

1.5. Obligaciones y contratos

Criterio sobre el cómputo de la caducidad de la acción de vicio en el consentimiento recaído sobre productos bancarios o de inversión establecido en las SSTS de 12 de enero de 2015, de 7 de julio de 2015, de 16 de septiembre de 2015, así como en el resto de jurisprudencia dictada

Case law criterion on the counting of the limitation period for an action of mistake in the formation of a banking or investment contract established in the judgments of the Supreme Court rendered on January 12th 2015, July 7th 2015, September 16th 2015 and other case law

por

HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS

Doctor en Derecho

Abogado colegiado en Madrid y en Nueva York

LLM por la University of California Berkeley

RESUMEN: La caducidad de las acciones ejercitadas por clientes por haber supuestamente incurrido en vicio en la contratación es usualmente alegada por las entidades financieras con resultado dispar. Ello se ha debido fundamentalmente a la falta de un criterio claro por parte del Tribunal Supremo sobre cómo computar el plazo de caducidad de cuatro años contemplado en el artículo 1301 del Código Civil.

Había pronunciamientos contradictorios tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Por un lado se postulaba que el referido plazo se iniciaba con la consumación del contrato, que tenía lugar con el despliegue de todos los efectos del mismo. Por otro se sostenía que la caducidad comenzaba con la perfección, o al menos, con la ejecución de las principales obligaciones del contrato.

Esta controversia parece superarse mediante la reciente jurisprudencia que es analizada en este artículo y que afirma que el plazo de caducidad se inicia cuando el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. A estos efectos se precisa que el plazo empieza a computar con la suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, las liquidaciones negativas, la aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o en general, con otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido.

ABSTRACT: *The motion of lapse of the limitation period of actions brought by customers for mistakes in the formation of a contract is usually filed by banks with different results. The main reason of that uncertainty has been the lack of a clear case law from the Spanish Supreme Court determining how to count the limitation period of four years established in article 1301 of the Spanish Civil Code.*

There were contradictory scholars' opinions and case law. On the one hand, some of them suggested that that limitation period should begin with the full performance of the contract, which takes place when all its effects are displayed. On the other hand, it was proposed that the limitation period should begin when the contract is entered into, or at least, with the performance of the main obligations of the contract. This debate seems to be overcome by the recent case law that is analyzed in this article, which states that the limitation period begins when the customer should have become aware of the existence of such mistake in the formation of the contract. In this regard, it is specified that the limitation period starts with the negative results, the absence of profits or interest accrual, the application of management measures on hybrid instruments by the FROB, or generally, with similar events that allow the customer to have a real understanding of the characteristics and risks of the complex investment or bank product.

PALABRAS CLAVE: Caducidad. Producto de inversión. Contrato bancario. Consumidores. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Diligencias preliminares.

KEY WORDS: *Limitation period. Investment product. Banking contracts. Consumers. Spanish Supreme Court case law. Preliminary proceedings.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PRINCIPAL JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA CADUCIDAD DE LAS ACCIONES DE VICIO EN EL CONSENTIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN DE PRODUCTOS BANCARIOS O DE INVERSIÓN: 1. STS DE 12 DE ENERO DE 2015: A) *Antecedentes*. B) *Doctrina relevante sobre la caducidad*. 2. STS DE 7 DE JULIO DE 2015: A) *Cuestiones fácticas y procesales previas*. B) *Pronunciamientos de especial interés*. 3. STS DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2015: A) *Aspectos procesales y fácticos de importancia*. B) *Postulados de interés de la sentencia en materia de caducidad*.—III. PRONUNCIAMIENTOS POSTERIORES DE LOS TRIBUNALES.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. JURISPRUDENCIA CONSULTADA.

I. INTRODUCCIÓN

Como bien señala la doctrina¹, la caducidad es una figura jurídica que no aparece definida ni regulada en el Código Civil. Sin perjuicio de lo anterior, tanto doctrina² como jurisprudencia³ entienden que la caducidad tiene como rasgos característicos que opera como modo de extinción del ejercicio de derechos para proteger la seguridad jurídica, es apreciable de oficio⁴ y no es interrumpible.

En ese sentido, mientras pueda alegarse la excepción de caducidad, puede plantearse correlativamente la aplicación de la doctrina de los actos propios⁵.

En las controversias sobre contratos bancarios o de inversión es frecuente que se ejerciten acciones sobre productos adquiridos muchos años antes. Esto motiva

el planteamiento de la excepción de la caducidad de la acción por las entidades financieras demandadas. Lo cual ha generado una jurisprudencia dispar sobre la aplicación de la citada institución, y más concretamente, sobre cómo debe procederse a computar el plazo de cuatro años establecido en el artículo 1301 del Código Civil⁶. Sin embargo, esta cuestión no había sido objeto de estudio por parte de la doctrina especializada⁷.

A este respecto hay que comenzar señalando que aunque pueden encontrarse posicionamientos contradictorios del Tribunal Supremo⁸, parece que puede sostenerse que el criterio acertado es el de la caducidad. Así lo ha sostenido el Tribunal Supremo en las SSTs de 27 de octubre de 2004, de 5 de abril de 2006 y de 6 de septiembre de 2006 y nuestra mejor doctrina, como DÍEZ-PICAZO Y PONCE⁹ o LASARTE ÁLVAREZ¹⁰.

Sin perjuicio de lo anterior, la cuestión estriba en determinar cuándo se inicia el cómputo del comentado plazo. Según el precepto 1301 del Código Civil¹¹, el plazo tiene que iniciarse desde la consumación del contrato. Lo que no está claro es cuándo se produce dicha consumación. En ese sentido, la mayoría de las sentencias de las Audiencias Provinciales, siguiendo algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo, como la STS de 11 de junio de 2003, consideran que el plazo comienza a computarse cuando el contrato ha desplegado todos sus efectos¹². Por lo tanto, este posicionamiento conllevaba que mientras que el producto bancario o de inversión estuviera en vigor, no se iniciaba el cómputo del plazo de caducidad. Lo cual podía menoscabar en exceso el principio general del Derecho de la seguridad jurídica que se pretende proteger precisamente con la caducidad. Esta postura se refleja claramente en la SAP de Asturias, Sec. 4.^a, de 7 de noviembre de 2011, que comenta:

«E incluso, aunque se calificara de caducidad, habría que tener en cuenta que el término inicial, el de la consumación del contrato según el citado artículo 1301, debe ponerse en relación con el hecho de que se está ante un contrato de tracto sucesivo, en el que las prestaciones continúan sucediéndose, de tal modo que no puede identificarse esa consumación con la fecha de celebración del contrato».

Así, para la corriente jurisprudencial mayoritaria la consumación podría producirse (si acaso) en el supuesto de las participaciones preferentes cuando estas han dejado de existir como consecuencia de su canje¹³. Residualmente alguna sentencia aplicando este criterio ha entendido que la consumación tiene lugar en la fecha prevista para la amortización¹⁴.

En ese sentido se había creado una corriente jurisprudencial minoritaria que pretendía paliar esas consecuencias negativas para la seguridad jurídica. Algunos exponentes de esta postura son las SSAP de Badajoz, Sec. 2.^a, de 26 de julio de 2011, de Vizcaya, Sec. 3.^a, de 30 de septiembre de 2011 o de Santa Cruz de Tenerife, Sec. 3.^a, de 10 de abril de 2012, en las que se declara que el plazo de caducidad empieza a computar en la fecha de celebración del contrato. Así, la SAP de Badajoz, Sec. 2.^a, de 26 de julio de 2011 ilustrativamente señala:

«Nos encontramos ante dos contratos de suscripción de participaciones. En el presente caso la consumación de los contratos coincide plenamente con la fecha de la suscripción. No puede ser de otra manera porque en otro caso nunca podría caducar la acción de nulidad de los mismos. Si los contratos no responden a las expectativas puestas por los adquirentes en la adquisición de las participaciones, y se entendiera que tal

cosa se debe a un incumplimiento por parte de la vendedora del producto financiero, llegaríamos en tal caso al artículo 1124 del Código Civil. Si existe error o dolo es algo que debe detectarse con anterioridad. En esos 4 años que contempla el artículo 1301 del Código Civil existe ya tiempo suficiente como para apreciar si existen divergencias entre el resultado real y lo convenido, que es la esencia del error o del dolo. Fuera de este periodo de vigencia de la acción de nulidad, y más allá de esos 4 años, ya solo cabe hablar de incumplimiento contractual, no de cosa diferente».

