

## Posible nulidad contractual en contratos financieros complejos (*swap*)

**José Ignacio Esquivias Jaramillo**

*Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid*

### Extracto

En los contratos financieros complejos (*swap*), la relación contractual se extingue o agota con el cumplimiento de las prestaciones de las partes; durante su vigencia hay varias liquidaciones y varios periodos de liquidación, con variación de intereses, por eso no hay extinción ni consumación sino hasta el final de la relación contractual, que es cuando se tiene perfecto conocimiento de las consecuencias económicas. A partir de aquí comienza a contar el plazo de caducidad del artículo 1.301 del Código Civil.

Es cierto que en las relaciones entre particulares y la entidad bancaria no se exige la aplicación de una normativa comunitaria no traspuesta al ordenamiento interno, pero sucede que, ya antes de la contratación, en nuestra normativa se recogía la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos.

**Palabras clave:** contratos financieros; nulidad contractual; *swap*.

Fecha de entrada: 13-06-2021 / Fecha de aceptación: 28-06-2021

## Enunciado

Entre las partes litigantes, un consumidor y una entidad bancaria, se firmó, con fecha 21 de octubre de 2011, un contrato *swap* marco de operaciones financieras. Al considerar el consumidor que el contrato era nulo por contener condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas, con fecha de 25 de julio de 2016 se interpone la demanda de nulidad por vicios en el consentimiento, basada esencialmente en los intereses satisfechos. El banco alega caducidad de la acción porque considera que el plazo debe contarse desde la primera liquidación de intereses, pues es desde entonces que el contratante pudo conocer el error cometido, pues con la primera liquidación ya se pudo dar cuenta de lo que ha suscrito y del interés que iba a pagar. El banco considera que la acción ha caducado (art 1.301 CC), porque han pasado cuatro años desde la primera liquidación, el 21 de noviembre de 2011. También, para el caso de no prosperar esta invocación de caducidad, el banco alega que la falta de información con violación de la normativa MiFID no puede ser causa de nulidad, porque dicha normativa no había sido transpuesta a la interna, no vinculando las relaciones contractuales entre el cliente y el banco.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Es correcta la invocación en casación de la causa sobrevenida para alegar la prescripción del artículo 1.301? ¿Y la interposición de un recurso extraordinario por infracción procesal fundamentado en la incorrecta valoración de la prueba?
2. ¿Desde cuándo se computa el plazo de caducidad por posible nulidad contractual del artículo 1.301 del CC? ¿Tiene razón la entidad bancaria?
3. ¿La falta de información en los términos indicados en el caso por falta de trasposición de la normativa MiFID permite prosperar la acción de nulidad del contrato *swap* invocada por la entidad bancaria?

## Solución

1. ¿Es correcta la invocación en casación de la causa sobrevenida para alegar la prescripción del artículo 1.301 del CC?

Aquí partimos de la naturaleza de un contrato *swap*, básico para deducir desde qué momento puede entenderse comprendido por el suscriptor o consumidor. Quien lo suscribe debe conocer perfectamente las características del contrato, para así poder alegar luego la

nulidad y, en su consecuencia, poder determinarse el plazo de caducidad –que trataremos al dar respuesta a las dos cuestiones siguientes–.

Hemos dicho en la narración de los hechos que la cuestión alegada por la entidad es nueva, no planteada en la apelación. En la apelación no se solicitó desde cuándo se computa el plazo. No se pidió nada sobre la nulidad por esta vía. La casación debe revisar la infracción de ley, por supuesto, pero ¿qué sucederá con esta cuestión nueva? Es constante la jurisprudencia que lo impide. Las cuestiones que pudiendo plantearse no lo fueron en la primera instancia, no tienen cabida en la casación (SSTS 614/2011, de 17 noviembre; 632/2012, de 29 octubre; 32/2013, de 6 de febrero, y 268/2013, de 22 de abril).

Pues el recurso de casación permite denunciar las infracciones legales en que el tribunal de apelación haya podido incurrir al resolver las cuestiones planteadas en el recurso de apelación, pero no permite hacer un nuevo planteamiento de la cuestión litigiosa, distinta a la que se sometió a la consideración del tribunal de apelación (STS, Pleno, 772/2014, de 12 de enero de 2015).

2. ¿Desde cuándo se computa el plazo de caducidad por posible nulidad contractual del artículo 1.301 del CC? ¿Tiene razón la entidad bancaria?

Según el banco, el contratante tiene –o cree tener– conocimiento del abuso contractual de la cláusula de intereses desde la primera liquidación. A los efectos del artículo 1.301 del CC, el plazo de cuatro años se computa, en los casos de error, desde «la consumación del contrato». En el supuesto fáctico se menciona el plazo desde que se produce la primera liquidación de intereses (o primeras); por consiguiente, el consumidor debe contar el plazo de nulidad para ejercitar la acción a partir de entonces. Si esto es así, el contratante particular ve cómo se retrotrae el plazo a la primera liquidación (el 21 de noviembre de 2011) y posiblemente su acción estaría caducada, porque la demanda se interpuso el 25 de julio de 2016 y el contrato se puede entender consumado en esa fecha de liquidación. La sentencia del Pleno núm. 769/2014, de 12 de enero de 2015, «negó que la consumación del contrato hubiera tenido lugar con su perfección». En este tipo de contratos de tipo sucesivo, que se desarrollan a lo largo del tiempo, con liquidaciones periódicas y que suponen una relación contractual compleja, al ser contratos bancarios 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.

¿Y cuándo, entonces se debe entender que el cliente-contratante ha tenido conocimiento del error cometido? La primera liquidación, o las sucesivas, no suponen consumación del contrato. A estos efectos, en los contratos de esta naturaleza (*swap*), es el agotamiento lo que determina su extinción y, por tanto, la consumación. Nos dice la jurisprudencia 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 (respecto del cual, como sentó la sentencia 339/2016, de 24 de mayo, ese momento tiene lugar cuando 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).

