene traer a colación dos cuestiones adicionales sobre la doctrina jurisprudencial actualmente vigente sobre el artículo 1301 del Código Civil: (i) la determinación de cuándo comienza ese plazo legal deberá efectuarse de forma independiente y separada respecto de cada uno de los contratos o productos (este es el criterio pacífico del Tribunal Supremo —Sentencias 102/2016, de 25 de febrero, y 264/2018, de 9 de mayo—); y (ii) aunque el plazo de caducidad del artículo 1301 del Código Civil comience desde la «consumación», ello no quiere decir que el contratante no esté legitimado para instar la acción de anulabilidad contractual antes de que se entienda «consumado» el contrato, con independencia de la tesis interpretativa que se acoja (Sentencias del Tribunal Supremo 569/2013, de 11 de junio, y 228/2018, de 18 de abril).

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE LA SENTENCIA 89/2018, DE 19 DE FEBRERO

En el presente apartado se expondrá en primer lugar cuál es el contexto normativo en el que la Sentencia 89/2018, de 19 de febrero, fue dictada, especialmente, a la vista de que la Sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, se sustentó, entre otros, en el criterio adoptado por los PECL. Y, en segundo lugar, se analizarán aquellas cuestiones que podrían ser controvertidas desde un punto de vista dogmático en el razonamiento efectuado por el Tribunal Supremo para justificar la procedencia de esa aclaración de la jurisprudencia anterior.

El contexto actual: la necesaria reforma de las normas del Código Civil sobre la caducidad de la acción y la conveniente reducción en su plazo de ejercicio

Es difícilmente discutible en estos tiempos que el régimen general de obligaciones y contratos de nuestro Derecho común requiere de una urgente y profunda modernización. Este clamor unánime de los distintos operadores jurídicos que participan en la Administración de Justicia sigue a la fecha sin ser atendido por el poder legislativo.

La necesaria renovación de esta rama del Derecho civil es aún más acuciante en dos instituciones jurídicas de excepcional transcendencia práctica: la caducidad y prescripción en materia de obligaciones y contratos. Ambas figuras constituyen limitaciones imprescindibles para el ejercicio individual de los derechos de una parte en beneficio de un bien jurídico mayor, la seguridad jurídica, que, como bien decía el profesor De Castro (Castro y Bravo, F. de: *Derecho Civil de España*, vol. III, Madrid: Thomson Civitas, 2016, pág. 509), «se vería perturbada por el mantenimiento indefinido de situaciones inciertas». Precisamente, disponer de un criterio objetivo y cierto (como el de la consumación) fue lo que, según Delgado Echevarría, J. (*Comentario del Código Civil*, AA.VV., Cizur Menor: Aranzadi, 2015), perseguía el legislador decimonónico español cuando abandonó la regla del Código Civil francés que había sido acogida en el Proyecto de Código Civil de 1851 (*dies a quo* desde el conocimiento de la causa de nulidad de los contratos).

No es de extrañar, por tanto, que se asista en los últimos años a diversos intentos de revisión y modernización en estas dos instituciones jurídicas (caducidad y prescripción). Así, se pueden citar los esfuerzos de armonización de las normas reguladoras de los contratos procedentes tanto de las instituciones de la Unión Europea y diversos grupos de trabajo a nivel europeo (Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de Compraventa Europea, de fecha 11 de octubre de 2011, los PECL o el *Draft of Common Frame of Reference* —«DCFR»—) como desde otros organismos supranacionales como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil. Además, en países de nuestro entorno como Alemania, Francia o Bélgica se ha llevado a cabo una profunda actualización del instituto de la prescripción (*vid.* Marín López, M. J., «El «dies a quo del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil», en AA. VV.: *La Prescripción Extintiva, XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014).

Desde nuestro país, el intento más relevante de una reforma en las normas reguladoras de la caducidad

y prescripción se produjo con ocasión de la Propuesta de Anteproyecto de Ley para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, preparado por la Comisión General de Codificación en enero de 2009, que contemplaba, entre otros, un nuevo régimen sobre las acciones de anulabilidad por error o dolo en el consentimiento.

Sin embargo, en lo que coinciden tanto las propuestas legislativas (art. 52 de la Propuesta de Reglamento de Compraventa Europea) como los textos de *soft law* (arts. 4:113 de los PECL, II-7:210 del DCFR y 3.2.12 de los Principios UNIDROIT) sobre esta institución es en la incorporación al Derecho común de unos plazos de caducidad razonables (que se sitúan, como máximo, en los dos años) y la determinación del *dies a quo* desde que la parte legitimada tenga conocimiento de los hechos reveladores de la causa de la nulidad o, al menos, pueda tenerlo, acogiendo de este modo el criterio de la *actio nata* (esta es también la opción acogida en el art. 122-5.1 del Código Civil de Cataluña).

Valoración crítica de la Sentencia 89/2018, de 19 de febrero

De las distintas cuestiones que se han expuesto en esta reseña sobre la Sentencia 89/2018 y en la jurisprudencia subsiguiente, podrían apuntarse las siguientes consideraciones:

— *La interpretación que efectúa la Excm. Sala sobre la doctrina expuesta en la Sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, en la sentencia comentada*

En la sentencia de 19 de febrero de 2018, entre otras consideraciones, la Excm. Sala de lo Civil rechazó que la sentencia de la Audiencia Provincial de León hubiera infringido la doctrina contemplada en la Sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015. El razonamiento pivotó en que la ratio de la doctrina allí prevista se había limitado a señalar que el plazo de cuatro años no podía comenzar antes de que el contratante hubiera tomado razón de su error o dolo. Y ello con independencia de que el contrato pudiera haberse «consumado» por la ejecución de la prestación esencial (adquisición y puesta a disposición del producto de renta fija correspondiente —un contrato de seguro de vida denominado *unit linked multiestrategia*—).

A nuestro juicio, sin embargo, la interpretación de la Sentencia 89/2018 sobre este aspecto resulta cuanto menos controvertida. En la Sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, el Alto Tribunal no equiparó el término «consumación» con el de agotamiento o extinción de las obligaciones del

contrato, en el sentido de que se exigiera el cumplimiento de todas y cada una de las prestaciones esenciales de las partes durante la vigencia del contrato o del producto. Lo que exigió la Excm. Sala en ese caso fue que la situación jurídica resultante de la ejecución del contrato hubiera alcanzado un grado de «configuración definitiva» que hubiera posibilitado al contratante, de haber mostrado una diligencia razonable, comprobar si había sufrido realmente un error o dolo. Desde ese momento, decía el Tribunal Supremo en la Sentencia 769/2014, la parte que hubiera padecido el error o dolo estaría en condiciones de ejercer la acción de impugnación correspondiente y, por ende, debe ser desde esa fecha cuando debería computarse el inicio de los cuatro años del plazo de caducidad.

Al respecto de cuándo consideraba la Sala de lo Civil que se habría alcanzado una situación jurídica resultante que posibilitara al contratante tomar conocimiento de su vicio del consentimiento, la sentencia de 12 de enero de 2015 fijó diversos criterios ilustrativos de esa «consumación» a los efectos del artículo 1301 del Código Civil: (i) suspensión de liquidaciones (positivas); (ii) suspensión de beneficios o de devengo de intereses; (iii) aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordados por el FROB; y (iv) en general, cualquier otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado.

Por tanto, para el Alto Tribunal, el término «consumación» podía quedar equiparado a la ejecución de la prestación esencial prevista en el contrato, pero sin requerir necesariamente el agotamiento total de sus prestaciones durante la vigencia pactada. Es decir, lo que se exigía era que se ejecutara cualquiera de las prestaciones esenciales, de tal modo que el contratante pudiera tener conocimiento de si realmente el negocio que creía haber contratado se ajustaba o no con el negocio real. La finalidad que se perseguía con ese criterio era buscar un equilibrio entre la seguridad jurídica (no prolongar de forma indefinida la «situación claudicante» del negocio anulable) y la protección a la parte que padece el vicio del consentimiento.

Aunque el Tribunal Supremo no haya hecho mención en la Sentencia 89/2018, las Sentencias del Tribunal Supremo 153/2017, de 3 de marzo, y 371/2017, de 9 de junio, analizaron contratos de *swap* en los que se concluyó que la percepción de una primera liquidación negativa de un *swap*

podía constituir el hecho revelador de cuál era la verdadera naturaleza de ese contrato (al acreditar que el cliente no se encontraba ante un contrato de seguro).

En todo caso, parece que la aclaración que se efectúa en la Sentencia 89/2018 y en sus resoluciones posteriores viene a sentar jurisprudencia sobre cómo debería interpretarse el *dies a quo* del plazo previsto en el artículo 1301 del Código Civil para los contratos de *swap*.

— *El discutible criterio de «retrasar» hasta el resultado económico final del contrato de swap el inicio del plazo de caducidad del artículo 1301 del Código Civil*

El Tribunal Supremo sustenta su decisión, en la Sentencia 89/2018 y en sus sentencias posteriores, en que, a diferencia de otros contratos o productos complejos, las permutas financieras o *swaps* no dispondrían de una única y puntual prestación esencial, sino de múltiples prestaciones de carácter sucesivo (liquidaciones variables) que, en función de la evolución de los tipos de interés, determinarían un resultado incierto (a favor o en contra del cliente). Ello exigiría, a criterio de la Audiencia Provincial de León y, por ende, del Tribunal Supremo, que el término de «consumación» se debería situar en el momento en el que, una vez cumplidas todas las prestaciones del contrato y agotado el objeto prestacional con su extinción, el cliente pueda conocer el saldo económico final que arroja su ejecución.

Frente a lo expuesto, no compartimos el criterio que ha adoptado la Excm. Sala de que debe ser a la vista del resultado económico final del contrato de *swap* (si le es favorable o no) cuando el contrato se debe entender «consumado» ex artículo 1301 del Código Civil.

En efecto, el error o dolo contractual de un usuario bancario que, en vez de un contrato de *swap*, creyó haber contratado un seguro de tipo de interés (argumento habitual para justificar el vicio del consentimiento) quedaría puesto de manifiesto desde la percepción de la primera liquidación negativa (Sentencias 153/2017, de 3 de marzo, y 371/2017, de 9 de junio). Desde ese momento, esa parte del contrato no podría mantener una «creencia equivocada» sobre la naturaleza (que había suscrito un seguro) o los caracteres esenciales del contrato que había suscrito (sin riesgo de pérdida, incluso aunque descendieran los tipos de interés por debajo del tipo pactado).

En el supuesto que fue analizado en la Sentencia 89/2018, llama la atención que el Tribunal Supremo haya dilatado hasta el vencimiento final del contrato de *swap* (20 de noviembre de 2011) el momento en el que la empresa constructora pudo tomar conocimiento de su error a la vista del resultado económico final del contrato (la pérdida de 307.851,87 €). Y, sin embargo, y obviando la experiencia previa de los dos primeros *swaps* contratados por la empresa constructora, no haya valorado el hecho de que la primera liquidación negativa se hubiera producido el 20 de noviembre de 2007 y el hecho de que los saldos anuales desfavorables para el cliente se iniciaron en 2008, es decir, seis años antes de interponer su acción de anulabilidad. La eventual confusión que le hubiera podido generar al usuario bancario la concurrencia de liquidaciones positivas o negativas por la ejecución del contrato de *swap* no ratificaría, bajo nuestro criterio, la necesidad de esperar hasta la finalización de la duración pactada, sino, bien al contrario acreditarían de que los caracteres esenciales del contrato realmente suscrito diferían de un modo claro y notorio de los de un contrato de seguro.

— *El complejo encaje de esta jurisprudencia con los límites de la buena fe contractual y las normas reguladoras de la confirmación tácita de los contratos*

Resulta aún más destacable que en la Sentencia 89/2018 se haya reconocido de un modo tan expreso y meridiano la siguiente afirmación: «de esta doctrina sentada por la sala [jurisprudencia de la Sentencia de 12 de enero de 2015] 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 en contra del tenor literal del art. 1301.IV CC [...] desde la consumación del contrato».

Parece de lo extractado que para el Tribunal Supremo no sería relevante en la determinación del *dies a quo* ex artículo 1301 del Código Civil el hecho de que la empresa constructora demandante hubiera podido conocer su error desde el 20 de noviembre de 2007 (fecha de la recepción de la primera liquidación negativa) o el que no solo hubiera seguido tolerando, sino también dando cumplimiento a sus obligaciones contractuales, después de ser plenamente consciente de su error. Ni que decir tiene que tampoco tendría relevancia el hecho de que el cliente hubiera ejercitado la acción de anulabilidad seis años después de haber percibido la primera

liquidación negativa y más de tres años después de su vencimiento ordinario.

Sin embargo, esta interpretación del artículo 1301 del Código Civil, que hoy parece haber sido acogida por la Excma. Sala Primera, podría ser incompatible con el principio de la buena fe contractual (arts. 7 y 1258 del Código Civil) y, en cierto modo, con la normas reguladoras de la confirmación tácita (art. 1311 del Código Civil).

En primer lugar, resulta poco defendible que el Tribunal Supremo haya admitido que un contratante, que ya conoce de la existencia de su error o dolo, pueda esperar a conocer el resultado económico final del contrato de *swap* para que, en ese momento, pueda iniciarse el plazo de cuatro años de caducidad. De este modo, se estaría consagrando el controvertido criterio de hacer depender el inicio del plazo de caducidad del resultado final del contrato (es decir, su saldo económico) y de que este le hubiera sido desfavorable para los intereses del cliente (porque haya tenido pérdidas, o no haya cumplido sus expectativas subjetivas o, incluso, por cualquier otra razón de conveniencia u oportunidad). En tales supuestos, se le otorgaría al cliente un periodo adicional de otros cuatro años para poder ejercitar la acción de anulabilidad del artículo 1300 y siguientes del Código Civil.

Así, si finalmente se impusiera el criterio de la Sentencia 89/2018, se estaría ratificando una doctrina que, en último término, podría implicar una traslación del riesgo de la inversión del cliente (que se asume en el contrato o producto financiero) a la entidad financiera. Y ello en la medida en que el cliente estará incentivado a esperar al resultado económico del contrato o del producto y, solo si le resulta desfavorable, ejercer la acción de anulabilidad.

Además, las entidades financieras deberán «convivir» con la inseguridad de ignorar si el resultado final económico que pueda arrojar el contrato o el producto se ajustaba o no a la representación mental que ese mismo contratante tuvo al iniciar el contrato o al suscribir el producto financiero complejo. Y, en ese análisis, a la vista de la jurisprudencia, parece que no se debería tener en cuenta (o no especialmente) cuál ha sido la conducta ejecutada por el cliente durante la vigencia del contrato o del producto, su falta de denuncia o queja durante la vigencia pactada o cualquier otra circunstancia que pudiera acreditar su tolerancia o aceptación.

Ante todo ello, consideramos que una situación como la descrita podría contravenir el principio de

la buena fe contractual que se consagra en los artículos 7 y 1258, entre otros, del Código Civil. Este principio exigiría, a nuestro juicio, que el cómputo del plazo de los cuatro años comience desde el mismo momento en que el contratante pudo ejercer la acción (una vez percatado de su error o dolo y una vez haya cesado el vicio de consentimiento), tal y como se contempla en la Sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, y se propone en los textos de *soft law* anteriormente mencionados.

En segundo lugar, en el caso analizado por la Excma. Sala en la Sentencia 89/2018, de 19 de febrero, podrían concurrir argumentos para defender que la empresa constructora pudo haber confirmado tácitamente con sus actos la validez y eficacia del tercer contrato de *swap* ex artículo 1311 del Código Civil.

Es indiscutible que, en su más reciente doctrina sobre la confirmación tácita en contratos de *swap*, el Tribunal Supremo ha adoptado un criterio muy exigente y estricto para determinar cuándo una conducta del contratante podría calificarse como un acto confirmatorio del negocio jurídico viciado que acreditara su voluntad de renuncia. La Excma. Sala Primera tiene establecido como regla general que «*ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos deben ser necesariamente considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error*» (sentencias del Tribunal Supremo 19/2016, de 3 de febrero, y 503/2016, de 19 de julio). Se requiere, según el Alto Tribunal, de algo más: «*un pleno conocimiento de causa a la hora de fijar una situación jurídica*» determinante del acto propio confirmatorio de ese error (sentencias del Tribunal Supremo 691/2016, de 23 de diciembre y 239/2017, de 17 de abril) para acreditar esa renuncia de derechos.

Esta doctrina, que podría calificarse de pacífica, podría quedar en entredicho ante el criterio del *dies a quo* del plazo del artículo 1301 del Código Civil que se establece en la Sentencia 89/2018, de 19 de febrero. Y es que, en la medida en que el cliente sea consciente de forma plena y cabal de su error, y además continúe cumpliendo con sus obligaciones contractuales bajo el contrato de *swap* durante un largo periodo de tiempo (seis años en el caso analizado en la sentencia objeto de comentario) hasta su extinción, es difícilmente sostenible que no se haya producido una confirmación tácita de ese contrato. De lo contrario, se podría estar vaciando de contenido real y práctico (al menos, para los contratos de

swap) la confirmación tácita prevista en el artículo 1311 del Código Civil.

En todo caso, sean o no suficientes para nuestros tribunales los hechos probados descritos en la Sentencia 89/2018, de 19 de febrero, como determinantes jurídicamente para declarar la confirmación tácita del contrato de *swap* (en el sentido de acreditar la voluntad del contratante a renunciar al ejercicio de la acción de anulabilidad), lo que es manifiesto es que desde que se constata un pleno y cabal conocimiento del contratante de su error debería iniciarse el cómputo del plazo de los cuatro años. Cualquier otra interpretación, a nuestro criterio, no solo contravendría la buena fe contractual, sino que podría calificarse como un ejercicio abusivo (entre otros, por un retraso desleal en su reclamación), o incluso antisocial, de ese derecho por parte del cliente, al atentar contra el principio de seguridad jurídica (art. 7.2 del Código Civil, en relación con el art. 9.3 de la Constitución).