De manera similar, la SAP de Cádiz, Sec. 8.^a, de 3 de octubre de 2012 en una controversia sobre swaps comenta:

«Entendemos por tanto que se ha de estar a cada caso en concreto. Por ello dadas las particularidades del contrato concertado cabría plantearse la posibilidad de que estuviera caducada la acción de nulidad dado el tiempo en que se concertó el contrato, existiendo al efecto sentencias de las audiencias que entienden que el computo se inicia en la fecha de celebración del contrato, si efectivamente entendemos que el contrato se consuma en la fecha de celebración habría que declarar caducada la acción, debiéndose estimar el recurso sin entrar en el resto de consideraciones, este es el criterio de la sala pues desde luego que lo que no es de recibo es entender consumado el contrato cuando me perjudica y no cuando me beneficia».

En esa misma línea se han producido algunos pronunciamientos en la jurisprudencia menor, como las SSAP de Valencia, Sec. 9.^a, de 13 de febrero de 2012 y de 27 de marzo de 2012, que directamente rechazaban entrar a conocer del asunto cuando el contrato ya se había extinguido.

El anterior razonamiento resultaba especialmente aplicable cuando las consecuencias perjudiciales sobre las que recaía el alegado error, como el riesgo de liquidaciones o costes de cancelación negativos, ya se habían materializado previamente a la conclusión del contrato litigioso debido a una permuta financiera anterior. Lo cual suponía aplicar la doctrina contenida en las SSTS de 26 de diciembre de 1944, de 20 de noviembre de 1989 y de 29 de marzo de 1994, consistente en que no puede producirse un error sobre un aspecto ya conocido.

En consonancia con lo anterior, y a pesar de la ausencia de respaldo jurisprudencial en aquel momento, algún autor postuló que parecería lógico concluir que el plazo de caducidad debería realmente iniciarse cuando los elementos respecto a los que se padece el alegado error se materializan¹⁵, con independencia de cuál es la fecha de perfección o de vencimiento del contrato. Lo cual en este tipo de litigios está usualmente relacionado con las liquidaciones negativas, la ausencia de beneficios o los costes de cancelación negativos que haya podido sufrir el cliente.

También resultaba controvertido cuándo la consumación de los contratos tiene lugar en el supuesto de swaps que han sido cancelados de mutuo acuerdo mediante las «reestructuraciones» u «optimizaciones»¹⁶. A este respecto podría pensarse que la solución es evidente, puesto que el contrato «reestructurado» no despliega ningún efecto tras la «optimización», ya que en la misma se cancela la permuta financiera original. Sin embargo, el posicionamiento mayoritario de las Audiencias Provinciales consistía en entender que la consumación se producía una vez que se extinguía el último contrato, ya que estimaban que eran negocios jurídicos de tracto sucesivo que no son independientes entre sí¹⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, una minoritaria corriente jurisprudencial sostenía lo contrario. En ese sentido pueden citarse algunas resoluciones judiciales como las SSAP de Asturias, Sec. 5.^a, de 28 de octubre de 2011 o de Guipúzcoa, Sec. 3.^a, de 25 de julio de 2012. En concreto la primera sentencia citada establece:

«Lleva razón la recurrente en cuanto a la caducidad de la acción de nulidad del negocio de permuta suscrito el 19 de diciembre de 2005, con la consecuente estimación parcial del recurso y revocación parcial también de la sentencia recurrida, porque efectivamente, según resulta del documento obrante al folio 222 y porque es lo más cabal, el contrato de 25.5.06, vino a sustituir al anterior, quedando este sin efecto, y de donde que a la fecha de la presentación de la demanda (20 de septiembre de 2010 según cajetín de la entrada) la acción de nulidad habría caducado conforme al artículo 1301 del Código Civil (cuyo plazo se entiende de caducidad ex STS de 6 de septiembre de 2006, 24 de abril de 2009, 23 de septiembre de 2010), de forma que solo procede la declaración respecto del negocio suscrito en el año 2006 y los efectos restitutorios deben limitarse a los derivados de este contrato».

Por todo lo anterior, el objeto de este artículo es centrarse en el estudio de las últimas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo que han abordado precisamente la cuestión de la aplicación de la caducidad en los litigios en los que se alega la concurrencia de un vicio en el consentimiento cuando se adquieren productos bancarios o de inversión. Como veremos¹⁸, dicha jurisprudencia efectivamente establece un criterio relativamente claro respecto a la aplicación del plazo de caducidad desde el necesario conocimiento del cliente del error, pero deja sin resolver algunos aspectos, como el tratamiento de la caducidad en el caso de la contratación sucesiva del mismo producto mediante «reestructuraciones» u «optimizaciones».

II. PRINCIPAL JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA CADUCIDAD DE LAS ACCIONES DE VICIO EN EL CONSENTIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN DE PRODUCTOS BANCARIOS O DE INVERSIÓN

1. STS DE 12 DE ENERO DE 2015

Este pronunciamiento es particularmente interesante por el hecho de que fue dictado por el pleno y de que es seguramente la primera resolución en la que se aborda con detenimiento el problema objeto de estudio en este artículo por el Alto Tribunal.

A) Antecedentes

En este caso una persona natural extranjera suscribió un *unit linked* con un banco el 6 de julio de 2006. A estos efectos conviene recordar que comúnmente se define este producto como un seguro de vida en los que los fondos en que se materializan las provisiones técnicas se invierten en nombre y por cuenta del asegurador en participaciones de instituciones de inversión colectiva y otros activos financieros elegidos por el tomador del seguro, que es quien soporta el

riesgo de la inversión. El tomador, por tanto, invierte en un seguro de vida y designa los activos en que quiere invertir, mientras que la aseguradora sustenta la titularidad de estos activos y los asigna a la póliza¹⁹.

La comentada ciudadana interpuso demanda el 13 de octubre de 2009, solicitando la nulidad radical del *unit linked* con el consiguiente abono de las cantidades invertidas, con base en la alegada concurrencia de un error en el consentimiento originado por la supuesta falta de información adecuada sobre la naturaleza y riesgo del producto contratado²⁰.

Conviene reseñar que con carácter previo a la presentación del escrito rector, la parte actora promovió el 28 de abril de 2009 unas diligencias preliminares con la finalidad de obtener la documentación relativa al contrato celebrado²¹.

La entidad financiera centró su defensa en la contestación a la demanda en las excepciones de falta de legitimación pasiva, por no haber sido supuestamente parte del contrato litigioso, y de caducidad, por haber transcurrido el plazo de cuatro años establecido en el artículo 1301 del Código Civil, así como en los pretendidos hechos de que la demandante había sido correctamente informada, que no había planteado quejas sobre el producto durante años y de que la actora era dueña de un importante grupo empresarial²².

En primera instancia se desestimó la demanda al declarar que la acción había caducado²³. Dicho pronunciamiento fue confirmado por la Audiencia Provincial, que estimó la caducidad y sostuvo que esta no se había interrumpido por la presentación de las diligencias preliminares²⁴.

B) Doctrina relevante sobre la caducidad

Esta sentencia no rechaza expresamente que la institución aplicable a este caso sea la prescripción en vez de la caducidad. Si bien implícitamente puede inferirse con claridad de que entiende que es correcto tratarlo como caducidad y no como prescripción²⁵. En caso contrario, habría tenido que corregir el uso de dicha institución por la Audiencia Provincial.

Esta resolución sí aborda la cuestión del efecto de las diligencias preliminares dentro del cómputo de caducidad. A este respecto, siguiendo lo previamente indicado en la STS de 5 de abril de 2005²⁶, estima que el plazo de ejercicio cesa con la presentación del escrito de solicitud de diligencias preliminares²⁷. Por tanto, si se promovió el referido trámite procesal dentro del señalado plazo de cuatro años del artículo 1301 del Código Civil, entonces tiene que considerarse que la demanda posterior se ejercitó dentro de plazo, aunque la fecha de presentación del escrito rector sea posterior a la hipotética finalización de los cuatro años.

A su vez, en esta sentencia se fija el criterio que es confirmado por posterior jurisprudencia que también es estudiada en este trabajo²⁸, de que el plazo de caducidad se inicia con la consumación del contrato²⁹. A estos efectos distingue la perfección del negocio jurídico de la consumación, que tendría lugar con el cumplimiento de todas las obligaciones contempladas en el contrato con carácter general³⁰.

No obstante, siendo consciente el Alto Tribunal del impacto negativo que podría tener el mantener dicho posicionamiento, que permite la prolongación potencialmente indefinida del plazo para el ejercicio de acciones de vicio en el consentimiento en el caso de los negocios jurídicos de tracto sucesivo, el Tribunal Supremo fija el comienzo del cómputo del plazo en el momento en la que se alcance la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contra-

to. Esta determinación se basa en que en el referido instante el legitimado para ejercitar la acción puede con una diligencia razonable percatarse del vicio en el consentimiento³¹, no pudiendo privar de la acción a quien no la ejercitó por una causa no imputable a él como es el desconocimiento³².

A estos efectos en la resolución estudiada, teniendo en consideración el criterio interpretativo de la realidad social del tiempo en que se aplica la norma establecido en el artículo 3.1 del Código Civil³³, así como lo dispuesto en el artículo 4:113 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos³⁴, sostiene que en las relaciones complejas, como son los contratos bancarios, financieros o de inversión, se entiende que la consumación del contrato a efectos determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por vicio en el consentimiento es *«el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordados 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»*³⁵. De esta manera el Alto Tribunal evita que el plazo de caducidad no empiece a correr antes de que el cliente tenga conocimiento del vicio en el consentimiento, (lo cual parece justo), intenta proteger la seguridad jurídica y prevenir el abuso de derecho que podría suponer poder ejercitar la acción indefinidamente, o en un desmesurado lapso de tiempo. Es una forma loable de superar algunas críticas doctrinales que se habían vertido sobre la interpretación flexible del plazo de caducidad que se había mantenido hasta ese momento, permitiendo un ejercicio casi indefinido en el tiempo³⁶.

De esta manera además se pretende dar certidumbre sobre el cómputo del plazo en casos particularmente litigiosos, como el de las obligaciones subordinadas o participaciones preferentes emitidas por las antiguas cajas de ahorros que fueron intervenidas por el FROB, de los swaps, los bonos islandeses y otros muchos productos de inversión que materializaron su riesgo tras la crisis. En todo caso, parece razonable interpretar los momentos mencionados por la sentencia estudiada del Tribunal Supremo como presunciones *iuris tantum* que admitirían prueba en contrario³⁷, ya que lo relevante es proteger la seguridad jurídica por un lado, y el que se tenga conocimiento del vicio en el consentimiento para no limitar injustamente el ejercicio de la acción por otro. Y es que pueden producirse casos en los que pueda probarse convenientemente, o que sea particularmente evidente que ya se tenía conocimiento de ello. Por ejemplo, parece equitativo fijar el comienzo del cómputo en el instante de la adquisición cuando se suscribió previamente el mismo producto y ya se habían dejado de recibir liquidaciones de beneficios, se habían comunicado pérdidas, etc.

En todo caso, lo que puede parecer aparentemente contradictorio con el criterio descrito respecto a la caducidad, es que tanto esta sentencia³⁸ como otras posteriores dictadas por el Alto Tribunal, rechacen rotundamente aplicar la doctrina de los actos propios aunque hayan acontecido los hechos a los que el propio Tribunal Supremo atribuye el conocimiento del vicio en el consentimiento. Ilustrativamente la STS de 17 de diciembre de 2015 dice³⁹:

«En cuanto a los supuestos actos propios de la demandante, que implicarían la prestación tácita del consentimiento, tenemos ya afirmado en numerosas resoluciones que, como regla general, 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, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio gené-

ticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria».

Así parece incoherente que no tenga efecto confirmatorio alguno el seguir ejecutando un contrato sin queja alguna, o suscribir incluso otros negocios jurídicos posteriores iguales o similares, cuando el producto bancario o de inversión ha manifestado su perjuicio al cliente, teniendo este conocimiento del vicio en el consentimiento sufrido según la doctrina expuesta. Con todo, el posicionamiento del Tribunal Supremo parece claro e inflexible respecto a la inaplicación de la doctrina de los actos propios en los pleitos sobre vicios en el consentimiento en la contratación de productos bancarios o de inversión⁴⁰.

2. STS DE 7 DE JULIO DE 2015

Este pronunciamiento resulta de interés al confirmar el criterio analizado de la STS de 12 de enero de 2015, pero en este caso respecto al producto de inversión conocido como «bono Lehman». Nótese que se aplica el mismo criterio a pesar de tratarse de un producto distinto y de un perfil de cliente diferente (aunque en todo caso minorista).

A) Cuestiones fácticas y procesales previas

En esta sentencia el demandante es una congregación religiosa que contrató con un banco un bono senior emitido por Lehman Brothers Treasury Co, B.V. por importe de 343.000 euros. El descrito producto de inversión tenía una rentabilidad de un 7,25% durante los primeros cinco años, pasando posteriormente a tener un interés variable⁴¹.

El producto se adquirió el 21 de septiembre de 2005. En la orden de compra el mismo aparecía referenciado como «Bono Senior Rating A1, A, A+, Vto 5/10/35, Cupón 7,25 5 años, luego flotante [4*(10-2)]⁴².

La actora solicitaba que se declarara que los bonos se habían contratado con la entidad financiera española (y no con Lehman Brothers para evitar el problema de falta de legitimación pasiva planteado por el banco⁴³) y que tenía derecho a cobrar la cantidad invertida junto con la rentabilidad asignada al producto litigioso. Subsidiariamente se instaba la nulidad y la resolución con base en el incumplimiento del deber informativo y la concurrencia de un vicio en el consentimiento⁴⁴.

La referida resolución fue recurrida por el banco alegando, entre otros motivos, la caducidad de la acción de nulidad por error en consentimiento. En segunda instancia se apreció la caducidad al entender que el contrato controvertido se había consumado en el momento de adquisición del bono Lehman, que tuvo lugar el 21 de septiembre de 2005⁴⁵.

B) Pronunciamientos de especial interés

La sentencia analizada cita y reproduce la STS de 12 de enero de 2015, declarando expresamente que «ratificamos y deviene en jurisprudencia». Esta es precisamente la importancia de esta resolución, cuya doctrina, como se explica

más adelante⁴⁶, también resulta especialmente aplicable a las participaciones preferentes y deuda subordinada por sus semejanzas en la estructura contractual, compuesta por un contrato de depósito y administración de valores y una orden de compra de un producto de larga o indefinida duración, con obligaciones durante su ejecución para una parte⁴⁷.

En este caso concreto, el comienzo de la caducidad se asocia con la comunicación de la quiebra de la entidad emisora por el banco español comercializador, al indicar la comentada resolución⁴⁸:

«(...) en este caso el comienzo del plazo de ejercicio de la acción de anulación por vicio en el consentimiento no podía computarse, como entendió la Audiencia, desde que se perfeccionó el contrato de adquisición del bono senior, el 21 de septiembre de 2005, sino desde que la demandante conoció la circunstancia sobre la que versa el error vicio que invoca como motivo de anulación. En este caso, esta circunstancia es que el bono había sido emitido por Lehman Brothers, y que como consecuencia de su quiebra, había perdido su inversión, salvo en lo que pudiera obtenerse del procedimiento de quiebra. Esta circunstancia fue conocida por la demandante después de septiembre de 2008, en que ocurrió la quiebra de Lehman Brothers, cuando recibió la comunicación de Bankinter. Como desde ese momento, hasta el de presentación de la demanda (6 de marzo de 2012), no había transcurrido el plazo de cuatro años, la acción no estaba caducada, como entendió el tribunal de apelación».

3. STS DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2015

Este pronunciamiento aplica la expuesta doctrina del Alto Tribunal a otro producto bancario particularmente litigioso: las participaciones preferentes. En este caso se habían emitido por una entidad extranjera: Landsbanki Island.