Cuando se agota tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones de las partes; durante su vigencia hay varias liquidaciones y varios periodos de liquidación, con variación de intereses, por eso no hay extinción ni consumación sino hasta el final de la relación contractual, momento, como queda dicho, en el cual se tiene perfecto conocimiento de las consecuencias económicas.

En definitiva, el plazo no es computable desde la primera liquidación. Los cuatro años pueden no haber vencido si el contrato se extingue más allá del 25 de julio de 2012.

3. ¿La falta de información en los términos indicados en el caso por falta de transposición de la normativa MiFID permite prosperar la acción de nulidad del contrato swap invocada por la entidad bancaria?

Con esta pregunta se pretende saber si la falta de información del producto contratado es causa de nulidad del contrato por falta de transposición de la directiva MiFID. Desestimada la pretensión de caducidad, el banco recurre a este argumento.

Para responderla, seguimos aquí, por su relevancia, la Sentencia del Tribunal Supremo (Civil), Sec. 1.ª, de 15 de diciembre de 2014, núm. 716/2014, rec. núm. 48/2013. El acrónimo MiFID se refiere a «las normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes» del artículo 19 de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros (*Markets in Financial Instruments Directive*).

Traspuestas a nuestro ordenamiento por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales arts. 78 y ss. de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. En vigor se halla el RD 217/2008, de 15 de febrero (EDL 2008/4324), sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación.

La disposición transitoria primera de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre prevé que

las entidades que presten servicios de inversión deberán adaptar sus estatutos, programas de actividades y reglamentos internos de conducta a lo dispuesto en esta Ley y en su normativa de desarrollo en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley.

La disposición adicional cuarta del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, relativa a su entrada en vigor, dispone:

El presente real decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición transitoria primera de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

En conclusión, a la fecha de la firma del contrato (el 21 de octubre de 2011) todas las normas estaban en vigor. La normativa MiFID había sido traspuesta al ordenamiento interno.

La Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, nos recuerda los deberes de información de las entidades financieras cuando contratan con los clientes (normativa MiFID):

responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (The Principles of European Contract Law –PECL– cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica «Good faith and Fair dealing» («Buena fe contractual»), dispone como deber general: «Each party must act in accordance with good faith and fair dealing» («Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe»). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran en este caso los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar.

Por tanto, parece claro que existe un deber de información exhaustivo del producto bancario complejo que se contrata. Así lo prevé expresamente el artículo 79 bis de la LMV («riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias», «adecuada información a sus clientes, en todo momento», información «clara y no engañosa», etc).

La clave está en dos elementos: a) la nulidad contractual basada en el error producido en el cliente por vicios en el consentimiento y la entrada en vigor de la normativa MiFID. No es tanto la falta de información lo que hace nulo el contrato, sino el vicio que se genera al no poder conocer la naturaleza compleja y las consecuencias económicas de lo pactado. En cuanto a la segunda, es claro que la normativa MiFID ha entrado en vigor, y, por consiguiente, no hay debate en este aspecto.

Sin embargo, hagamos la ficción de que la normativa no ha entrado en vigor: En este supuesto, es cierto que en las relaciones entre particulares y la entidad bancaria no se exige la aplicación de una normativa comunitaria no traspuesta al ordenamiento interno: la Di-

rectiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros. Pero como dice la sentencia que seguimos como guía en este caso:

Las directivas de la Unión Europea, no traspuestas a los ordenamientos jurídicos internos, no son directamente exigibles en el plano meramente horizontal de las relaciones entre particulares, ya se trate personas físicas y jurídicas privadas, o entre una autoridad pública frente a una persona jurídica de Derecho privado («efecto directo vertical descendente»), aunque sí en el plano vertical ascendente de las relaciones entre Estados miembros y sus ciudadanos.

Sin embargo, como se aclara más adelante, los justiciables pueden ampararse en ellas frente al Estado. Sucede, entonces, que, como indica también la STS 32/2016, de 4 de febrero:

Tanto antes como después de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, la legislación recogía la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, puesto que siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía.

Parece evidente que la entidad bancaria pierde en lo de la caducidad y pierde en lo de la información por falta de trasposición de la normativa europea al ordenamiento interno español. Porque, en realidad, no es tanto la falta de información como el error alegado por el contratante y el desconocimiento del riesgo que asumía por la complejidad del producto financiero. Aunque lo cierto es que la falta de información lógicamente nos lleva al desconocimiento del riesgo y la idea que se trasmite es el vicio en el consentimiento, sea por la causa que sea, tenga su origen en la falta de información o de transparencia, o por cualquier otro motivo.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 7 y 1.301.
- Ley 24/1988 (mercado de valores), arts. 78, 79 bis y ss.
- Real Decreto 217/2008 (régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión), disp. adic. 4.<sup>a</sup>
- SSTS 614/2011, de 17 noviembre (rec. núm. 1155/2008); 632/2012, de 29 octubre (rec. núm. 531/2010); 32/2013, de 6 de febrero (rec. núm. 1127/2010); 268/2013, de 22 de abril (rec. núm. 1946/2010); 769/2014, de 12 de enero de 2015 (NCJ059370); 772/2014, Pleno, de 12 de enero (NCJ059415); 769/2014, de 12 de enero de 2015 (NCJ059370); 376/2015, de 7 de julio (NCJ060293); 32/2016, de 4 de febrero (rec. núm. 3134/2012), y 562/2016, de 23 de septiembre (rec. núm. 1166/2013).