



ACLARACIÓN O RECTIFICACIÓN DEL TS SOBRE EL *DIES A QUO* DE LA ACCIÓN DE ANULABILIDAD DE SWAPS*

*Alicia Agüero Ortiz***

*Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha*

Fecha de publicación: 2 de marzo de 2018

En la contratación de productos financieros complejos se ha interpretado que el plazo de inicio de la acción no podría producirse antes de que el inversor pudiera salir de su error. En relación con los swaps, ya la STS 20-1-2014¹ apuntó que el momento en el que el inversor pudo apercibirse de su error era el momento de recibir las liquidaciones negativas, pero solo entonces pudo ser consciente del riesgo real asociado al producto contratado. Este conocimiento de lo que al contratar se desconocía incide en la determinación del *dies a quo* de la acción de nulidad pues, “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 positivas o 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. Conforme a esta doctrina, en nuestro caso, el comienzo del plazo de ejercicio de la acción de anulación por error vicio en el consentimiento no podía computarse hasta que el cliente percibió la primera liquidación negativa, o en su defecto, tuvo conocimiento

* Trabajo realizado en el marco de la ayuda para la Formación de Profesorado Universitario del Ministerio de Educación Cultura y Deporte (Ref. FPU014/04016); y de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera, de la UCLM, ref. DER2014-56016-P.

** ORCID ID: 0000-0003-2794-9200; alicia.aortiz@uclm.es.

¹ RJ 2014, 781.



concreto del elevado coste de la cancelación anticipada del producto”².

Así pues, en la contratación de swaps el plazo de inicio de caducidad de la acción quedó fijado generalmente en el giro de la primera liquidación negativa³ o, en su caso, en el momento en que se tuvo conocimiento concreto del elevado coste de cancelación⁴. Este ha sido el criterio seguido por el TS se hubiera consumado o no el contrato, pese a que el art. 1301.IV del CC establezca que la acción de anulabilidad en caso de error en el consentimiento comenzará desde la consumación del contrato.

A modo de ilustración, la STS 3-3-2017⁵ tomó como *dies a quo* el día de cancelación del swap, pero no porque comportara la consumación del mismo (como hiciera la sentencia de apelación recurrida), sino porque fue el momento en el que el inversor debió salir del error al hacer frente a un elevado coste de cancelación que, además, denomina “primera liquidación negativa”⁶. Por su parte, la STS de 12-7-2017⁷ declaró caducada la acción puesto que al interponer la demanda habían transcurrido cuatro años desde la percepción de la primera liquidación negativa, por más que el swap no se hubiera liquidado hasta dos años después y se produjeran otras de mayor entidad⁸.

Diversas Audiencias Provinciales rechazaron aplicar esta doctrina a contratos de swap en los que la primera liquidación negativa se hubiera producido antes de la cancelación o

² STS del Pleno 769/2014, de 12 de enero de 2015 (RJ 2015, 608), y en las sentencias 102/2016, de 25 de febrero (RJ 2016, 1514), 435/2016, de 29 de junio (RJ 2016, 3162), 718/2016, de 1 de diciembre (RJ 2016, 5848); 3 de marzo de 2017 (RJ 2017\663); STS 9 junio 2017 (JUR 2017\148963), etc.

³ En el mismo sentido, SSTS sentencia del pleno 769/2014, de 12 de enero (RJ 2015, 608), seguida después de otras muchas de la sala (376/2015, de 7 de julio (RJ 2015, 4487), 489/2015, de 16 de septiembre (RJ 2015, 5013), 435/2016, de 29 de junio, 718/2016, de 1 de diciembre (RJ 2017, 848), 728/2016, de 19 de diciembre, 734/2016, de 20 de diciembre, 11/2017, de 13 de enero y 130/2017, de 27 de febrero (RJ 2017, 677); sentencia 153/2017, de 3 de marzo (RJ 2017, 663) 9-6-2017 (RJ 2017, 3149).

⁴ Sentencia núm. 153/2017 de 3 marzo. RJ 2017\663.

⁵ RJ 2017\663. Igualmente, la STS de 17-1-2018 (ECLI: ES:TS:2018:50).

⁶ En sus propios términos: “A la vista de lo declarado debemos concluir, que se debe confirmar la sentencia recurrida, en este aspecto, dado que desde el 20 de abril de 2007, en que se produce la primera liquidación negativa de intereses, por importe de 134.511,84 euros, la parte demandante conocía la operativa comercial del producto y sus efectos nocivos, por lo que transcurrieron más de cuatro años hasta el 17 de mayo de 2012, fecha en la que se interpone la demanda, por lo que de acuerdo con el art. 1301 del C. Civil (LEG 1889, 27) debe confirmarse la caducidad de la acción de anulabilidad por error.” Estudio en profundidad del asunto en, MARTÍNEZ PALLARÉS, J.I.: “Acerca de la caducidad de la acción de nulidad de los swaps en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. ¿Un salto al vacío?, Revista de Derecho Actual, vol. IV, 2017.

⁷ JUR 2017\195173.

⁸ En palabras del TS: “en la propia demanda se hace constar que en 30 de marzo de 2009 ya se practicó a la demandante una liquidación negativa de 613,89 euros, siendo así que la demanda de interpuso con fecha 11 de junio de 2013, cuando ya habían transcurrido más de cuatro años desde aquella fecha. Es cierto que se sucedieron otras liquidaciones negativas, por mayores cantidades, hasta la liquidación final del contrato en fecha 3 de enero de 2011, pero según la doctrina de esta sala anteriormente expresada la parte demandante pudo advertir ya el error que ahora denuncia desde aquel momento inicial en que le llegó la primera liquidación negativa”.



término del swap, bajo la comprensión de que dicha doctrina “lo que viene es a interpretarlos en favor del cliente por vía de retrasar la determinación del día inicial” (SAP de Córdoba de 16-7-15). Nótese que esta la interpretación de la SAP de Córdoba se produce antes de que el TS adelante el plazo de inicio de caducidad a la percepción de la liquidación negativa en dos años respecto a la fecha de consumación (STS 12-7-2017⁹). Pues bien, el TS se ha visto obligado a salir del paso de las críticas.

Así la STS (Pleno) de 19-2-2018¹⁰ ha rectificado (aunque lo denominen “aclaración”) la doctrina aclarando que:

“De la 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”. En el caso de los swaps, la consumación debe entenderse producida en momento del agotamiento de la extinción del contrato. En el contrato de swap el cliente no recibe en un momento único y puntual una prestación esencial con la que se pueda fijar la consumación del contrato a diferencia de lo que sucede con otros contratos de tracto sucesivo como el arrendamiento. En el caso de los swaps, es solo en el momento del agotamiento cuando tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato, atendido el hecho de 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”.

Nótese que la aplicación de esta pseudo-rectificación al caso litigioso en la STS 12-7-2017 habría comportado que la acción de aquel litigante no estuviera caducada.

⁹ JUR 2017\195173.

¹⁰ Disponible en ASUFIN:

https://www.asufin.com/sentencias/supremo/STS_180219_BSANTANDER_CONFIRMA_150204_AP2_LEON_CONFIRMA_140901_JPI2_PONFERRADA_SWAP_CADUCIDAD_DIES_A_QUO_PYME_SIN.pdf