Como puede apreciarse de la señalada resolución judicial y del estudio de la misma que se hace a continuación, el posicionamiento del Tribunal Supremo se aplica de igual manera que en las sentencias anteriores.

A) Aspectos procesales y fácticos de importancia

En este caso una persona natural española había contratado unas participaciones preferentes emitidas por una entidad financiera islandesa a un banco español el 4 de enero de 2007 por importe de 57.464,68 euros.

Presentó una demanda instando la nulidad radical de la orden de compra de los comentados valores por concurrencia de vicio en el consentimiento el 26 de diciembre de 2011 frente al banco español comercializador. Subsidiariamente se solicitaba una indemnización por los daños sufridos por el cumplimiento negligente del banco español comercializador de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información, la infracción de la buena fe contractual y de la normativa del mercado de valores⁴⁹.

La sentencia de primera instancia estimó la pretensión principal al declarar que el banco español no informó debidamente sobre las características y riesgos del producto, implicando tal vulneración la concurrencia de un error, que conlleva la nulidad radical y absoluta del negocio jurídico. Dicha ineficacia según

el comentado pronunciamiento no está sujeta a plazo alguno para ejercitar la correspondiente acción⁵⁰.

La resolución de primera instancia fue recurrida por la entidad financiera española en apelación, estimándose el recurso y correlativamente desestimándose la demanda presentada⁵¹. La Audiencia Provincial consideró que el vicio en el consentimiento no determinaba la nulidad radical del contrato, por lo que la acción de anulabilidad tenía que ejercitarse dentro del plazo de caducidad de cuatro años previsto en el artículo 1301 del Código Civil. En este sentido el órgano judicial de segunda instancia declara que el inicio del cómputo del plazo de la citada acción tenía lugar en la fecha de celebración del negocio jurídico⁵².

La sentencia de segunda instancia fue recurrida por la parte actora tanto por infracción procesal como en casación por diversos motivos, siendo a estos efectos relevante la vulneración denunciada respecto a la aplicación de la doctrina del error en el consentimiento, y con ella, la naturaleza de la nulidad derivada del error y la determinación del comienzo del cómputo del plazo de caducidad al que está sometida la acción⁵³.

B) Postulados de interés de la sentencia en materia de caducidad

La resolución analizada, siguiendo jurisprudencia del Alto Tribunal anterior⁵⁴, empieza confirmando la correcta declaración de la sentencia de segunda instancia sobre la imposición de la consecuencia jurídica de la anulabilidad del negocio jurídico sujeta a plazo, en vez de nulidad radical⁵⁵. En este sentido el Tribunal Supremo rotundamente afirma⁵⁶:

«El consentimiento no es inexistente. Existe, pero está viciado por el error. El contrato es susceptible de confirmación, expresa o tácita, y asimismo, si la acción de anulación no es ejercitada en plazo, el contrato deviene inatacable por razón del vicio en el consentimiento».

El Alto Tribunal ratifica que el ejercicio de la mentada acción está limitado al plazo de cuatro años contemplado en el artículo 1301 del Código Civil y que resulta de aplicación la doctrina previamente comentada de la STS de 12 de enero de 2015⁵⁷, que es reproducida parcialmente en la sentencia estudiada⁵⁸.

Posteriormente, resolviendo el caso concreto, la STS de 16 de septiembre de 2015 indica⁵⁹:

«Aplicando la doctrina contenida en esta sentencia y teniendo en cuenta que la demandante no tuvo conocimiento de los elementos determinantes del error al menos hasta que, en octubre de 2008, se produjo la intervención del banco islandés cuyas participaciones preferentes había adquirido, la acción no había caducado cuando se ejercitó en diciembre de 2011».

Por lo tanto, el interés en la resolución estudiada radica en la confirmación de la aplicación de la doctrina expuesta de la caducidad sobre los productos bancarios o de inversión a las participaciones preferentes, determinando el momento del inicio del cómputo en la intervención de la entidad emisora, que es cuando según el Tribunal Supremo, necesariamente se debió de tener conocimiento del error por parte del cliente.

Nótese que la doctrina de esta sentencia, así como la de las anteriores, puede suscitar dos reflexiones.

En primer lugar, se habla claramente de caducidad y no de prescripción, lo cual puede suponer la superación del tradicional debate doctrinal⁶⁰ y jurisprudencial⁶¹ sobre qué institución aplicar al error en el consentimiento⁶². Este criterio no deja de ser consistente con el posicionamiento aparentemente mayoritario a favor de la caducidad dentro de la doctrina⁶³ y jurisprudencia⁶⁴ reciente.

En todo caso, hay que tener en cuenta y precisar que el error obstativo, entendido como la falta de coincidencia entre voluntad y declaración en el negocio jurídico⁶⁵, no está sujeto a plazo alguno de caducidad o prescripción, puesto que se trata de un supuesto de nulidad absoluta por inexistencia de consentimiento⁶⁶.

En segundo lugar, si se considera que se trata de un contrato de compraventa de un producto de inversión, desligando el negocio jurídico de adquisición en sí (orden de compra), que es el objeto frecuente de la pretensión de anulación, siguiendo la jurisprudencia tradicional sobre la consumación de la compraventa⁶⁷, podría sostenerse que la consumación del mismo debería tener lugar con la entrega del título (que suele ser muy próxima en el tiempo a la fecha de la orden de compra, pudiéndose entender que la misma se produce con la carga del importe de la inversión al cliente y con el correspondiente registro de dicho inversor como su titular). Y entonces conforme a la reiterada y tan citada jurisprudencia sobre el inicio del cómputo en el momento de la consumación del contrato⁶⁸, el plazo debería comenzar en ese instante y no con el conocimiento del error posterior⁶⁹.

III. PRONUNCIAMIENTOS POSTERIORES DE LOS TRIBUNALES

La doctrina del Tribunal Supremo estudiada en este artículo está siendo consolidada por el propio Alto Tribunal. Así recientemente en un caso relacionado con la posible caducidad de una acción de vicio en el consentimiento de un contrato de arrendamiento, la STS de 24 de mayo de 2016, reproducía y aplicaba el mencionado posicionamiento de la siguiente manera⁷⁰:

«Por otro lado, hay sentencias aún más recientes que implícitamente no identifican la consumación del contrato con su agotamiento o extinción porque, poniendo el artículo 1301 del Código Civil en relación con su artículo 1969, como también hacía la citada sentencia 569/2003, consideran determinante que se haya podido tener conocimiento del error o el dolo. Así lo hace la ya citada sentencia de Pleno 769/2014, de 12 de enero de 2015, pero no sin puntualizar que la doctrina que sienta se refiere a los contratos bancarios o de inversión que presenten una cierta complejidad y en virtud de una interpretación del artículo 1301 del Código Civil ajustada a la presente realidad social, pues “[e]n la fecha en que el artículo 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba a los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual”.

7.ª) Pues bien, siguiendo la línea marcada por esta doctrina jurisprudencial más reciente, reiterada por ejemplo en las sentencias 376/2015, de 7 de julio, 489/2015, de 16 de septiembre, y 19/2016, de 3 de febrero, procede declarar que en los contratos de tracto sucesivo que no presenten especial

complejidad, como es el caso del arrendamiento litigioso, un arrendamiento de cosa, la consumación se produce, a los efectos del cómputo inicial del plazo de cuatro años establecido en el artículo 1301 del Código Civil, cuando quien luego alegue el dolo o el error hubiera recibido de la otra parte su prestación esencial; en el caso del arrendatario, la cesión de la cosa por el arrendador en condiciones de uso o goce pacífico (arts. 1544, 1546 y 1554 del Código Civil), pues desde este momento nace su obligación de devolver la finca, al concluir el arriendo, tal como la recibió (art. 1561 del Código Civil) y es responsable del deterioro o pérdida que tuviera la cosa arrendada (art. 1563 del Código Civil), del mismo modo que el arrendador queda obligado a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato (art. 1554-3.º del Código Civil).

8.ª) De aplicar todo lo antedicho al motivo examinado se desprende que la sentencia recurrida no infringe el artículo 1301 del Código Civil, pues al margen de que algunas de sus consideraciones sobre el momento de la perfección del contrato, con cita de los artículos 1254, 1258 y 1257 del Código Civil, puedan hacer pensar que identifica consumación con perfección, lo cierto es que al añadir que, “todo lo más”, el plazo habría transcurrido “a los cuatro años del comienzo de la vigencia pactada”, es decir cuatro años desde el 1 de octubre de 2004, resuelve con acierto al identificar la consumación con el comienzo de la vigencia, entendido como comienzo de la ejecución del contrato, que desde el punto de vista del arrendatario supuestamente víctima del dolo o del error no exigía el pago por él de las correspondientes mensualidades de renta, para el que inicialmente tenía un periodo de carencia de seis meses posteriormente ampliado hasta el 30 de abril de 2005. En consecuencia, producida la consumación del contrato el 1 de octubre de 2004 y presentada la demanda el 1 de julio de 2009, en esta última fecha ya habían transcurrido los cuatro años de duración de la acción»

Obsérvese como en este caso, a pesar de que la ejecución del contrato continuaba en el tiempo, se fija el comienzo del cómputo del plazo de caducidad con su vigencia e inicio de ejecución de la prestación esencial porque no se trata de un negocio jurídico complejo de inversión y, aparentemente, porque el actor no podía incurrir en un error excusable por la dicción del clausulado⁷¹. Esta matización parece que podría aplicarse a algunos supuestos de contratos bancarios o de inversión complejos, donde la redacción de las estipulaciones es tan clara que podría asociarse el necesario conocimiento del error con la suscripción del negocio jurídico⁷².

Como no podía ser de otra forma, puesto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene la consideración de fuente del Derecho según el artículo 1.6 del Código Civil⁷³, la jurisprudencia menor ha seguido la doctrina del Alto Tribunal estudiada en este trabajo. A modo de ejemplo, se reproducirán algunos pronunciamientos ilustrativos de las Audiencias Provinciales. Así, la SAP de Madrid, Sec. 21.ª, de 26 de enero de 2016 en un caso de participaciones preferentes declara que⁷⁴:

«En cualquier caso, para la resolución de la presente controversia no es determinante la naturaleza jurídica del plazo, si es de caducidad o de prescripción. Pues basta con acudir a la precisión de la fecha inicial del

cómputo del plazo. Y, en este sentido, se fija en el artículo 1.300 del Código Civil en «la consumación del contrato». El cómputo de este plazo no se inicia desde la celebración del contrato, es decir desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras a dar alguna cosa o prestar algún servicio (art. 1.254 del Código Civil), sino desde su consumación, es decir el cumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato. Aunque, esto último, ha sido matizado por la doctrina y la jurisprudencia respecto de los contratos de tracto sucesivo en aras de una seguridad jurídica que aconseja que, la situación de eficacia claudicante que supone el vicio del consentimiento determinante de la nulidad, no se prolongue indefinidamente. En cuanto a los negocios jurídicos que celebra el Banco con uno de sus clientes, financiero o de inversión, la fecha de consumación, como determinante del inicio del cómputo del plazo de los cuatro años, nos la proporciona el párrafo último del apartado 5 del fundamento de derecho quinto de la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 769/2014 de 12 de enero de 2015 —núm. de recurso 2290/2012— al pronunciarse en los siguientes términos «en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, 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, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de 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». Lo que se reitera en el fundamento de derecho 7 de la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 376/2015, de 7 de julio de 2015 —núm. de recurso 1603/2013—. Aplicando los reseñados criterios jurídicos, en el presente caso la fecha inicial del cómputo del plazo de los 4 años no puede ser cuando los clientes dieron a Caja Madrid las órdenes de compra los días 22 y 26 de mayo de 2009, ni cuando adquirió Caja Madrid, para sus clientes, las participaciones preferentes del 2009, el día 7 de julio de 2009 (en todos estos casos el plazo ya habría transcurrido al presentarse la demanda el día 24 de julio de 2013), sino el día 10 de abril de 2012, en el que los clientes titulares de las participaciones preferentes dejaron de cobrar los cupones que devengaban las participaciones preferentes, por lo que, al presentarse la demanda el día 24 de julio de 2013, aun no había transcurrido el plazo de los 4 años».

En línea similar en un litigio sobre una permuta financiera ligada a la inflación, la SAP de Córdoba, Sec. 1.ª, de 16 de febrero de 2016 señala⁷⁵:

«(...) pero es la realidad actual de los contratos lo que permite conciliar seguridad jurídica con los intereses del perjudicado por el error; entendiendo que se sigue manteniendo el criterio de la actio nata, lo que interpreta en el sentido de que «el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la exis-

tencia de dicho error o dolo», y precisa los actos concretos del contrato de autos, añadiendo, u «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» esto es y para cuanto pudiera ser aplicable a este caso, cuando al comenzar a recibir liquidaciones negativas pregunta en el banco y se lo explican, y ello en las propias palabras de la indicada sentencia de 12 de enero de 2015, porque se ha de buscar «un equilibrio entre la seguridad jurídica 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», pues desechar la interpretación de tomar como referencia la fecha de la contratación se debe a que dice que «no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento». Esta doctrina aparece reiterada por la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2015, recurso 1603/2013, que concluye para el caso allí enjuiciado, que el plazo de caución no comienza a computarse «sino desde que la demandante conoció la circunstancia sobre la que versa el error vicio que invoca como motivo de anulación». Esto no puede afirmarse para las fechas que invoca la parte, puesto que el mero cargo de liquidación negativa no deshace ese error, sino que se hace preciso esa toma de conocimiento a la que antes se hacía mención, y ello en tanto base de su excepción, tendría que haber sido acreditado por la parte demandada, ahora recurrente, con lo que se habría de considerar que ese conocimiento no se tuvo en las fechas indicadas, con lo que la acción estaría viva cuando se presentó la demanda, quedando excluida la caducidad invocada, aun en los términos en que lo ha sido en esta alzada». Pues bien, en el presente caso esa objeción a la aplicación de la fechas de la primera liquidación no puede reproducirse aquí, en cuanto que como se ha recogido con anterioridad, en la demanda se recoge claramente que a partir de la primera liquidación pasó a ser consciente del riesgo y fue a solicitar lo que se postuló en la demanda. Con estos presupuestos y constatado que la primera liquidación tuvo fecha 25 de febrero de 2009, es claro que a la presentación de la demanda, 16 de junio de 2014, había transcurrido con exceso ese plazo de que disponía el cliente para interesar la anulación del contrato conforme al artículo 1301 del Código Civil. Si no lo ha hecho en el mismo, el ejercicio posterior de esa acción no puede ser atendido al haber caducado».

En ese mismo sentido, la SAP de Valladolid, Sec. 3.^a, de 31 de marzo de 2016 en una controversia sobre swaps de tipos de interés comenta tras citar varias de las sentencias analizadas en este estudio⁷⁶:

«El análisis de la prueba documental acompañada a las actuaciones evidencia que el contrato fue suscrito el 15 de julio de 2008. Se produjo una primera liquidación negativa para el cliente ya el 6 de noviembre de 2008 por importe de 142,60 euros, reiterándose trimestre a trimestre las liquidaciones negativas de ahí en adelante y por un importe cada vez mayor. Así el 6 de febrero de 2009 se produce una de -266,80 euros, el 6 de mayo de 2009 otra de -1.436,02 euros, el 6 de agosto de 2009 una cuarta

por importe de -1.805,96 euros, el 6 de noviembre de 2009 una quinta por importe de -2.022,16 euros, el 8 de febrero de 2010 una sexta por importe de -2.143,67 euros, el 6 de mayo de 2010 una séptima por importe de -2.007,53 euros, el 6 de agosto de 2010 una octava por importe de -2.121,52 euros, el 8 de noviembre de 2010 una novena por importe de -2.058,60 euros y el 7 de febrero de 2011 una décima por importe de 1.924,65 euros.

