

Los efectos del tiempo en la acción de nulidad dirigida frente a contratos bancarios

Mateo JUAN GÓMEZ

Abogado. Bufete Buades

Diario La Ley, Nº 8255, Sección Doctrina, 20 Feb. 2014, Año XXXV, Editorial LA LEY

LA LEY 834/2014

I. INTRODUCCIÓN

De un tiempo a esta parte los avatares jurisprudenciales y legislativos en materia de consumidores y usuarios, impulsados en parte por cuestiones tales como la crisis económica, el halo de desconfianza que envuelve a las entidades financieras, así como la drástica caída de los tipos de interés; han derivado en una verdadera avalancha de demandas de nulidad por vicios del consentimiento en la contratación de productos financieros. Productos como permutas financieras de tipos de interés (*swaps*), participaciones preferentes o deuda subordinada se han asentado en el lenguaje popular como consecuencia de su carácter mediático (1) , adquiriendo una dimensión sociológica innegable, hasta el punto de constituir un tema recurrente en cualquier tertulia de bar.

Sin embargo, en el presente artículo pretendemos huir del debate abstracto sobre dichos productos financieros para centrar nuestra atención en una cuestión muy puntual pero a la vez habitual en este tipo de reclamaciones. A saber, los efectos que puede tener el paso del tiempo en el ejercicio de la acción de nulidad.

En concreto intentamos poner en relación esta acción civil con cuatro institutos jurídicos: i) la prescripción extintiva; ii) la caducidad; iii) la doctrina de la confirmación de los actos viciados, y iv) la doctrina del retraso desleal en el ejercicio de la acción.

Con lo que se expondrá pretendemos evidenciar que, en contra de lo que mantenía Shakespeare (2) , el silencio en ocasiones puede ser tanto o más perjudicial que las palabras.

II. LA PRESCRIPCIÓN (3) DE LA ACCIÓN

El CC dedica el título XVIII de su libro cuarto al fenómeno prescriptivo, bajo la rúbrica «De la prescripción». Destaca el art. 1930 CC, que recoge con carácter general la naturaleza finita de las acciones judiciales al indicar que «se extinguen del propio modo por la prescripción los derechos y las acciones, de cualquier clase que sean».

Por su parte, el art. 1961 del mismo cuerpo legal desarrolla la idea anterior al establecer que «las acciones prescriben por el mero lapso de tiempo fijado por la ley».

La prescripción, como bien establece Concha RODRÍGUEZ (4) al hacerse eco de las corrientes objetivas que estudian dicha institución, trata de salvaguardar el principio de seguridad jurídica:

«De lo que se trata con esta institución es evitar la existencia de una eterna espada de Damocles pendiente sobre las relaciones jurídicas, de salvar la incertidumbre, de tal modo que cuando permanezcan en silencio durante el tiempo fijado por la ley, sin ser impugnadas, adquirirán firmeza las situaciones de hecho que, aun injustas, devendrán inatacables —salvo si el beneficiado renuncia a la prescripción— convirtiéndose en situaciones de Derecho. En definitiva, la seguridad jurídica exige que las acciones prescriban por su no ejercicio porque tampoco es justo que las relaciones jurídicas estén perennemente amenazadas.»

El principio de seguridad jurídica se constituye, por tanto, en el pilar central del instituto jurídico de la prescripción (5) . En consecuencia, la prescripción no responde a criterios de justicia material ni es una particularidad o rasgo característico intrínseco de la acción o derecho que se pretende ejercitar. Más bien puede decirse que la prescripción es una medida configurada por el legislador con el objeto de disminuir la incertidumbre jurídica y favorecer la confianza en el tráfico jurídico-civil, así como el ejercicio de los derechos conforme a los postulados de la buena fe.

Precisamente por lo anterior, por su carácter externo a la acción o derecho, la prescripción debe ser aplicada restrictivamente (6) , no puede ser apreciada de oficio por los tribunales (7) y es un derecho renunciable por aquél que lo ostenta (8) . En sede procesal podemos clasificar la prescripción en la categoría de «hechos excluyentes», debiendo ser invocada por el demandado en la contestación a la demanda —cabe pues introducirla en el proceso por la vía de la excepción—. La naturaleza procesal de la prescripción trae aparejada dos consecuencias que conviene apuntar. Téngase presente que al incluirse la prescripción dentro de la categoría de los «hechos», debe invocarse en el momento procesal oportuno, pudiéndose ver afectada en caso contrario por la preclusión procesal del art. 400 de la Ley rituaría. Por otro lado, al tratarse de un «hecho excluyente», recaerá sobre el demandado la carga de acreditar su existencia (art. 217 LEC).

Poniendo en relación lo anterior con la polémica de la contratación bancaria, cabe cuestionarnos si la prescripción opera respecto de las acciones de nulidad y qué concreto lapso de tiempo es el que debe transcurrir para que se extinga la acción.

Para obtener respuesta deberemos acudir a las normas que regulan este tipo de *actione civilis*. Observemos pues el art. 1300 CC que dispone:

«Los contratos en que concurran los requisitos que expresa el art. 1.261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley.»

... y su correlativo resulta tajante al proclamar que «la acción de nulidad sólo durará cuatro años.»

Este artículo, como ha venido destacando la doctrina debe ser interpretado en términos de anulabilidad y no de nulidad radical, por cuanto esta última no está sometida a plazos (9) . Se aprecia claramente la estrecha relación que guarda esta norma con el artículo que le precede, en el que se declara el carácter anulable (que no nulo de pleno derecho) de los contratos que adolezcan de vicios invalidantes del consentimiento.

Comprobado que la prescripción es predicable de las acciones de nulidad y que el plazo que la ley reserva para el ejercicio de la acción es de cuatro años, cumple acotar el *dies a quo*, esto es, determinar el momento en el que se inicia el cómputo del plazo.

En este punto la acción de nulidad (anulabilidad) presenta peculiaridades frente al resto de acciones civiles. Así, mientras el art. 1969 CC predica con carácter general la teoría de la *actio nata* o posibilidad abstracta de ejercicio del derecho —lo que exige, entre otras cosas, que se conozca cumplidamente la existencia, contenido, alcance y efectos del derecho—; el art. 1301 distingue diferentes puntos de partida para la acción de nulidad, atendiendo a los fundamentos de la misma:

- * *En caso de violencia o intimidación*: desde que éstas hubieren cesado.
- * *En caso de error —el caso más frecuente—, dolo o falsedad de la causa*: desde la consumación del contrato.
- * *Contratos celebrados por menores o incapaces*: desde que salen de la tutela.
- * *Actos celebrados por un cónyuge sin consentimiento del otro*: desde la disolución de la sociedad conyugal o el matrimonio, salvo previo conocimiento suficiente.

Como ya se ha apuntado al inicio del presente trabajo, el fundamento más habitual de las acciones de nulidad dirigidas frente a la contratación de productos bancarios es el de la concurrencia de un error en el consentimiento, por lo que adquiere indudable protagonismo el concepto de «consumación».

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, por consumación debemos entender: «extinción, acabamiento total» .

Por su parte el magistrado del TS y catedrático de Derecho civil Xavier O´CALLAGHAN (10) , sostiene:

«Se ha hecho referencia anteriormente a la consumación del contrato y se ha dicho que se refiere al cumplimiento de las obligaciones nacidas de aquél; es el desarrollo del contrato que se perfeccionó en su día. También se ha dicho que es el momento final del contrato si es de trato único o el comienzo del final, si es de trato sucesivo; es decir, con la consumación se cierra el ciclo comercial y surge la nueva situación jurídica creada por el contrato.»

Con la consumación se produce el cumplimiento de las obligaciones contractuales, lo cual se pone en relación con la eficacia del mismo, aunque no coincide el concepto de eficacia (nacimiento de obligaciones) con el de consumación (cumplimiento de las mismas).»

A priori parece sencillo. El cómputo de la prescripción se iniciará tras el cumplimiento de las obligaciones asumidas por cada uno de los contratantes. De esta forma, por ejemplo en el caso de las permutas financieras, en tanto que contratos de *tracto sucesivo* deberemos estar al vencimiento de la operación. El problema surge con otro tipo de contratos como pudiera ser la suscripción de participaciones preferentes.

Pueden apreciarse dos posicionamientos jurisprudenciales distintos que discrepan acerca del momento en el que ha de fijarse la consumación del contrato de suscripción de participaciones preferentes. Una postura atiende a la naturaleza del negocio jurídico que subyace a la adquisición de participaciones preferentes —que no es otra que la compraventa—, para afirmar que la consumación del contrato se produce en el momento mismo de la suscripción, con el pago del precio y la entrega de la cosa. La otra postura desplaza la consumación del contrato a un momento posterior, afirmando que al tiempo de la suscripción de los títulos se produce únicamente la perfección del contrato, sin que pueda tenerse por consumado hasta un momento más avanzado, que generalmente anudan a la facultad unilateral del emisor de amortizar las participaciones.

Ambas posturas se construyen sobre argumentos desarrollados y defendibles. No obstante no podemos dejar de llamar la atención sobre la paradoja que supone que un instituto jurídico como la prescripción, creado para favorecer la seguridad jurídica, sea impulsor precisamente de la *inseguridad* jurídica. Tanto es así que, por desgracia, la interposición de dos acciones de nulidad idénticas, con el mismo supuesto de hecho, podrá dar lugar a distintas resoluciones judiciales, dependiendo única y exclusivamente de la plaza en la que se ejerciten.

Esta es una cuestión en la que se hace preciso que el TS se decante con rotundidad por una u otra postura, a fin de que los operadores jurídicos sepan a qué atenerse.

1. La consumación del contrato al tiempo de formalizarse la compra

La aplicación más rigurosa y menos emocional de las reglas de la prescripción conlleva unir la consumación del contrato al momento en el que se produce la transmisión de la cosa y el pago del precio.

Encontramos muchos ejemplos en la jurisprudencia, pudiendo destacar la [SAP Zaragoza, Secc. 4.ª, de 31 de enero de 2013](#), que brevemente y de modo directo afirma que «el plazo ha de computarse desde que se ejecutaron las órdenes de compra y venta objeto de la demanda pues en ese momento se consumó el encargo, por lo que la acción había caducado a la fecha de interposición de la demanda».

En la misma línea, la SAP Badajoz, de 26 de julio de 2011, predica que «la consumación del contrato coincide plenamente con la fecha de suscripción. No puede ser de otra manera, pues en otro casos nunca podría caducar la acción de nulidad de los mismos».

Puede traerse a colación también la SAP Asturias, Secc. 7.ª, de 29 de julio de 2013, que defiende la naturaleza de contrato de «tracto único» de este tipo de negocios jurídicos:

«En el supuesto que nos ocupa, no podemos hablar de un contrato de tracto sucesivo, sino de un contrato de tracto único, en el que el Banco recibe la orden de compra del cliente, y se limita a adquirir para el cliente las participaciones que emite un tercero (en éste caso, el Banco islandés «Landsbanki»), contrato que, como muy bien se expresa en la Sentencia apelada, se consuma en el mismo momento en que el cliente entrega el dinero al comisionista para la compra de las acciones y le paga la comisión pactada, y éste adquiere las participaciones, pues no puede considerarse que el depósito (meramente contable) de las participaciones y la apertura o conservación de la cuenta en que se ingresaban las liquidaciones periódicas que realizaba el banco emisor (no Bankinter), constituyesen prestaciones derivadas del contrato de comisión, sino que se trataba de prestaciones derivadas de los servicios bancarios que prestaba la entidad al cliente para la administración de sus activos.»

Ciertamente esta postura es susceptible de generar cierta sensación de injusticia entre los adquirentes de este tipo de productos bancarios en tanto que, en ocasiones, se percatan de la naturaleza jurídica de lo adquirido con posterioridad al vencimiento del plazo de prescripción.

Acogiéndonos a esta tesis, quedará cerrada la vía de la acción de nulidad, debiendo optar el consumidor por otras vías alternativas como la reclamación de responsabilidad contractual.

2. La consumación desplazada a un momento posterior de la relación jurídica

Un sector doctrinal se ha decantado por separar la consumación del contrato del momento en el que se produce el cambio de titularidad de las acciones. Algunas sentencias sostienen que no se producirá el cumplimiento de todas las obligaciones hasta el momento en que se exceda el plazo de amortización facultativa por parte del emisor de las participaciones. Otras sostienen que el contrato es de *tracto sucesivo* en tanto que se generan derechos económicos en beneficio del titular de las participaciones. Otras defienden que el plazo debe empezar a correr cuando el adquirente tome conciencia de lo adquirido y el perjuicio que le ocasiona.

Clara muestra de los primeros es la SAP las Islas Baleares, Secc. 5.ª, de 21 de marzo de 2011. En ella se afirma:

«Conforme a dicha doctrina, debe considerar que si la consumación de los contratos sinalagmáticos no se ha de entender producida sino desde el momento en que cada una de las partes ha cumplido la totalidad de las obligaciones derivadas del mismo, debiéndose por tanto distinguir entre

perfección y consumación del contrato, incluso aún alcanzar una tercera fase, denominada doctrinalmente como de agotamiento, cuando el contrato deja ya de producir todos los efectos que le son propios, es evidente, que en el caso, la consumación no se produce hasta el cumplimiento recíproco de la totalidad de las prestaciones pactada y, aun cuando dicho momento no puede hacerse coincidir con el abono de las remuneraciones, pues sería tanto como decir que el contrato es de carácter perpetuo, sí que os obliga a considerar que tal consumación no se produce hasta el vencimiento del ejercicio del derecho de amortización de la inversión que se reservaba a su favor la entidad emisora, esto es, a partir del 30 de septiembre de 2009.»

Desde un punto de vista estrictamente formal este posicionamiento genera algunas dudas. Si el contrato no se consuma hasta que se extingue el derecho —que no obligación pendiente de cumplimiento— del emisor de las participaciones para amortizar las mismas ¿Qué sucedería si se reservase esa facultad *ad infinitum* (11) , o a un plazo de duración de 50 años? ¿Nunca prescribirá la acción de nulidad?

Ítem más, téngase presente que el derecho de amortización de las participaciones preferentes no se configura al tiempo de celebrarse el negocio jurídico de compraventa, no forma parte del mismo, sino que debemos situarlo en un momento anterior. Al tiempo de emitirse las participaciones el emisor configura las características de dichos títulos, reservándose tal facultad. Pensemos en la siguiente cadena: i) la entidad emisora coloca estas participaciones en el mercado; ii) el adquirente de las mismas —digamos un particular que los obtiene a través de una entidad financiera—, pasado un tiempo, iii) los pone a la venta —de nuevo con intermediación de una entidad financiera— y los compra a su vez un nuevo particular... Parece claro que en caso de que se interpusiera acción de nulidad por el último adquirente, éste impugnará el último negocio transmisivo; siendo ajeno al mismo la instauración del plazo de amortización voluntaria en beneficio del emisor.

Pese a la crítica, debe reconocerse que la citada sentencia suaviza notablemente la postura que adoptó el Juzgado *a quo* (12) , para el cual «la compra de estas participaciones perfecciona el contrato pero no lo consuma porque genera en el banco emisor la obligación de repartir periódicamente los dividendos que correspondan hasta que el inversor quiera instar la venta o amortización de los títulos y reembolsarse con el producto finalmente obtenido quedando consumado en este instante».

Similar a esta última encontramos la SAP Salamanca, de 19 de junio de 2013. En ella, el tribunal defiende:

«Partiendo de ello, por el demandante Sr. Juan se ha solicitado en la demanda, en el año 2012, la declaración de nulidad de los contratos de adquisición de participaciones preferentes que suscribió en los meses de julio y agosto de 2004, de Bankinter, S. A., y ya debemos anticipar y concluir que, conforme a tal doctrina jurisprudencial, a fecha de la interposición de dicha demanda no había prescrito la acción de nulidad ejercitada, o sea, el demandante no carecía de acción para solicitar la declaración de su nulidad, porque a dicha fecha de presentación de la demanda, en modo alguno cabe afirmar que se habían consumado y cumplido, en su integridad, los vínculos obligacionales generados entre las partes por mor o consecuencia de los susodichos contratos, y ello

independientemente de que se pueda entrar en el debate acerca del carácter o naturaleza de los mismos como de tracto único o como de tracto sucesivo; en cuyo último caso, la consumación no se produciría hasta la fecha de la última de las liquidaciones de intereses, o pago por cupones, o como quiera llamárselos...

(...)

No pueden aceptarse, ni compartirse, las tesis que en este punto sustenta el recurso que resolvemos, y de ahí que deba ser rechazado este motivo de impugnación, puesto que es irrefutable que en el día de la perfección de los contratos de adquisición de participaciones preferentes, éstos no quedaron consumados, por la elemental razón de que en dicho día o días de julio y agosto de 2004 ni por asomo podían haber quedado cumplidas completamente las prestaciones u obligaciones asumidas en los mismos, por ambas partes contratantes.

(...)

No es posible desconocer o ignorar que la relación contractual entre una y otra parte no quedó agotada, ni menos consumada, en sus efectos con la ejecución de éste, repetimos, mandato del cliente, pues no se trata de una vinculación aislada y esporádica para contratar con un tercero, sino que, como esas participaciones preferentes, esos valores objeto de compra, no lo eran de un tercero ajeno a esta relación, sino de Bankinter, S. A. (a través de la sociedad Bankinter Emisiones, S. A.) aun siguiendo la línea discursiva del recurso, tras la ejecución del mandato de compra de tales valores por el Banco, este, de modo simultáneo e inescindible, asumió frente a la contraparte una serie de prestaciones y obligaciones, a cumplir en el tiempo (en mucho tiempo, a priori, pues se destaca su carácter de valores perpetuos), con carácter indefinido, algunas de las cuales lo eran las de la remuneración por la tenencia de este producto financiero y las de su devolución pasados todos los años que uno quiera imaginarse en este momento...»

A nuestro entender, es un error confundir las obligaciones asumidas con la celebración del contrato de compraventa, con aquellas particularidades derivadas de la nueva situación jurídica que se crea. O lo que es lo mismo, es preciso separar las obligaciones asumidas por comprador y vendedor, de aquellos derechos y obligaciones que puedan ser asociados a la cosa adquirida.

A modo de ejemplo, imaginemos que un particular acude a un quiosco y compra un bono bus. Este título valor le confiere el derecho a disfrutar de diez viajes en la línea urbana de autobuses. Pues bien, no parecería lógico pensar que la compra celebrada entre el comerciante y el consumidor no se consumase hasta que éste último hubiera realizado todos los desplazamientos, con independencia del tiempo que transcurriese.

Otro ejemplo pudiera ser la transmisión de un inmueble que cuenta con un arrendatario. El nuevo titular del inmueble tendrá derecho a percibir del arrendatario las rentas pactadas con el anterior titular, pero ello no es un elemento propio del negocio de compraventa sino, más bien, un derecho

inherente a su título de dominio.

Del mismo modo cabe pensar en dos particulares que acuerdan la transmisión de acciones de una determinada sociedad anónima. Es claro que el nuevo adquirente asume una serie de derechos económicos y políticos frente a la sociedad de capital, pero ello no es óbice para que se tenga por consumado el contrato de compraventa. Nótese que ello es independiente de que los derechos predicables de la cosa, lo sean o no frente al vendedor de la misma. Así, por ejemplo, si las acciones transmitidas lo fueran en autocartera, el nuevo socio adquiriría de la sociedad la titularidad de las mismas ¿acaso ello conllevaría que la compraventa no se consumase hasta que el titular dejara de ser socio de la sociedad, esto es, dejara de ostentar derechos económicos y políticos frente a la misma? Parece claro que no es así.

Por último, para acabar con este apartado de nuestro trabajo, citaremos la [SAP Santa Cruz de Tenerife, Secc. 3.ª, de 24 de enero de 2013](#). En esta resolución el tribunal defiende que el *dies a quo* debe fijarse en cualquier caso al tiempo en que la acción pudo ser ejercitada por el perjudicado. Sostiene lo que sigue:

«Este Tribunal considera que dicha caducidad no puede ser apreciada por los mismos motivos argumentados por la juzgadora a quo en la sentencia recurrida, que entendiendo ejercitada la acciones de anulabilidad, el dies a quo para comenzar a contar el plazo de caducidad de dichas acciones (al tratarse las mismas de acciones que amparan al que ha sido víctima de un error que se ha generado como consecuencia de una actuación por parte del otro contratante y siendo el mismo de tal entidad que llega a invalidar el consentimiento prestado), no es otro que el momento en el que la parte detecta efectivamente el error sufrido. Esta argumentación es extrapolable a todos los productos contratados por la actora. No se trata, como entiende la recurrente en su recurso, que la sentencia sostiene que «ninguna de las acciones han caducado puesto que los contratos no se han consumado», puesto que la sentencia apelada no mantiene esa afirmación en esos términos, sino que argumenta la no caducidad de las acciones ejercitadas partiendo de que el cómputo del plazo comienza a contarse en el momento en el que se detecta el error, aún entendiendo que se produjo con anterioridad la consumación del contrato.»

Apuesta la Sala por una palmaria disociación entre el inicio del cómputo de prescripción y la consumación del contrato. Difícil acomodo tiene esta tesis en el art. 1301 CC, en tanto que rechaza las reglas especiales de la acción de nulidad, para asumir la regla general del art. 1969 (*actio nata*) en lo que a nuestro parecer supone claramente una interpretación *contra legem*.

En todo caso, con independencia de la tesis acogida, deberemos tener presente que los plazos de la prescripción son civiles, no procesales, por lo que les resultará de aplicación el art. 5 CC y no el art. 133 Ley rituaría civil.

III. LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

Pese a que nos hemos referido hasta el momento a la prescripción de la acción de anulabilidad, es

justo afirmar que parece más acertada la referencia a la caducidad que a la prescripción. Sin embargo, nos hemos servido de la anterior figura para destacar la existencia de cierta pugna doctrinal sobre la cuestión de si la acción de nulidad prescribe o, por el contrario caduca. El debate se sostiene sobre la interpretación que se realiza a partir de distintos pronunciamientos del TS (13) .

Es de ver que el problema básico que plantea la caducidad es el de determinar en qué casos estamos en presencia de ésta y en qué casos estamos en presencia de la prescripción, puesto que el Código Civil guarda silencio sobre esta institución. Sin embargo ya adelantamos que, con carácter general, la doctrina científica mayoritaria considera que los plazos del art. 1301 CC lo son de caducidad y no de prescripción.

En la jurisprudencia menor, el principal valedor de que la acción de nulidad se somete a caducidad y no a prescripción es posiblemente la [AP Madrid](#) —quién dicho sea de paso sitúa el inicio del cómputo en la contratación inicial—, siendo clara muestra la [sentencia de la Secc. 20.ª de 5 de noviembre de 2012](#), que se muestra muy rigurosa al proclamar lo que sigue:

«La más reciente doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo considera, de manera pacífica y reiterada, que la acción de nulidad por vicios del consentimiento del está sujeta a un plazo de ejercicio de caducidad y no de prescripción (STS de 3 de marzo de 2006, 23 de septiembre de 2010 y 18 de junio de 2012, entre otras muchas), por lo que, habiéndose consumado el contrato de adquisición de participaciones preferentes «Landsbanki Islands Hf 6.5%» con fecha 2 de marzo de 2006, al tiempo de presentarse la demanda, 7 de septiembre de 2010, la acción estaba ya definitivamente caducada, sin que en el presente caso pueda interpretarse, como pretende la parte recurrente, que el plazo es de prescripción y no de caducidad, en base a que la demandante es una consumidora.»

Otras resoluciones, como la ya citada [SAP Asturias](#), de 29 de julio de 2013, evitan decantarse por prescripción o caducidad:

«Procede, por tanto, concluir que, bien se trate de plazo de prescripción, bien de caducidad, ha transcurrido el plazo de cuatro años establecido en el referido precepto para su ejercicio, por lo que, sin necesidad de entrar en el análisis de otras cuestiones, procede desestimar el recurso interpuesto.»

Indecisión de la que se hace eco también la [SJPI núm. 8 de Bilbao](#), de 10 de enero de 2011, al reflexionar que «no existe unanimidad en la doctrina ni en la jurisprudencia acerca de si el plazo de cuatro años es de caducidad o de prescripción y tampoco acerca de cuándo debe considerarse que se ha consumado el contrato».

Por su parte, la ya citada [SAP Salamanca](#), de 19 de junio de 2013 no duda en afirmar que el plazo del art. 1301 CC lo es de prescripción y no de caducidad:

«En interpretación de este precepto legal ha señalado la doctrina jurisprudencial, en primer lugar, que el plazo de cuatro años fijado para el ejercicio de las acciones de nulidad relativa o anulabilidad no ha sido entendido en forma unánime como de caducidad, y así lo decidió la STS de 27 de febrero de 1997 (que cita las de 25 de abril de 1960, de 28 de marzo de 1965, de 18 de octubre de 1974, de 27 de marzo de 1987 y de 27 de marzo de 1989) al declarar que el plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción de nulidad es un plazo de prescripción y no de caducidad (en el mismo sentido, la STS de 1 de febrero de 2002).»

También podemos encontrar numerosas sentencias que abordan la cuestión desde la perspectiva de la prescripción, pero sin realizar un previo ejercicio de descarte del instituto de la caducidad y sin que ésta se invocase por ninguna de las partes (14).

Esta distinción, lejos de ser baladí, tendrá importantes consecuencias en la resolución de la cuestión litigiosa. Baste con observar las diferencias existentes entre la prescripción y la caducidad, que comienzan ya en su propia epistemología, puesto que «son términos distintos (...) la caducidad es un término donde fenece por el transcurso del tiempo señalado para ejercitar una acción... en cambio, la prescripción es la creadora de adquisición y extinción de derechos» (STS de 10 de julio de 1999).

Más romántica resulta la distinción realizada por ZAMARRA ÁLVAREZ (15) al subrayar que en la prescripción el derecho nace libre, surgiendo los límites a su ejercicio de circunstancias posteriores que permiten presumir el abandono por parte de su titular; mientras que en la caducidad el derecho nace con un plazo de vida, nace ya limitado, extinguiéndose automáticamente a su vencimiento.

En cualquier caso, la doctrina mayoritaria ha venido advirtiendo que la caducidad se encuentra estrechamente ligada a los denominados derechos potestativos, o lo que es lo mismo, a los derechos cuya finalidad es la de provocar un cambio de situación jurídica, pudiendo causar incertidumbre a los potenciales afectados.

En esta línea DIEZ PICAZO y GULLÓN (16) señalan que «pendiente el ejercicio, la situación jurídica afectada se encuentra en una fase provisional o transitoria, que exige un rápido tránsito a la situación definitiva». Véase que en el caso de un contrato viciado por error en el consentimiento, se origina una situación jurídica claudicante, en tanto que el negocio produce efectos mientras no sea impugnado. Evidentemente al ordenamiento jurídico le interesa que cuanto antes se aclare la situación, para que devenguen firmes e inatacables las consecuencias jurídicas que despliega.

Las principales notas diferenciadoras entre los dos institutos jurídicos —prescripción y caducidad— son, sin lugar a dudas: 1) la posible apreciación de oficio de la caducidad, y 2) el régimen de suspensión de los plazos para el ejercicio del derecho.

1. La apreciación de oficio de la caducidad

La primera diferencia notable entre la aplicación del instituto de la prescripción o el de la caducidad reside en la automaticidad de esta última. Puede decirse que la caducidad genera decadencia del derecho de forma automática, por el simple transcurso del tipo legal o del previamente convenido, pues sólo atiende al hecho objetivo de la conducta inactiva del titular dentro del término que fija y controla su eficiencia.

Fruto precisamente de este distinto fundamento de una y otra figura, la caducidad es observable de oficio. Este matiz rescata la caducidad de las reglas de la preclusión procesal.

Ahora bien, como quiera que existen Juzgados reacios a aplicar la figura de la caducidad, estimando que el art. 1301 recoge un supuesto de prescripción, y atendiendo a que esta última no es apreciable de oficio; se torna aconsejable para el demandado no descansar únicamente sobre la figura de la caducidad e invocar el instituto de la prescripción, sea como excepción principal o subsidiaria. Después de todo, siendo la caducidad apreciable de oficio, en el supuesto de que el Juzgado considere que la acción está caduca no se verá vinculado por la petición de prescripción, pudiendo apreciar de oficio la caducidad sin riesgo de incurrir en incongruencia.

2. La suspensión del plazo

Como es bien sabido, la prescripción es susceptible de interrupción por cualquiera de las fórmulas recogidas en el art. 1973 CC (por su ejercicio ante los tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de deuda por el deudor).

Tal faceta no es predicable de la caducidad.

Como ya afirmara CASTÁN (17) «en la decadencia no tienen influencia, por lo general, estas causas, porque el efecto extintivo es radical y automático».

Es de ver los radicales efectos que tendría frente a este tipo de demandas de nulidad de participaciones preferentes aceptar la existencia de un plazo de caducidad de cuatro años a contar desde la suscripción de las participaciones preferentes, máxime si tenemos en cuenta que el mayor índice de ventas de este tipo de productos se realizó entre los años 2008 y 2009.

Nótese que a diferencia de la caducidad, en el supuesto de la prescripción cualquier intimación extrajudicial realizada mediante burofax resulta suficiente para interrumpir el plazo prescriptivo —por lo que volverá a correr desde cero—.

Tan estrictos resultan los efectos de la caducidad que en SJPI núm. 7 de Zaragoza, de 26 de marzo de 2013 se declaró caducada la acción de anulabilidad dirigida frente a una conocida entidad financiera, pese a que se hubieran realizado diversas reclamaciones extrajudiciales e incluso se hubiera interpuesto reclamación ante la CNMV.

Igual de dura resulta la conclusión alcanzada por la AP Madrid, Secc. 21.ª, en sentencia de 15 de abril de 2013, de que «la existencia de un requerimiento notarial dirigida al demandado... no interrumpen, ni suspenden el plazo de caducidad del ejercicio de la acción de nulidad».

Por el contrario sí suspenden el plazo de caducidad la iniciación de un juicio criminal por los mismos hechos (art. 114 LECrim.) (18) o el comienzo de la mediación (art. 4 Ley 5/2012 de mediación) (19) . Apréciase el matiz de que nos referimos a la «suspensión» del plazo, que no a la «interrupción» del mismo, por lo que finalizada la contingencia el plazo de caducidad se reactivará en el punto en que se hubiera detenido, sin iniciarse nuevamente.

En conclusión, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria sitúan el art. 1301 CC en la esfera propia de la caducidad, lo que trasladado al campo del presente estudio tiene efectos inclementes frente a aquellos consumidores que se consideren perjudicados por la adquisición de productos financieros complejos y que no hubieran tomado conciencia de su error hasta transcurrido un largo período de tiempo desde su suscripción. Sucede en ocasiones que es precisamente el transcurso de este lapso temporal lo que hace sospechar al consumidor la naturaleza de lo adquirido y su error al celebrar el contrato.

Entendemos que esta rigurosidad de la caducidad y el principio de no interrupción, es lo que ha motivado que distintos órganos judiciales hayan apostado por interpretaciones singulares del precepto legal, tales como interpretar que nos encontramos ante un supuesto de prescripción, que la suscripción de participaciones es en realidad un contrato de *tracto sucesivo* o que la consumación del contrato no se produce hasta que finaliza cualquier facultad del emisor de amortizar las participaciones.

IV. LA DOCTRINA DE LA CONFIRMACIÓN DE LOS ACTOS VICIADOS

Hasta este momento hemos analizado los efectos que tiene el mero paso del tiempo sobre la acción de nulidad. En los próximos apartados nos cuestionaremos qué otros institutos jurídicos contempla la jurisprudencia cuando el paso del tiempo va acompañado de determinadas actuaciones realizadas por el legitimado para interponer la acción de nulidad, y que son susceptibles de interpretarse como contrarios a los postulados de la buena fe.

Con este ánimo traemos a colación en primer lugar la doctrina de la confirmación de los actos viciados. De estrecha vinculación con el principio *contra factum propium venire non valem*, esta doctrina tiene su plasmación positiva en el art. 1309 CC, que la contempla como mecanismo de extinción de la acción de nulidad:

«La acción de nulidad queda extinguida desde el momento en que el contrato haya sido confirmado válidamente.»

Esta confirmación puede ser expresa o tácita. Así lo reconoce el art. 1311 CC, detallando que se

entenderá por confirmación tácita del negocio aquellos actos realizados por el legitimado para invocar la nulidad —una vez que tuviera conocimiento de la causa de nulidad y ésta hubiera cesado—, de los que se desprenda necesariamente la voluntad de renunciarlo.

A nadie escapa que el precepto está cargado de un peligroso subjetivismo, inevitable por otra parte, que obliga a acudir a las circunstancias concretas de cada caso. No obstante, podemos identificar algunas situaciones que han generado —o mejor dicho generan— bastante debate en los tribunales.

1. Obtención de réditos y/o liquidaciones positivas

El primer escenario que requiere nuestra atención es el derivado del cobro de réditos o liquidaciones por parte del cliente con ocasión de la aplicación del producto financiero. Piénsese en las liquidaciones de una permuta financiera, ¿el cobro de las liquidaciones positivas supone una confirmación del negocio viciado?

En no pocas ocasiones las entidades financieras han utilizado este argumento, apuntando que las liquidaciones se iban abonando o cargando —según el caso— en la cuenta del cliente haciendo constar el concepto de las mismas.

La cuestión, a nuestro entender, no reside tanto en el hecho en sí de cobrar/pagar liquidaciones derivadas del producto bancario, como el hecho de si al momento de producirse las mismas era manifiesto que se hubiere desvanecido todo posible error en el consentimiento.

Examinando la jurisprudencia menor encontramos supuestos en los que tales liquidaciones han motivado que se desestimase la demanda de nulidad aplicando la doctrina de la confirmación de los actos viciados, si bien parece que la postura dominante es la contraria.

Como ejemplo de pronunciamiento a favor de las virtudes subsanatorias de las liquidaciones positivas de permutas financieras, podemos citar la [SAP Cádiz, Secc. Octava, de 3 de octubre de 2012](#) que afirma:

«No teniendo fundamento que pretenda la nulidad en el tercer período de pago que es precisamente el que le perjudica, pues ha de entenderse que ya sabía el verdadero funcionamiento del contrato concertado y sin embargo acepto plenamente las condiciones ya que en absoluto las denunció (...) ha de estimarse que procedió como señala la parte apelante la confirmación tácita del contrato y por tanto se subsana el defecto de consentimiento.»

En la misma línea se encuentran, entre otras, la [SJPI núm. 1 de Torreveja, de 7 de diciembre de 2011](#), o la [SJPI núm. 39 de Barcelona, de 12 de noviembre de 2010](#). Esta última cavila que «aunque hubiera transcurrido error invalidante, no podemos olvidar que tras el primer abono se tomó conocimiento de la operativa del *swap* y no se formuló queja».

Se postulan en contra de esta tesis resoluciones como la [SAP León, Secc. 1.ª, de 13 de junio de 2013](#), que contesta directamente a esta cuestión al afirmar que:

«El hecho de que se abonaran las liquidaciones negativas derivadas del contrato durante un importante período de tiempo no permite la aplicación de la doctrina de los actos propios ni en consecuencia comporta la convalidación o confirmación de un acto anulable» (20) .

Por su parte la [SAP Badajoz, Secc. 2.ª, de 24 de mayo de 2012](#), hace especial hincapié en el momento en que el afectado conozca indefectiblemente la causa de nulidad, de modo que, si no se conoce la causa de nulidad hasta que se produce una liquidación negativa y de cuantía elevada que evidencie un desequilibrio en las prestaciones de las partes, no es hasta ese momento que debe analizarse la conducta del afectado.

A la vista de lo expuesto nosotros no podemos sino insistir en que estamos ante una cuestión que deberá ser analizada caso por caso, después de todo, como apuntara Maclofin OLIVO BURGOS «cada persona tiene un mundo diferente a los otros, desde su punto de vista y su conocimiento».

2. Venta o cancelación anticipada del producto

Otro foro de debate lo constituye la cancelación anticipada y pactada del producto bancario. En este supuesto podemos subsumir tanto la venta de productos como participaciones, deuda subordinada, acciones, etc.; como la cancelación anticipada de un *swap*, un «collar»...

Como ya dijimos hace tiempo en otro lugar (21) y en referencia a las permutas financieras, un posible supuesto de confirmación del contrato anulable bien pudiera residir en la resolución del mismo por parte del posterior demandante, siempre que se realice con arreglo a las propias cláusulas del negocio jurídico.

No parece peregrino pensar que si quien toma conocimiento de la naturaleza de lo contratado (todas sus características y efectos), decide proceder a negociar su cancelación anticipada, de acuerdo al propio clausulado del contrato, bien puede estar realizando un acto del que se desprende su renuncia a reclamar la nulidad del negocio. Después de todo considerar la nulidad de un negocio implica considerar que el mismo nunca ha existido (22) , y si nunca ha existido no tiene sentido rescindirlo. A través de este silogismo puede alcanzarse la conclusión de que el acto de «rescindir» el contrato es contrario al ánimo de «anular» el contrato. Esta aplicación, en definitiva, sumisión consciente a un contrato viciado, puede suponer la enmienda del mismo.

Se adhiere a este planteamiento, por ejemplo, la [SAP Navarra, Secc. 1.ª, de 20 de febrero de 2013](#) que se plantea que si «seguía considerando que concurría un vicio por deficiente información, y no lo hizo y firmó la oportuna cancelación, ello revela que frente a la entidad demandada contratante, si no expresa, sí tácitamente, convalidó el contrato de haber concurrido un vicio, al dar lugar a la cancelación del mismo previamente informado».

Puede traerse a colación también, entre otras muchas, la SAP Castellón, Secc. 3.^a, de 22 de octubre de 2012:

«En el presente caso nos encontramos ante una forma tácita de confirmación del contrato, por cuanto la parte actora con conocimiento previo de la causa de nulidad, como era el supuesto error en el consentimiento, y habiendo ésta cesado, como lo demuestra el hecho de que estuviera asistido de su abogado, acordó resolver de mutuo acuerdo el contrato.»

Por último, en esta línea citaremos también la SAP Las Palmas, Secc. 4.^a, de 2 de octubre de 2009:

«Es más la recurrente confirmó por actos posteriores el contrato de 5 de abril de 1999 primero, mediante su novación modificativa y después, mediante la realización de actos de transmisión o disposición de su objeto. Actos posteriores a su celebración que habrían sanado retroactivamente los posibles vicios en origen del contrato litigioso.»

En el frente contrario podemos encontrar también numerosas resoluciones judiciales de las que destacaremos, por una parte la SAP Madrid, Secc. 10.^a, de 14 de noviembre de 2012, por su carácter directo, al sostener que «frente a lo alegado en el recurso, no puede apreciarse "confirmación" alguna del contrato a través de la resolución, pues se trata de actuaciones opuestas. No existe un acto de aceptación expresa que sane el vicio del consentimiento y ratifique el contrato a pesar del mismo sino todo lo contrario». Es de ver que la postura es radicalmente opuesta a las anteriormente citadas.

También citaremos la reciente SJPI núm. 1 de A Coruña, de 2 de septiembre de 2013, en la que se alcanza la conclusión de que el canje de participaciones preferentes por acciones no supone un acto del que se infiera «de manera *necesaria*» el ánimo de renunciar a la acción de nulidad. