

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 19 DE FEBRERO DE 2018 (89/2018)**

**De nuevo sobre la consumación del contrato
como *dies a quo* del cómputo del plazo de caducidad
para el ejercicio de la acción de anulación
fundada en error o dolo:
ahora en los contratos de permuta financiera o *swap***

Comentario a cargo de:
JAVIER MENDIETA GRANDE
Abogado
Socio de Allen & Overy

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE FEBRERO DE 2018

Roj: STS 398/2018 - **ECLI:** ES:TS:2018:398

ID CENDOJ: 28079110012018100067

PONENTE: EXCMA. SRA. DOÑA MARÍA DE LOS ÁNGELES PARRA LUCÁN

Asunto: La sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2019 establece que, para los contratos de permuta financiera o *swap*, la consumación del contrato, como *dies a quo* del cómputo del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de anulación fundada en error o dolo, se identifica con el momento del “*agotamiento o la extinción de la relación contractual*” debido a que es entonces “*cuando tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato*”. Esta doctrina difiere de la sentada en las sentencias, también de Pleno, de 12 de enero de 2015 y 24 de mayo de 2016.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo:** 5.1. La interpretación de la “consumación del contrato” como *dies a quo* de la acción de anulación fundada en error o dolo en los contratos de permuta financiera o *swap*. 5.2. La consumación del contrato tiene lugar cuando se ejecuta la prestación a favor de la parte que posteriormente aduce su error: los contratos de permuta financiera o *swap* no son la excepción. Crítica de la distinción establecida por el Tribunal Supremo. 5.3. Conclusión. **6. Bibliografía.**

1. Resumen de los hechos

La sentencia objeto de comentario resuelve definitivamente un proceso iniciado por la mercantil Construcciones Poncelas, S.A. (**Construcciones Poncelas**) contra el Banco Santander Central Hispano, S.A. (**Banco Santander**). El 17 de diciembre de 2002, Construcciones Poncelas había suscrito con Banco Santander un préstamo con garantía hipotecaria por un importe de 1.297.609,68 euros a fin de financiar la adquisición de un solar. El 19 de diciembre del siguiente año, 2003, las partes ampliaron el plazo de duración y el capital del préstamo hipotecario inicial para financiar la construcción de 39 viviendas unifamiliares adosadas, previendo la posibilidad de la posterior subrogación en el préstamo hipotecario de los terceros que adquirieran las viviendas. De esta manera, el principal total del préstamo, una vez realizada la ampliación, ascendía a 6 millones de euros y el plazo pactado finalizaba el 17 de diciembre de 2036. En la fecha de ampliación del plazo del préstamo hipotecario, Construcciones Poncelas había dispuesto de la suma de 1.290.609,67 euros del importe total del préstamo hipotecario.

El 25 de octubre de 2005 Construcciones Poncelas y Banco Santander suscribieron un contrato marco de operaciones financieras, al amparo del cual firmaron ese mismo día una confirmación de permuta financiera denominada “*Swap bonificado escalonado con barrera Knock-in in arrears*”, con fecha de inicio 27 de octubre de 2005 y vencimiento 27 de octubre de 2008, por un importe nominal de 3 millones de euros.

El día 17 de octubre de 2005, esto es, unos días antes de la firma del contrato marco de las operaciones financieras y de la firma de la confirmación de permuta financiera de tipo de interés, Construcciones Poncelas había dispuesto de la suma de 2.090.735,76 euros del préstamo hipotecario.

El 29 de marzo de 2006, Construcciones Poncelas y Banco Santander suscribieron una nueva confirmación de permuta financiera denominada “*Swap bonificado escalonado con barrera Knock-in in arrears*”, en virtud de la cual cancelaban la anterior. El nominal de esta nueva operación también fue de 3 millones de euros. Las partes retrotrajeron los efectos del contrato al día 25 de octubre de 2005 y declararon que la cancelación de la anterior operación de confirmación se entendía producida desde esa misma fecha.

Desde octubre de 2005 hasta octubre de 2006, Construcciones Poncelas obtuvo un saldo negativo de 36.314,60 euros en las liquidaciones del *swap*. Construcciones Poncelas reclamó extrajudicialmente esa cantidad al banco y éste le propuso un tercer *swap*. Tras ello se canceló el segundo *swap*, el banco devolvió a Construcciones Poncelas el saldo negativo de 36.314 euros y se firmó una tercera operación de *swap*.

El 10 de noviembre de 2006 las partes suscribieron un documento denominado “*Acuerdo de cancelación anticipada de operación de permuta financiera de tipos de interés*”, en virtud del cual procedieron a la cancelación del contrato de 29 de marzo de 2006. El nuevo acuerdo se entendía otorgado al amparo del contrato marco de operaciones financieras suscrito el 25 de octubre de 2005. El resultado de la cancelación del contrato de 29 de marzo de 2006 fue asumido en la contratación de una nueva operación de “*confirmación de permuta financiera de tipos de interés*”, cuyos efectos se iniciaban el 20 de noviembre de 2006 y su vencimiento sería el 21 de noviembre de 2011. El importe nominal del contrato era de 5 millones de euros.

El 28 de marzo de 2007 se amortizó en su totalidad el préstamo hipotecario otorgado por las partes.

Durante la vigencia del tercer contrato de permuta financiera o *swap*, Construcciones Poncelas obtuvo un saldo neto a su favor durante los dos primeros años. El primer año, tras cuatro liquidaciones positivas para el cliente, obtuvo una primera liquidación negativa girada el 20 de noviembre de 2007. El saldo anual fue favorable para el cliente en 15.386,11 euros. El segundo año, tras cuatro liquidaciones positivas para el cliente, Construcciones Poncela recibió una primera liquidación negativa, girada el 20 de noviembre de 2008. El saldo anual fue favorable para el cliente en 125,21 euros. El tercer año, y también tras cuatro liquidaciones positivas para Construcciones Poncelas, el cliente obtuvo una primera liquidación negativa girada el 20 de noviembre de 2009. El saldo anual fue desfavorable para Construcciones Poncelas en 82.405,42 euros. El cuarto año, tras cuatro liquidaciones positivas para Construcciones Poncelas, el cliente recibió una primera liquidación negativa girada el 20 de noviembre de 2009, de forma que el saldo anual le resultó desfavorable en 82.405,42 euros. El quinto año, después de recibir cuatro liquidaciones positivas, Construcciones Poncelas, obtuvo una primera liquidación negativa girada el 22 de noviembre de 2010, lo que hizo que el saldo anual fuera desfavorable para el cliente en 136.058,33 euros. Finalmente, el sexto año, tras cuatro liquidaciones positivas para el cliente, Construcciones Poncelas obtuvo una primera liquidación negativa girada el 21 de noviembre de 2011. El saldo anual fue desfavorable para el cliente en 104.874 euros.

Construcciones Poncelas interpuso demanda de nulidad del contrato marco de operaciones financieras de fecha 25 de octubre de 2005 y de las operaciones de confirmación de las permutas financieras de tipo de interés suscritas el 25 de octubre de 2005, el 29 de marzo de 2006 y el 10 de noviembre de

2006, así como de todas las obligaciones derivadas de ellas. La demanda fue presentada el 30 de enero de 2014.

En su demanda, Construcciones Poncelas adujo que las referidas operaciones le habían producido unas pérdidas de 307.851,87 euros y que había incurrido en un error vicio del consentimiento al celebrar los contratos, como consecuencia del incumplimiento, por Banco Santander, de los deberes de información sobre los riesgos que comportaban los contratos litigiosos. Construcciones Poncelas mantuvo que la demandada le había asesorado y recomendado la contratación de un producto que le fue ofrecido como un seguro de cobertura de los préstamos suscritos para el caso de que subiera el tipo de interés, y que el Banco Santander se habría prevalido de su conocimiento de los mercados, lo que le habría permitido obtener un beneficio a costa de la actora. Construcciones Poncelas solicitó la recíproca restitución de las prestaciones realizadas por las partes y el pago de los intereses que resultasen a su favor desde la última liquidación que le había sido cargada en cuenta, el 21 de noviembre de 2011, hasta la fecha de pago o, subsidiariamente, desde la fecha de la interpelación judicial.

De manera subsidiaria, Construcciones Poncelas reclamó la condena de Banco Santander al pago de una indemnización de daños derivados del incumplimiento, por la demandada, de sus deberes de información. Los daños se cifraron en el coste que supuso la operación para la actora, esto es, 307.851,83 euros.

2. Solución dada en primera instancia

El Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Ponferrada dictó su sentencia el 1 de septiembre de 2014, estimando íntegramente la demanda de Construcciones Poncelas. A los efectos que interesan para este comentario, la sentencia del Tribunal Supremo no describe el contenido de la resolución de primera instancia.

3. Solución dada en apelación

Banco Santander interpuso recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado. En su escrito de interposición denunció la errónea, a su entender, interpretación de la naturaleza de los contratos de permuta financiera y sus consecuencias respecto de la caducidad de la acción de anulación, así como la defectuosa interpretación de la legislación aplicable, el error en la valoración de la prueba y la vulneración de las previsiones contenidas en los artículos 1.266 y concordantes del Código Civil.

La Audiencia Provincial dictó sentencia por la que estimó parcialmente el recurso de apelación de Banco Santander. La Sala *a quo* entendió que la

acción de anulación de los contratos de permuta financiera de 25 de octubre de 2005 y 29 de marzo de 2006 estaba caducada en la fecha de interposición de la demanda, con apoyo en los razonamientos que siguen. Según la Sala, cada uno de los contratos de permuta financiera gozaba de autonomía propia y el primero y el segundo se cancelaron, y dieron paso a la suscripción del siguiente. De esta forma, la Audiencia Provincial consideró que el plazo de caducidad de cuatro años debía computarse necesariamente desde las respectivas fechas de cancelación de cada uno de los mencionados contratos de permuta financiera. A este respecto, como se ha visto, el suscrito el 25 de octubre de 2005 fue cancelado mediante el otorgamiento de la posterior operación de 20 de marzo de 2006. Por su parte, la confirmación de permuta financiera de 20 de marzo de 2006, que retrotrajo sus efectos al 27 de octubre de 2005, fue cancelada el 10 de noviembre de 2006.

Ahora bien, la Audiencia no consideró caducada la acción de anulación del contrato celebrado el 10 de noviembre de 2006, con fecha de vencimiento 21 de noviembre de 2011, ya que, a su entender, la demanda se habría interpuesto antes del transcurso del plazo de cuatro años desde el vencimiento.

En cuanto al fondo del asunto, la Audiencia anuló el tercer contrato de permuta financiera o *swap* con fundamento en que existió una falta de información, por parte de Banco Santander, que habría dado lugar al error de la sociedad demandante.

4. Los motivos de casación alegados

Banco Santander interpuso sendos recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial. El primero de ellos no fue admitido y el recurso de casación, interpuesto en la modalidad de interés casacional, es el que resuelve la sentencia objeto de comentario. Se fundaba en dos motivos:

a) En el primer motivo de casación se denunciaba la infracción de los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil. A fin de justificar el interés casacional, Banco Santander presentó las sentencias de 21 de noviembre de 2012, 29 de octubre de 2013 y 17 de febrero de 2014. El recurrente sostuvo, en síntesis, que no concurrían los presupuestos para apreciar la existencia de un error excusable.

b) En el segundo motivo de casación, Banco Santander denunció la infracción del artículo 1.301 del Código Civil. El interés casacional se basó en la vulneración de la doctrina establecida en la sentencia del Pleno 769/2014, de 12 de enero de 2015. En el motivo se sostuvo, en esencia, que la acción de anulación del contrato celebrado el 10 de noviembre de 2006 había caducado en la fecha de interposición de la demanda.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. *La interpretación de la “consumación del contrato” como dies a quo de la acción de anulación fundada en error o dolo en los contratos de permuta financiera o swap*

Para la adecuada exposición de la doctrina establecida por esta sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo resulta necesario relatar los términos en los que se había planteado el motivo de casación referente a la caducidad de la acción de anulación. En su escrito de interposición, Banco Santander adujo que, en la medida en la que Construcciones Poncelas había apoyado la existencia del error en la creencia de que se encontraba ante una suerte de contrato de seguro de tipo de interés sobre el que desconocía completamente el riesgo que comportaba su suscripción, debería entenderse que habría sido con la recepción y aceptación de las primeras liquidaciones periódicas derivadas de los contratos, cuando la actora habría podido advertir que el contrato no era un seguro y ver materializado el riesgo que decía desconocer. En desarrollo de esta idea, Banco Santander sostuvo que, puesto que la actora había recibido liquidaciones negativas como consecuencia de los dos contratos ya suscritos con anterioridad y una primera liquidación negativa del contrato suscrito el 10 de noviembre de 2006, el día 20 de noviembre de 2007, el plazo de caducidad de ejercicio de la acción de anulación había expirado en la fecha de interposición de la demanda (que tuvo lugar el 30 de enero de 2014).

Siendo esos los términos en los que se planteó el recurso de casación de Banco Santander, la sentencia objeto de comentario resulta relevante por el hecho de establecer una doctrina distinta a las contempladas o consagradas en las sentencias, también de Pleno, dictadas por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 y 24 de mayo de 2016, en lo que respecta a la interpretación de lo que debe entenderse por “consumación del contrato” como *dies a quo* del plazo de ejercicio de la acción de anulación por error o dolo, previsto en el artículo 1.301 del Código Civil. En consecuencia, este comentario precisa inexcusablemente la ejecución de una remisión al análisis de las citadas sentencias, ya efectuado en los Volúmenes 7º y 8º de esta misma colección. Sin perjuicio de esa remisión, la cita de las mencionadas sentencias de 12 de enero de 2015 y de 24 de enero de 2016 resultará inexcusable para efectuar el examen y crítica de la sentencia de 19 de febrero de 2018.

En ejecución de su análisis, el Tribunal Supremo destaca los siguientes extremos de la sentencia del Pleno de 12 de enero de 2015: en primer lugar, apunta que “*negó que la consumación del contrato hubiera tenido lugar con su perfección*”; en segundo lugar, refiere que la mencionada resolución “*citó sentencias de la sala en las que se ha precisado cuándo se produce la consumación en ciertos contratos de tracto sucesivo como la renta vitalicia, la sociedad o el préstamo*”; y, en tercer lugar,

establece, como doctrina consagrada por esa sentencia, la de que *“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”*.

Ahora bien, inmediatamente a continuación, la Sala efectúa una matización que, como se examinará posteriormente, resulta ciertamente criticable, además de contradictoria con la propia doctrina que se dice haber “sentado” en la sentencia de 12 de enero de 2015. Según la resolución objeto de comentario, *“de esta doctrina sentada por la sala no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del art. 1301.IV CC, que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr ‘desde la consumación del contrato’*”. Como puede apreciarse, en el inciso transcrito la Sala efectúa una distinción clara entre *“consumación”* y *“momento del conocimiento del error”* por parte del contratante que ejerce la acción.

Sin solución de continuidad, la sentencia afirma que *“a efectos del ejercicio de la acción de nulidad por error, la consumación de los contratos de swaps debe entenderse producida en el momento del agotamiento, de la extinción del contrato”*. Las razones en que se apoya la anterior aseveración son las que siguen.

De un lado, se aduce que *“en el contrato de swap el cliente no recibe en un momento único y puntual una prestación esencial con la que se pueda identificar la consumación del contrato, a diferencia de lo que sucede en otros contratos de tracto sucesivo como el arrendamiento”*. En este punto la Sala hace referencia a la sentencia 339/2016, de 24 de mayo, que tenía por objeto un contrato de arrendamiento inmobiliario (*vid.* el comentario de esta sentencia en el Volumen 8º de esta colección). En el caso de este último contrato se dice que la *“consumación”* se corresponde con el momento en que *“el arrendador cede la cosa en condiciones de uso o goce pacífico, pues desde ese momento nace su obligación de devolver la finca al concluir el arriendo tal y como la recibió y es responsable de su deterioro o pérdida, del mismo modo que el arrendador queda obligado a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por el tiempo del contrato”*.

De otro lado, se mantiene que *“en los contratos de swap o cobertura de hipoteca”*, la consumación del contrato se identifica con el momento del *“agotamiento o la extinción de la relación contractual”* debido a que es entonces *“cuando tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato”*. Esta tesis, a su vez, se funda en la idea de que en los contratos de permuta financiera o *swap* *“no existen prestaciones fijas, sino liquidaciones variables a favor de uno u otro contratante en cada momento en función de la evolución de los tipos de interés”*.

En el supuesto concreto analizado por la sentencia comentada, Construcciones Poncelas *“recibía trimestralmente el euríbor fijado al principio de cada periodo*

trimestral a cambio de pagar anualmente un tipo fijo, excepto si el euríbor superaba determinado nivel o barrera, en cuyo caso el cliente pagaba el euríbor menos un diferencial fijado en un 0,10%” La Sala refiere cómo la obtención de un resultado positivo o negativo de las liquidaciones dependía de la evolución del índice en cada período de liquidación. Así, según se ha descrito en el resumen de los hechos, se alcanzaron resultados diversos en cada uno de los años de vigencia del contrato.

La doctrina establecida en la sentencia objeto de comentario ha sido reiterada en las posteriores sentencias del Tribunal Supremo núms. 202/2018, de 10 de abril; 228/2018, de 18 de abril; 386/2018, de 21 de junio; 579/2018, 580/2018 y 582/2018, todas ellas de 17 de octubre; 587/2018, de 22 de octubre; 602/2018, de 31 de octubre, y 162/2019, de 14 de marzo de 2019.

5.2. *La consumación del contrato tiene lugar cuando se ejecuta la prestación a favor de la parte que posteriormente aduce su error: los contratos de permuta financiera o swap no son la excepción. Crítica de la distinción establecida por el Tribunal Supremo*

Como se ha apuntado en el apartado anterior, este comentario debe leerse conjuntamente con los que elaboré sobre las sentencias de 12 de enero de 2015 y 24 de mayo de 2016, ambas del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, publicados en los Volúmenes 7º y 8º de esta misma colección. La razón es que los tres comentarios analizan la misma cuestión jurídica, esto es, la interpretación de la “consumación del contrato” contemplada en el artículo 1.301 del Código Civil como *dies a quo* del plazo de ejercicio de la acción de anulación. Aunque volveré sobre ello en la conclusión, la sentencia de 19 de febrero de 2018 determina el establecimiento de tres doctrinas jurisprudenciales distintas sobre el mismo extremo. La aplicación de cada una dependerá del contrato que sea objeto del litigio.

La “consumación del contrato” se produce cuando tiene lugar la ejecución de la prestación a favor de la parte que posteriormente aduce su error (o el dolo de la contraparte). Pero, como sostuve en los mencionados comentarios de las sentencias de 12 de enero de 2015 y 24 de mayo de 2016, ello debe ser así en todos los contratos: en las “*relaciones contractuales complejas, como son frecuentemente los contratos bancarios financieros o de inversión*” (sentencia de 12 de enero de 2015), en los contratos de ejecución simultánea o instantánea, o en los contratos “*de tracto sucesivo que no presenten especial complejidad*” (sentencia de 24 de mayo de 2016) y también en los contratos de permuta financiera o *swap*.

Las premisas en que se fundan los razonamientos del Tribunal Supremo para alcanzar su tesis (en los contratos de *swap* o permuta financiera la consumación se identifica con el agotamiento o extinción del contrato) no me parecen correctas por las razones que se desarrollan en los siguientes párrafos.

En primer lugar, el contrato de permuta financiera o *swap* es un contrato aleatorio que se otorga normalmente con una finalidad de cobertura del riesgo

derivado de un contrato bancario o financiero en el que el cliente del banco ha de realizar abonos cuyo importe depende de la evolución de un determinado índice o tipo de interés. En suma, la permuta financiera busca convertir en fijos unos importes debidos al amparo de otra relación jurídica y que, normalmente, serían variables. De esta forma, en la permuta financiera se desconoce cuál de los dos contratantes estará obligado a efectuar el pago a la contraparte, pues ello dependerá precisamente de la evolución del índice o tipo de interés.

Por otro lado, y por las razones anteriores, el contrato de permuta financiera no puede calificarse como un contrato de tracto sucesivo, de conformidad con la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por ejemplo, la sentencia 145/2012, de 21 de marzo de 2012, de la Sala de lo Civil, mantiene que “*en nuestro Derecho positivo no se define lo que debe entenderse por contrato de tracto sucesivo, afirmando la doctrina que tiene tal carácter aquel por el que, un proveedor se obliga a realizar una sola prestación continuada en el tiempo o pluralidad de prestaciones sucesivas, periódicas o intermitentes, por tiempo determinado o indefinido, que se repiten, a fin de satisfacer intereses de carácter sucesivo, periódico o intermitente más o menos permanentes en el tiempo, a cambio de una contraprestación recíproca determinada o determinable dotada de autonomía relativa dentro del marco de un único contrato de tal forma que cada uno de los pares o periodos de prestaciones en que la relación se descompone satisface secuencialmente el interés de los contratantes*”. En el caso del contrato de permuta financiera, ninguna de las partes se obliga a efectuar una prestación repetitiva “*continuada en el tiempo o pluralidad de prestaciones sucesivas, periódicas o intermitentes, por tiempo determinado o indefinido*”, ni lo hace en “*contraprestación recíproca*” a la de la contraparte, por la poderosa razón de que sólo uno de los contratantes está obligado a efectuar abonos al otro, en función de la evolución del índice o tipo de interés. La jurisprudencia parece situar el concepto de contrato de tracto sucesivo en el campo de los contratos conmutativos, no en el de los contratos aleatorios, como es el contrato de permuta financiera (que, además, genera obligaciones para una sola de las partes en cada periodo).

De esta forma, la referencia de la sentencia a que “*en el contrato de swap el cliente no recibe en un momento único y puntual una prestación esencial con la que se pueda identificar la consumación del contrato, a diferencia de lo que sucede en otros contratos de tracto sucesivo como el arrendamiento*” no puede considerarse correcta, precisamente porque no hay intercambio de prestaciones y la primera liquidación pagadera (con independencia de a quien corresponda abonarla) constituye el acto de ejecución o consumación del contrato. En efecto, si, como apuntó la sentencia de 12 de enero de 2015, con cita del Diccionario de la Real Academia Española, “*consumar*” es “*ejecutar o dar cumplimiento a un contrato o a otro acto jurídico*”, no puede sino concluirse que la consumación del contrato de *swap* se produce con la primera liquidación, esto es, con la primera ocasión en que el contrato surte efectos. En esa primera liquidación cualquiera de las partes (también el cliente) puede constatar “*cómo funciona*” el contrato, cómo despliega sus efectos, teniendo en cuenta que ninguna de las dos partes conoce cuál será la evolución del índice o tipo de interés y, en consecuencia, quién

o cuánto habrá que pagar. La ejecución del primer abono, por razón de la primera liquidación, es la “*prestación esencial*” propia del contrato de permuta financiera. No hay otra. De hecho, de manera paradójica con su tesis principal, posteriormente la Sala mantiene que “*en estos contratos (los de swap) no existen prestaciones fijas, sino liquidaciones variables a favor de uno u otro contratante en cada momento en función de la evolución de los tipos de interés*”.

En segundo lugar, y coherentemente con los razonamientos precedentes, el agotamiento o extinción del contrato de *swap* no puede identificarse con su “*consumación*”, ni puede hacerse por las razones que refiere la sentencia objeto de comentario. La citada sentencia de 24 de mayo de 2016 rechazó que pudiera efectuarse esa identificación entre “*consumación*” y “*agotamiento*” del contrato. El título del cuarto Fundamento de Derecho de esa resolución es “*la consumación no es equiparable al agotamiento del contrato, y en los contratos no complejos de tracto sucesivo la consumación se produce, a los efectos del plazo establecido en el art. 1.301 CC, cuando quien luego invoque la nulidad haya recibido la prestación íntegra de la otra parte contratante*”. A mayor abundamiento, en esa sentencia se decía también que en la de 12 de enero de 2015 “*implícitamente*” no se identificaba la consumación del contrato con su agotamiento o extinción.

En el caso del contrato de permuta financiera o *swap*, en la fecha de agotamiento o extinción no tiene lugar “*el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato*”. Es durante la vigencia del contrato y, en concreto, a partir de la primera liquidación, cuando se realiza el cumplimiento de la prestación propia del contrato (por la parte a quien corresponda) y se producen las consecuencias económicas inherentes al contrato. En la fecha de agotamiento o extinción “*ambas partes*” no ejecutan la prestación del contrato sino que, sencillamente, se conoce el saldo final de las liquidaciones devengadas durante su vigencia, es decir, mientras el contrato ha estado produciendo sus efectos económicos. De nuevo, la posterior frase remacha la idea expuesta, pues no en vano se dice que “*en estos contratos no existen prestaciones fijas, sino liquidaciones variables a favor de uno u otro contratante en cada momento en función de la evolución de los tipos de interés*”.

La identificación de “*agotamiento o extinción*” con la “*consumación*” para el caso de los contratos de permuta financiera o *swap* contradice la doctrina sentada por la sentencia de 12 de enero de 2015, en la que se establecía que, en las relaciones contractuales complejas, “*como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión*”, la consumación del contrato, a los 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*”. Y se concluía apuntando que “*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*”. La

sentencia de 19 de febrero de 2018 no justifica por qué la anterior doctrina no sería de aplicación al contrato de permuta financiera o *swap*. Es más, la misma Sala de lo Civil del Tribunal Supremo había venido manteniendo, en aplicación de esa doctrina, el criterio de que, en el caso de los contratos de permuta financiera, el *dies a quo* del plazo de ejercicio de la acción de anulación sería la fecha de “*percepción por el cliente de la primera liquidación negativa*” o “*en su defecto, (cuando) tuvo conocimiento concreto del elevado coste de la cancelación anticipada del producto*”¹. Véanse, en este sentido, las sentencias 153/2017, de 3 de marzo, y 436/2017, de 12 de julio, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Obviamente, atendiendo a la posición mantenida en los comentarios sobre las sentencias de 12 de enero de 2015 y 24 de mayo de 2016, la tesis de esas resoluciones del año 2017 en relación con los contratos de permuta financiera me parece igualmente errónea. Y es que se basa en varias premisas implícitas que no pueden admitirse, como son la de que el contrato no se ejecuta cuando la liquidación es favorable para el cliente (¿por qué?) o la de que el cliente siempre otorgaría el contrato sobre la base de que sólo puede “ganar” en su ejecución (por ello “perder” o “perder mucho” sería lo que, en el planteamiento del Tribunal Supremo, “le haría salir de su error”).

Además, la sentencia objeto de comentario contiene una reflexión desconcertante acerca de la sentencia de 12 de enero de 2015 y la doctrina establecida en ella. Según la Sala, “*de esta doctrina sentada por la Sala no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del art. 1301.IV del Código Civil, que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr «desde la consumación del contrato»*”. En consecuencia, la resolución distingue entre “consumación” y momento del conocimiento del error, cuando precisamente la sentencia de 12 de enero de 2015 identificaba la consumación con el momento en que el contratante se percataba de la existencia del error. Este extremo ilustra la imposibilidad de hacer compatible la doctrina de la sentencia de 12 de enero de 2015 y la de la resolución que es objeto de análisis.

5.3. Conclusión

Con el pronunciamiento de la sentencia de 19 de febrero de 2018, cuya doctrina ha sido ya reiterada y aplicada en numerosas resoluciones posteriores de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, han quedado establecidas tres doctrinas jurisprudenciales sobre la misma cuestión, esto es, el concepto de

¹ Esta última puntualización me parece errónea e igualmente incoherente con la doctrina que se trataba de establecer en la sentencia de 12 de enero de 2015. La cancelación anticipada del *swap* puede producirse o no producirse, por lo que el coste de cancelación no es una “consecuencia económica” esencial o inherente al contrato (más bien todo lo contrario). Por tanto, el error que recayera sobre él tampoco podría ser “esencial” y viciar el consentimiento del cliente. Además, ¿qué es un “coste elevado”? ¿En relación con qué ha de ser elevado?

“consumación” del contrato como *dies a quo* del plazo de ejercicio de la acción de anulación fundada en error o dolo:

- a) Una primera, para las relaciones contractuales complejas, “*como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión*” (sentencia de 12 de enero de 2015). En estos casos, la consumación quedará fijada en el momento en que el contratante haya podido tener conocimiento de la existencia del error o del dolo. El momento se corresponderá con 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 suceso similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error (por ejemplo, la declaración de quiebra o la intervención de la entidad han sido consideradas como sucesos de esa clase²).
- b) Una segunda, para los contratos de ejecución instantánea o simultánea, o en los contratos de tracto sucesivo que “*no presenten especial complejidad*”: el *dies a quo* del plazo de ejercicio de la acción de anulación será el día o momento en que quien alegue el error (o el dolo) haya recibido de la otra parte “*su prestación esencial*” (sentencia de 24 de mayo de 2016).
- c) Una tercera, para los contratos de permuta financiera o *swap*, en los que la consumación se identifica con el momento del agotamiento o extinción del contrato (sentencia de 19 de febrero de 2018).

Ahora bien, el artículo 1.301 del Código Civil (que es la norma objeto de interpretación) no efectúa distinción alguna entre contratos, lo que pugna con el establecimiento no ya de dos sino de tres posturas o doctrinas sobre la misma cuestión. Dejando ahora al margen las dudas que genera la aplicación de la doctrina sentada en la sentencia de 12 de enero de 2015 (ya puestas de relieve en su comentario y en el de la sentencia de 24 de mayo de 2016), la tercera interpretación sobre la misma cuestión me parece incorrecta desde el punto de vista técnico (por las razones desgranadas en el apartado 5.2 anterior) y pienso que su introducción generará mayor incertidumbre jurídica. Además, esta tercera doctrina puede favorecer planteamientos absolutamente oportunistas por parte del cliente de la entidad financiera.

En efecto, aplicando estrictamente esa doctrina, el cliente podría ejecutar, sin objeción alguna, el contrato de permuta financiera durante toda su vigencia y, en el momento de su extinción, valorar si, en su conjunto, el contrato le ha sido favorable o todo lo favorable que apeteciera (porque, se insiste, lo que se conoce al final del contrato es el saldo), con el agravante, además, de que la permuta financiera se otorga como cobertura de otro contrato o negocio, con

² En los casos de Lehman Brothers y el banco islandés Landsbanki, respectivamente (véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2016 y 16 de septiembre de 2015).

el que está causalmente vinculado. Y, en el caso de que el resultado no fuera el apetecido, podría plantear una acción de anulación con la seguridad de que el plazo de caducidad le habría comenzado a correr en ese mismo instante.

Ante ese escenario, cabe legítimamente formularse las siguientes preguntas: ¿Por qué ha de esperarse a la extinción o agotamiento del contrato para que se inicie el plazo de caducidad si el cliente ha estado durante largo tiempo, normalmente años, presenciando cuál era el resultado de la normal ejecución del contrato y ha estado atendiendo o recibiendo los correspondientes pagos? ¿Por qué un inversor en un bono estructurado dispone de un plazo de cuatro años para ejercer su acción a contar desde, por ejemplo, la quiebra de la entidad, y el cliente que contrata una permuta financiera puede ignorar un descenso abrupto del tipo de interés y un incremento exponencial de los pagos a realizar por su parte, y esperar, incluso durante años, a ver cuál es el resultado final del contrato para que se inicie el plazo de ejercicio de su acción de anulación por error? ¿Cómo hacer compatible la tesis de la sentencia comentada con la doctrina, reiterada en ella misma por el Tribunal Supremo, de que “*no basta una mera ilustración sobre lo obvio, es decir, que como se trata de un contrato aleatorio, puede haber resultados positivos o negativos, sino que la información tiene que ser más concreta y, en particular, advertir debidamente al cliente sobre los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés*”, o de que “*no se trata de abrumar al cliente con fórmulas, datos y cifras, que más que dar información, la ocultan, sino de asegurarse de que el cliente ha comprendido la naturaleza y riesgos del producto o servicio mediante una explicación clara, imparcial y no engañosa de estos extremo*”? Si se produce esa bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés o si tiene lugar uno de los escenarios sobre los que se ilustró al cliente con una “información abrumadora” (que, según la sentencia, sería “desinformación”), ¿por qué el cliente no tiene la carga de ejercer su acción en el plazo de cuatro años si, por hipótesis, ya conoce su error (sentencia de 12 de enero de 2015)?

Las anteriores preguntas ponen de relieve la inseguridad jurídica que puede generar la doctrina de esta sentencia, que se une a la ya observada al hilo del comentario de las sentencias de 12 de enero de 2015 y 24 de mayo de 2016.

6. Bibliografía

- Albaladejo, M., *Derecho Civil, Tomo II, Derecho de obligaciones*, decimotercera edición, Editorial Edisofer, Madrid, 2008.
- Castán Tobeñas, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo Tercero, décima edición, Editorial Reus, Madrid, 1967.
- De Castro, F., *El negocio jurídico*, Editorial Civitas, Madrid, 1985.
- Díez-Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 1995.
- Díez-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2007.