En definitiva, antes del 15 de abril 2011 el contrato llevaba tiempo ya desplegando sus efectos y produciendo liquidaciones periódicas negativas durante dos años y tres meses para el cliente, y no una o dos, sino nada menos que diez por un importe total de 15.929,51 euros. Obviamente tales liquidaciones no pudieron pasar desapercibidas al actor dada su reiteración y el esfuerzo económico que comportaban, sin que tuvieran una explicación lógica para el caso de que el producto fuera una especie de seguro o instrumento de cobertura frente a la posible subida de los tipos de interés en relación con el préstamo suscrito con el Banco, de suerte que con una mínima diligencia perfectamente pudo tomar conocimiento del error en que había incurrido al contratar el producto. No encuentra por tanto explicación razonable la demora en plantear la demanda nada menos que hasta el 15 de abril de 2015».

Por su parte, la SAP de Asturias, Sec. 5.^a, de 11 de abril de 2016 en otro litigio de permutas financieras de tipos de interés en el que se había suscrito un convenio transaccional extrajudicial indica⁷⁷:

«Alega la entidad bancaria que la acción ejercitada está caducada, pues los representantes de la sociedad actora tuvieron conocimiento desde la firma de la primera de las operaciones de derivados del tipo de operación que estaban contratando, lo que queda debidamente acreditado porque los eventuales efectos negativos de dichos productos se pusieron de manifiesto al menos desde el 16 de marzo de 2009, en el que hubo una primera liquidación negativa por cuantía de 1.037,65 euros, resultado adverso que se repite en las siguientes liquidaciones y que precisamente motivó el acuerdo transaccional de 20 de diciembre 2010; en consecuencia, dado que de conformidad con el artículo 1301 del Código Civil el plazo para el ejercicio de la acción de nulidad dura cuatro años y partiendo de que en los casos de error, dolo o falsedad de la causa el plazo empieza a contar desde el momento en que el cliente haya podido tener conocimiento del motivo de la nulidad, en el presente caso tal día inicial sería el 16 de marzo de 2009, por lo que al presentarse la demanda el 25 de septiembre de 2015 la acción estaba caducada, citando al respecto la reciente sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de enero de 2015, resolución que parcialmente se transcribe, así como la de 16 de septiembre de 2015 del Alto Tribunal».

Finalmente, la SAP de Vizcaya, Sec. 5.^a, de 29 de abril de 2016, no se hace eco de las sentencias del Alto Tribunal Supremo estudiadas en este trabajo, y en un caso de una permuta financiera ligada a la inflación independiente de otras anteriores, dice⁷⁸:

«Mención especial debe hacerse del contrato de 2 de julio de 2008, Swap ligado a inflación, en la medida en que no obedece a una reestruc-

turación de otro anterior tratándose de contrato diferente a una permuta de tipos de interés pese a que también fuera ofertado al cliente, tal y como resulta de la declaración del testigo Sr. Victorino, como medio en alguna medida paliativa del perjuicio económico que venía padeciendo aun sin mayores resultados. En este caso al efecto de exclusión de la caducidad de la acción baste señalar que siendo igualmente un contrato de tracto sucesivo no ha transcurrido el plazo de cuatro años desde las últimas liquidaciones practicadas, documento núm. 16 de la contestación a la demanda, folio 602 de las actuaciones, hasta la fecha de la demanda reconventional».

Por lo tanto, de la jurisprudencia menor y del Tribunal Supremo posterior a los pronunciamientos comentados en este artículo, puede constatarse como la doctrina explicada es seguida mayoritariamente, entendiendo que el plazo de cuatro años contemplado en el precepto 1301 del Código Civil es de caducidad y que su cómputo debe empezar con el conocimiento de quien ejercita la acción. Si bien, parece que se aprecia una cierta matización respecto al conocimiento derivado de las liquidaciones negativas, precisándose que el mismo no se produce automáticamente, si no con liquidaciones negativas elevadas, reiteradas o que hayan provocado la reacción de quien alegadamente ha sufrido el error. Aunque la última matización puede resultar algo controvertida, por cuanto puede perjudicar a quien actúa diligentemente y reacciona, y puede beneficiar a quien negligentemente continúa (al menos supuestamente) en el error.

IV. CONCLUSIONES

De la doctrina, jurisprudencia menor y fundamentalmente de las sentencias comentadas del Alto Tribunal pueden inferirse las siguientes conclusiones sobre la aplicación de la caducidad en los pleitos sobre productos bancarios, financieros o de inversión:

I. El error vicio en el consentimiento provoca la anulabilidad del negocio jurídico, que está sujeta a un plazo de cuatro años de caducidad. Como consecuencia de lo anterior, la caducidad puede ser apreciada de oficio y no es susceptible de interrupción.

II. La necesaria protección del principio general del Derecho de la seguridad jurídica y de los intereses de los clientes que han adquirido productos bancarios, financieros o de inversión complejos motiva que el inicio del cómputo del plazo de caducidad empiece con la definitiva configuración de la situación jurídica, que tiene lugar cuando el actor ha podido tener conocimiento de su alegado error.

III. A estos efectos, según las resoluciones judiciales estudiadas en este trabajo, el cómputo comienza con la suspensión de las liquidaciones de beneficios o devengo de intereses, la comunicación de la intervención de la entidad emisora del producto por el banco comercializador, con las liquidaciones negativas, con la aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordados por el FROB, o, en general, con cualquier otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido. Dentro de tales circunstancias puede estar la suscripción de un convenio transaccional. En todo caso parece prudente interpretar tales hechos como presunciones *iuris tantum* del conocimiento del pretendido error.

IV. Las diligencias preliminares cesan el plazo de caducidad para el ejercicio de la acción por vicio en el consentimiento.

V. La jurisprudencia menor ha matizado que la primera liquidación negativa no conlleva necesariamente el conocimiento del error, exigiendo para ello unos importes elevados, reiteración o reacción por parte del demandante que evidencie su supuesto conocimiento.

VI. La doctrina del Tribunal Supremo analizada no resuelve el tratamiento de la caducidad en el caso de la contratación sucesiva del mismo producto mediante «reestructuraciones» u «optimizaciones». Lo cual es particularmente frecuente en los pleitos de permutas financieras.

VII. Si se desligara el tratamiento jurídico del producto financiero de su negocio jurídico de adquisición, atendiéndose a la petición de anulabilidad concreta formulada, las consecuencias jurídicas postuladas podrían ser diferentes en algunos casos.

V. BIBLIOGRAFÍA

- DÍEZ-PICAZO Y PONCE, L. (2007). *Fundamentos de Derecho Patrimonial I*, 6.^a ed., Civitas, Madrid.
- GARCÍA ANGULO, B. L. (2011). *Nulidad de los contratos Swap en la jurisprudencia*, Eolas.
- GARCÍA-PITA LASTRES, J. L. (2009). *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo XXXIX, V. 5.º, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. y DÍAZ MORENO, A. (coords.) (2013). *Derecho Mercantil. La contratación bancaria*, V. 7.º, 15.^a ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- JUAN GÓMEZ, M. (2011). «Aproximación práctica a la figura del *interest rate swap* o permuta financiera de tipos de interés», *Diario La Ley*, núm. 7581, Sección Doctrina, 3 de marzo de 2011, Año XXXII.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2010). *Contratos. Principios de Derecho Civil*, T. III, 13.^a ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- MARÍN NARROS, H. D. (2015). Estudio sobre las cuestiones controvertidas recurrentes en los pleitos de participaciones preferentes conforme a las SSTs de 18 de abril de 2013 y de 8 de septiembre de 2014, así como la jurisprudencia menor, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 748.
- (2013). Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad de los *swaps*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737.
- RUBIO TORRANO, E. (1995). «La caducidad en el derecho civil español», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, V. III.

VI. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CIVIL

- STS de 5 de mayo de 1983
- STS de 11 de julio de 1984
- STS de 20 de noviembre de 1984
- STS de 27 de marzo de 1987
- STS de 23 de octubre de 1989
- STS de 29 de marzo de 1994
- STS de 27 de febrero de 1997
- STS de 22 de diciembre de 1999

- STS de 1 de febrero de 2002
- STS de 11 de junio de 2003
- STS de 27 de octubre de 2004
- STS de 5 de abril de 2005
- STS de 3 de marzo de 2006
- STS de 5 de abril de 2006
- STS de 6 de septiembre de 2006
- STS de 23 de septiembre de 2010
- STS de 11 de junio de 2013
- STS de 4 de octubre de 2013
- STS de 5 de noviembre de 2013
- STS de 21 de febrero de 2014
- STS de 12 de enero de 2015
- STS de 5 de marzo de 2015
- STS de 7 de julio de 2015
- STS de 16 de septiembre de 2015
- STS de 17 de diciembre de 2015
- STS de 1 de febrero de 2016
- STS de 2 de febrero de 2016
- STS de 3 de febrero de 2016
- STS de 16 de marzo de 2016
- STS de 24 de mayo de 2016
- STS de 3 de junio de 2016

RESOLUCIONES DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Asturias, Sec. 5.^a, de 23 de julio de 2010
- SAP de Madrid, Sec. 19.^a, de 6 de abril de 2011
- SAP de Álava, Sec. 1.^a, de 11 de mayo de 2011
- SAP de Badajoz, Sec. 2.^a, de 26 de julio de 2011
- SAP de Vizcaya, Sec. 3.^a, de 30 de septiembre de 2011
- SAP de Asturias, Sec. 5.^a, de 28 de octubre de 2011
- SAP de Asturias, Sec. 4.^a, de 7 de noviembre de 2011
- SAP de Zaragoza, Sec. 5.^a, de 3 de febrero de 2012
- SAP de Valencia, Sec. 9.^a, de 13 de febrero de 2012
- SAP de Valencia, Sec. 9.^a, de 27 de marzo de 2012
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sec. 3.^a, de 10 de abril de 2012
- SAP de Álava, Sec. 1.^a, de 11 de mayo de 2012
- SAP de Guipúzcoa, Sec. 3.^a, de 25 de julio de 2012
- SAP de Cádiz, Sec. 8.^a, de 3 de octubre de 2012
- SAP de Valencia, Sec. 9.^a, de 3 de abril de 2013
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 4 de abril de 2013
- SAP de Salamanca, Sec. 1.^a, de 19 de junio de 2013
- SAP de las Islas Baleares, Sec. 3.^a, de 27 de octubre de 2013
- SAP de Valencia, Sec. 9.^a, de 2 de diciembre de 2013
- SAP de Córdoba, Sec. 1.^a, de 27 de marzo de 2014
- SAP de Navarra, Sec. 3.^a, de 24 de noviembre de 2014
- SAP de Madrid, Sec. 21.^a, de 26 de enero de 2016
- SAP de Córdoba, Sec. 1.^a, de 16 de febrero de 2016
- SAP de Valladolid, Sec. 3.^a, de 31 de marzo de 2016

- SAP de Asturias, Sec. 5.^a, de 11 de abril de 2016
- SAP de Vizcaya, Sec. 5.^a, de 29 de abril de 2016

NOTAS

¹ Cfr. RUBIO TORRANO, E. (1995). La caducidad en el derecho civil español, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, V. III.

² Cfr. RUBIO TORRANO, E. (1995), *op. cit.*

³ Cfr. SSTs de 27 de abril de 1940 y de 30 de abril de 1940, entre otras muchas.

⁴ Aunque alguna sentencia, en los supuestos de vicio en el consentimiento donde procede la anulabilidad, ha sostenido que únicamente puede declararse esta previa solicitud de quien esté legalmente legitimado en virtud del artículo 1302 del Código Civil. Cfr. SSTs de 3 de junio de 2016.

⁵ Cfr. SSTs de 1 de febrero de 2016, de 3 de febrero de 2016 y de 16 de marzo de 2016.

⁶ Cfr. MARÍN NARROS, H. D. (2013). Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad de los swaps, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737.

⁷ *Id.*, JUAN GÓMEZ, M. (2011). Aproximación práctica a la figura del *interest rate swap* o permuta financiera de tipos de interés, *Diario La Ley*, núm. 7581, Sección Doctrina, 3 marzo 2011, Año XXXII, GARCÍA ANGULO, B. L. (2011). Nulidad de los contratos Swap en la jurisprudencia, *Eolas*, GARCÍA-PITA LASTRES, J. L. (2009). *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo XXXIX, V. 5.º, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. y DÍAZ MORENO, A. (coords.) (2013). *Derecho Mercantil. La contratación bancaria*, V. 7.º, 15.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

⁸ Cfr. SSTs de 27 de marzo de 1987, de 27 de marzo de 1989, de 27 de febrero de 1997 y de 1 de febrero de 2002.

⁹ Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE, L. (2007). *Fundamentos de Derecho Patrimonial I*, 6.ª ed., Civitas, Madrid pp. 597 y sigs.

¹⁰ Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, C. (2010). *Contratos. Principios de Derecho Civil*, T. III, 13.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, p. 141.

¹¹ Que establece: «La acción de nulidad solo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr:

En los casos de intimidación o violencia, desde el día en que estas hubiesen cesado.

En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato.

Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapacitados, desde que salieren de tutela.

Si la acción se dirigiese a invalidar actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuere necesario, desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato».

¹² Cfr. SSAP de Asturias, Sec. 5.^a, de 23 de julio de 2010, de Asturias, Sec. 4.^a, de 7 de noviembre de 2011 y de Álava, Sec. 1.^a, de 11 de mayo de 2012, respecto a swaps.

¹³ Cfr. SSAP de Valencia, Sec. 9.^a, de 3 de abril de 2013 y de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 4 de abril de 2013. *Id.*, Conclusiones de los magistrados y magistradas de las Audiencias Provinciales gallegas sobre participaciones preferentes y obligaciones subordinadas alcanzadas el 4 de diciembre de 2013.

¹⁴ Cfr. SAP de Salamanca, Sec. 1.^a, de 19 de junio de 2013.

¹⁵ Cfr. MARÍN NARROS, H. D. (2013), *op. cit.*

¹⁶ Que implicaban la cancelación de un swap anterior y la suscripción de uno nuevo con diferentes condiciones.

¹⁷ Cfr. SSAP Asturias, Sec. 5.^a, de 23 de julio de 2010, de Asturias, Sec. 4.^a, de 7 de noviembre de 2011, de Álava, Sec. 1.^a, de 11 de mayo de 2011.

¹⁸ *Id.*, *infra* apartado II.

¹⁹ *Id.*, <https://www.fundacionmapfre.org/wdicionario/terminos/vertermino.shtml?u/unit-linked-htm> o https://es.wikipedia.org/wiki/Unit_link, consultadas el 29 de junio de 2016, a las 13:30.

²⁰ Cfr. Fundamento de Derecho Primero, apartado 1 de la resolución analizada.

²¹ Cfr. Fundamento de Derecho Primero, apartado 1 de la sentencia estudiada.

²² Cfr. Fundamento de Derecho Primero, apartado 1 del pronunciamiento comentado.

²³ Cfr. Fundamento de Derecho Primero, apartado 3.

²⁴ Cfr. Fundamento de Derecho Primero, apartados 4 a 6 de la sentencia analizada.

²⁵ Cfr. Fundamento de Derecho Quinto, apartados 1 y sigs.

²⁶ Esta resolución expresamente declara: «*el tema de la posible “caducidad” de la acción de impugnación, referido, es tratado acertadamente por las dos sentencias de la instancia, y hay que estar a lo decidido de conformidad con las mismas, dado que la cesación del “iter” de esa caducidad obró con la presentación de las Diligencias Preliminares del juicio, planteadas por la parte actora previamente a la de la demanda de la esposa, pues, limitadas a la exhibición y aportación de documentos que se referían al ejercicio de tal acción, lo actuado se unió, formando parte de la demanda, conforme al artículo 502.2.º LEC, y dicha reclamación se hizo antes del transcurso del término anual de caducidad dicho, ya que no hay que separar el procedimiento referido del proceso propio, al formar parte de él*».

²⁷ En concreto la citada sentencia dice: «*(...) ha de considerarse que el transcurso del plazo de ejercicio de la acción cesó cuando se promovieron las diligencias preliminares, y que la acción fue ejercitada dentro de plazo, puesto que las diligencias preliminares son actuaciones preparatorias del ejercicio de la acción que, una vez presentada la demanda a continuación de aquellas, quedan integradas en el ejercicio de dicha acción a los efectos de decidir si esta ha sido ejercitada en plazo*». Cfr. Fundamento de Derecho Quinto, apartado 2 de la resolución comentada.

²⁸ En concreto las SSTs de 7 de julio de 2015 y de 16 de septiembre de 2015. *Vid., infra* apartado II., 2 y 3.

²⁹ Tal y como prescribe expresamente el artículo 1301 del Código Civil. Cfr. Fundamento de Derecho Quinto, apartado 3.

³⁰ A este respecto la sentencia cita y reproduce pronunciamientos anteriores como las SSTs de 24 de junio de 1897, de 20 de febrero de 1928, de 11 de julio de 1984 y de 11 de junio de 2003.

³¹ Cfr. Fundamento de Derecho Quinto, apartado 4.

³² Cfr. Fundamento de Derecho Quinto, apartado 5.

³³ Que dispone: «*Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*».

³⁴ Que establece: «*(1) La anulación debe comunicarse en un plazo razonable, conforme a las circunstancias, a partir del momento en que la parte que anula el contrato haya tenido noticia de los hechos relevantes o hubiera debido tenerla, o desde el momento en que haya sido libre para actuar. (2) Sin embargo, una parte puede anular una cláusula particular conforme al artículo 4:110, si lo comunica en un plazo razonable desde que la otra parte hubiera alegado dicha cláusula*».

³⁵ Cfr. Fundamento de Derecho Quinto, apartado 5 de la sentencia estudiada.

³⁶ Cfr. MARÍN NARROS, H. D. (2013) y (2015), *op. cit.*

³⁷ En ese sentido parece manifestarse la SAP de Valladolid, Sec. 3.ª, de 31 de marzo de 2016.

³⁸ Cfr. Fundamento de Derecho Octavo, descartando la aplicación de la referida doctrina a pesar de la petición de rescate de la póliza, la reintegración parcial de la cantidad invertida varios meses después de haber interpuesto la demanda y el no haber presentado quejas sobre la insuficiencia de la información recibida.

³⁹ Cfr. Fundamento de Derecho II. En sentido similar *vid.*, STS de 1 de febrero de 2016.

⁴⁰ *Vid.*, SSTs de 17 de diciembre de 2015, de 1 de febrero de 2016 y de 3 de febrero de 2016.

⁴¹ Cfr. Fundamento de Derecho, apartado 1.

⁴² Cfr. Fundamento de Derecho, apartado 1.

⁴³ Esta cuestión no se resuelve en esta sentencia, pero sí en otras como la STS de 12 de enero de 2015 y las SSAP de las Islas Baleares, Sec. 3.ª, de 27 de octubre de 2013, de Valencia, Sec. 9.ª, de 2 de diciembre de 2013 y de Córdoba, Sec. 1.ª, de 27 de marzo de

2014, que entienden que no hay falta de legitimación pasiva. Algún pronunciamiento se ha dictado en sentido contrario como la SAP de Navarra, Sec. 3.ª, de 24 de noviembre de 2014. Lo cual es particularmente relevante por la frecuencia con la que se alega, en los litigios iniciados sobre la contratación de participaciones preferentes o deuda subordinada no emitida por la entidad comercializadora que es demandada. *Vid.*, MARÍN NARROS, H. D. (2015). Estudio sobre las cuestiones controvertidas recurrentes en los pleitos de participaciones preferentes conforme a las SSTs de 18 de abril de 2013 y de 8 de septiembre de 2014, así como la jurisprudencia menor, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 748.

⁴⁴ Cfr. Fundamento de Derecho 2.

⁴⁵ Cfr. Fundamento de Derecho 4.

⁴⁶ *Vid.*, *infra* apartado II.3.

⁴⁷ *Vid.*, Fundamento de Derecho 6 y MARÍN NARROS, H. D. (2015), *op. cit.*

⁴⁸ Cfr. Fundamento de Derecho 8.

⁴⁹ Cfr. Antecedentes de Hecho Primero y Segundo de la sentencia estudiada.

⁵⁰ Cfr. Antecedente de Hecho Cuarto y Fundamento de Derecho Primero, apartado 2.

⁵¹ Cfr. Antecedente de Hecho Quinto.

⁵² Cfr. Fundamento de Derecho Primero, apartado 3.

⁵³ *Vid.*, Antecedente de Hecho Sexto.

⁵⁴ En concreto SSTs de 4 de octubre de 2014 y de 5 de marzo de 2015. Este posicionamiento ha sido confirmado posteriormente, como por ejemplo en la STS de 3 de junio de 2016 que declara: «(...) hemos de declarar que el régimen legal de la nulidad por error vicio impide que pueda ser apreciado de oficio por el juez. Esta ineficacia, que se conceptúa por la doctrina con el término de anulabilidad, para que pueda ser declarada debe haber sido solicitada por quien esté legitimado legalmente (art. 1302 del Código Civil), dentro del plazo de caducidad de cuatro años (art. 1301 del Código Civil). Y, además, el negocio afectado por este vicio puede ser confirmado, en los términos previstos en los artículos 1309 y sigs. del Código Civil» (Cfr. Fundamento de Derecho Segundo, apartado 3).

⁵⁵ Cfr. Fundamento de Derecho Cuarto, apartado 1.

⁵⁶ Cfr. Fundamento de Derecho Cuarto apartado 1 de la sentencia analizada.

⁵⁷ *Vid.*, *ut supra* apartado III.1b) de este artículo.

⁵⁸ Cfr. Fundamento de Derecho Cuarto, apartado 2.

⁵⁹ Cfr. Fundamento de Derecho Cuarto, apartado 3.

⁶⁰ *Vid.*, RUBIO TORRANO, E. (1995), *op. cit.*, MARÍN NARROS, H. D. (2013), *op. cit.*

⁶¹ *Vid.*, SAP de Madrid, Sec. 21.ª, de 26 de enero de 2016, en la que se citan sentencias a favor de la prescripción como las SSTs de 27 de marzo de 1987 y de 23 de octubre de 1989, y otras que postulan la caducidad como las SSTs de 3 de marzo de 2006, de 23 de septiembre de 2010, de 5 de noviembre de 2013 y de 21 de febrero de 2014. Para resoluciones del Tribunal Supremo más recientes a favor de la prescripción *vid.*, SSTs de 27 de febrero de 1997 y de 1 de febrero de 2002.

⁶² *Vid.*, *ut supra* apartado I.

⁶³ Cfr. Díez-Picazo y Ponce, L. (2007), *op. cit.*, pp. 597 y sigs., LASARTE ÁLVAREZ, C. (2010), *op. cit.*, p. 141.

⁶⁴ Además de las sentencias analizadas en este artículo *vid.*, SSTs de 27 de octubre de 2004, de 3 de marzo de 2006, de 5 de abril de 2006, de 6 de septiembre de 2006, de 23 de septiembre de 2010, de 5 de noviembre de 2013, de 21 de febrero de 2014 y de 3 de junio de 2016.

⁶⁵ Cfr. SSTs de 22 de diciembre de 1999 y de 2 de febrero de 2016.

⁶⁶ Cfr. STS de 2 de febrero de 2016.

⁶⁷ Respecto a la consumación de los contratos de compraventa cfr. SSTs de 6 de febrero de 1990, de 25 de mayo de 2007 y de 14 de mayo de 2009.

⁶⁸ *Vid.*, SSTs de 5 de mayo de 1983, de 27 de marzo de 1989 y de 24 de mayo de 2016, entre otras.

⁶⁹ Para más información sobre este posicionamiento *vid.*, MARÍN NARROS, H. D. (2015), *op. cit.*

⁷⁰ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.

⁷¹ Cfr. Fundamento de Derecho Cuarto, apartado 2.º de la sentencia reproducida.

⁷² En este sentido se han dictado varias resoluciones han entendido que la literalidad de la documentación desacredita la concurrencia del error. Cfr. SSAP de Madrid, Sec. 19.ª, de 6 de abril de 2011 y de Zaragoza, Sec. 5.ª, de 3 de febrero de 2012.

⁷³ Que dispone: «*La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*».

⁷⁴ Cfr. Fundamento de Derecho Séptimo.

⁷⁵ Cfr. Fundamento de Derecho Segundo.

⁷⁶ Cfr. Fundamento de Derecho Cuarto.

⁷⁷ Cfr. Fundamento de Derecho Primero.

⁷⁸ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.