CONCLUSIÓN

La Sentencia del Tribunal Supremo 89/2018, de 19 de febrero de 2018, y sus sentencias posteriores reflejan la adopción por parte de la Excm. Sala Primera de la tesis del agotamiento o extinción del contrato para la fijación del inicio del plazo para ejercer la acción de anulabilidad por error o dolo en los contratos de *swap*. Esta sentencia aclara la doctrina jurisprudencial que, de forma reiterada y uniforme, se había desarrollado desde la Sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, sobre una institución tan importante y con tanta trascendencia práctica como la caducidad de la acción de anulabilidad por error o dolo.

La jurisprudencia de la Sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, consagró una interpretación actualizada del inicio del plazo de caducidad del artículo 1301 del Código Civil, en línea con las propuestas más recientes a nivel europeo y nacional que regulan esta institución, desde el momento en que el contratante que pretende anular el contrato tiene conocimiento o pudo tenerlo si hubiera mostrado una diligencia razonable. Es decir, la consolidación de la *actio nata*. Esta doctrina, además, pretendía proveer una respuesta general y uniforme sobre el cómputo del plazo de anulabilidad en la contratación compleja (contratos bancarios, financieros o de inversión), tal y como el propio Tribunal Supremo había apuntado.

La aplicación de la tesis del agotamiento o extinción para determinar el *dies a quo* del plazo previsto en el artículo 1301 del Código Civil, que supone retrasar el inicio del cómputo hasta que finalice la duración pactada del contrato de *swap* (ya sea por vencimiento ordinario o acuerdo expreso de cancelación anticipada), pudo estar motivada por la especial singularidad del supuesto de hecho analizado en la Sentencia 89/2018 (liquidaciones positivas y negativas durante cada año que pudo conducir al cliente a mantener la confusión hasta la finalización del contrato). Pero precisamente ese carácter particular del supuesto de hecho que le fue presentado a la Excm. Sala de lo Civil es lo que, a nuestro juicio, debió haber conducido al Tribunal Supremo no tanto a matizar y suplir la doctrina de la Sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, sino a excepcionar la aplicación de esa jurisprudencia en la resolución del caso previsto en la Sentencia 89/2018, de 19 de febrero.

Con todo, las razones que fueron esgrimidas por el Alto Tribunal para acoger este criterio sobre los contratos de *swap* no resultan, a nuestro juicio, suficientes ni satisfactorias, como se ha razonado en los apartados anteriores. La noción de «consumación» de un contrato de *swap* a los efectos del artículo 1301 del Código Civil debería fijarse en el momento en que se produzca la ejecución de una prestación esencial en un grado tal que determine una situación jurídica definitiva que permita al contratante que ha sufrido un vicio en el consentimiento percatarse, de forma total y consciente, de su error o del dolo. No concurren especiales razones para tener que «prolongar» hasta el final de la duración del contrato de *swap* el inicio del plazo de caducidad.

En cambio, si se consolida esta doctrina jurisprudencial del artículo 1301 del Código Civil sobre contratos de *swap*, sí podría generarse en el tráfico jurídico una situación de constante incertidumbre para las entidades financieras. El inicio del plazo de caducidad quedaría fijado, para los contratos de *swap*, en su vencimiento final, a pesar de que las entidades financieras tengan la certeza de que ese contratante conoció o pudo conocer desde hacía años la naturaleza y los principales caracteres esenciales del contrato o del producto. Esta situación podría incentivar cierto tipo de conductas oportunistas por parte de algunos clientes para tratar de trasladar el riesgo implícito en el contrato o producto a la entidad financiera. Y ello a pesar de que durante años haya sido consciente de su hipotético error o dolo en su contratación.

Esperemos, sin embargo, que el Alto Tribunal no solo no extienda esta doctrina basada en la tesis del agotamiento o extinción de los contratos, sino que la revise ante casos en los que los hechos determinantes y reveladores de la existencia de ese vicio en el consentimiento sean claros y manifiestos (por

ejemplo, desde la concurrencia de sucesivas liquidaciones negativas), mediante la aplicación a tales supuestos de la doctrina jurisprudencial prevista en la Sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015.

JAVIER GONZÁLEZ GUIMARAES-DA SILVA*

* Abogado del Área de Derecho Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).