

CONTRATO BANCARIO. NULIDAD DE CONTRATO Y PLAZO DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN

Comentario a la STS de 9 de junio de 2017¹

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

EXTRACTO

Es indudable que el plazo de cuatro años a que se refiere el artículo 1.303 del Código Civil de plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo para lograr la restitución solicitada por los demandantes y derivada de la nulidad del contrato se refiere a la consumación del contrato y no al momento de su celebración. Por lo que se refiere a cuándo se ha producido la consumación del contrato, se ha interpretado 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. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, según esta doctrina, 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. En particular, en casos similares al presente de contratos de permutas de tipo de interés concertados como cobertura del interés variable de un préstamo, esta sala ha identificado ese momento con la percepción por el cliente de la primera liquidación negativa. Comercializado productos que podían incluirse dentro de la denominación genérica de permuta financiera o *swap*, esta sala ha advertido que, al margen del motivo por el que se concertaron o la explicación que se dio al ser comercializados, no dejan de tener la consideración de producto financiero complejo, sobre cuya comercialización pesan especiales deberes de información. La inclusión de la normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis de la LMV, acentuó tales obligaciones, pero no supuso una regulación realmente novedosa. Además, ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por su fecha al

.../...

¹ Véase el texto de esta sentencia en www.civil-mercantil.com (selección de jurisprudencia de Derecho Civil del 1 al 20 de julio de 2017).

.../...

contrato de permuta financiera litigioso, establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores; la prueba practicada, permite afirmar que la entidad financiera incumplió sus obligaciones legales de información y ello indujo a error al cliente sobre un extremo esencial: la verdadera naturaleza del producto y sus riesgos en caso de bajada de los tipos de interés. 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 genéticamente 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.

Palabras clave: contrato bancario; *swaps*; nulidad de contrato; plazo de ejercicio de la acción; vicio del consentimiento.

Fecha de entrada: 09-07-2017 / Fecha de aceptación: 25-07-2017

La sentencia seleccionada para comentar es un ejemplo de las múltiples sentencias dictadas por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo relacionadas con contratos bancarios complejos en los que se protege al consumidor ante la carencia de la información legalmente exigible, que le provoca un error esencial sobre el alcance real de lo suscrito, con el perjuicio consiguiente. Dicha obligación no deriva exclusivamente de la Directiva sobre Mercados de Instrumentos Financieros (MiDIF), ya que esa obligación tiene un alcance en nuestro ordenamiento desde el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios aplicable por su fecha al contrato de permuta financiera litigioso, que desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores.

En resumen, la demanda se presenta por los actores que en noviembre de 2005 habían concertado un préstamo hipotecario con una entidad bancaria y suscribieron el 26 de octubre de 2006 con la misma entidad un contrato de «intercambio de tipos/cuotas» denominado «cobertura cuota fija», por un periodo de cinco años y con un periodo de carencia de 13 meses, de modo que su fecha de inicio fue el 15 de noviembre de 2007 y su finalización el 15 de noviembre de 2012. En cumplimiento de lo previsto en el contrato «intercambio de tipos/cuotas», el 15 de noviembre de 2007 se gira la primera cuota fija de la devolución del préstamo a los clientes de la entidad. Por otra parte, la primera liquidación del contrato «intercambio de tipos/cuotas» fue positiva para los clientes. Hubo un total de 24 liquidaciones positivas. La primera liquidación negativa para los clientes fue en noviembre de 2009 y se giró el 15 de diciembre de 2009. A esa liquidación siguieron otras igualmente negativas, por lo que solicitan judicialmente la nulidad del contrato por error.

Resulta además que siendo estimada la demanda de los particulares frente al banco en primera instancia, la sentencia de apelación la revoca, mencionado además que el contrato era de una claridad meridiana.

Al margen de la cuestión referida a la acción de nulidad y al transcurso del plazo, que desestima el Tribunal Supremo, acogiendo la sentencia de primera instancia, y que considero no merece más comentario, lo verdaderamente importante es la condición de consumidor del recurrente, y la posición de «superioridad» que ostenta la entidad frente al cliente; este, amparado en la buena fe y que se trata de una entidad con las relaciones, digamos, buenas, y la entidad concedora del contrato complejo que consigue que suscriba. El contrato inicialmente es beneficioso para los particulares, y se revela perjudicial, en contra de lo esperado.

En este tipo de asuntos debe tenerse en consideración la consideración de consumidores de los actores, existiendo una normativa interna que los protege frente a comportamientos de las em-

presas correspondientes que incumplan la normativa sobre los deberes de información clara para el consumidor medio, es decir, aquel que desconoce los contratos bancarios, que en su mayoría son complejos para ellos y que necesitan algo más que una simple lectura por encima del contrato suscrito, y que es una explicación clara de las consecuencias patrimoniales que para ellos puede tener la contratación del producto mencionado.

Normalmente la entidad bancaria demandada trata siempre de argumentar que dicho contrato es comprensible para los clientes, que lo han leído, que lo han firmado, no existiendo error y, como ocurre en el presente caso, que la acción ha caducado por haber transcurrido el plazo legalmente establecido para ejercitar la acción de nulidad del mismo.

Por ello, la entidad financiera demandada estaba obligada a suministrar, con carácter previo a la contratación, una información clara y comprensible a los clientes personas físicas, consumidor medio, que desconoce la naturaleza, las consecuencias y riesgos del producto. Es necesaria una información precontractual adecuada que impida el error en la suscripción del contrato.

A la vista de la presente sentencia la entidad bancaria manifiesta que no se había producido la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, pero el artículo 5 del anexo del Real Decreto 629/1993, arriba mencionado, regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:

«1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos, y 3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos».

La normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID, que es la aplicable en este caso por la fecha en que se concertó el contrato, otorga una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a informar sobre el riesgo que se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la respon-

sabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración.

No ha quedado acreditado que la entidad bancaria informara a sus clientes, sino que estos leyeron por encima el contrato presentado, y se acreditó por la prueba testifical de la empleada de la entidad financiera que no explicaron el contrato de intercambio de tipos, de permuta financiera, y no informaron sobre la entidad del coste económico que podían conllevar estos dos productos. A este respecto, a la entidad financiera se le exigía una actividad positiva en la fase precontractual, de la que no queda constancia.

El error producido por la carencia de información clara les produjo una representación equivocada de las consecuencias del contrato, y se proyectan sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. El error fue relevante: el incumplimiento del deber de suministrar al cliente no profesional una información comprensible y adecuada al producto financiero contratado, que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados al mismo, muestra que esta información es imprescindible para que el inversor no profesional pueda prestar válidamente su consentimiento. De tal forma que el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que se contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada. Y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.

Como dice la jurisprudencia, «lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información expuestos, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Sin perjuicio de que en estos casos hayamos entendido que la falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. No es que este incumplimiento determine por sí la existencia del error vicio, sino que permite presumirlo» (SSTS de 20 de enero de 2014 y 28 de octubre de 2015). De este modo, en nuestro caso, operaba la presunción de error vicio como consecuencia de la falta de acreditación del cumplimiento del deber de prestar una información clara y completa sobre los concretos riesgos que se asumían con la contratación del producto bancario complejo, sin que se hayan acreditado otras circunstancias que desvirtuaran esta presunción.

Como dice la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 (NCJ058317), «la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente».

La apreciación del error o defecto de representación de los verdaderos costes o riesgos asociados a los productos contratados lleva implícito que los demandantes, de haberlos conocido, no los hubieran contratado.

Es evidente que la posición del cliente respecto de la entidad financiera es desigual, pues esta, que conoce el contrato, sus consecuencias, que ha examinado su proyección, no informa adecuadamente, sino que de manera contraria a la buena fe y con omisión de las obligaciones a que está sometido por la legislación, logra la suscripción de contratos bancarios complejos por clientes, por la carencia de la información clara y adecuada. Ese error esencial viene provocado por el comportamiento de la entidad que con dolo civil logra concertar contratos, que con el transcurso del tiempo se comportan de manera perjudicial para los clientes suscriptores, por lo que la estimación del recurso de casación resulta evidente.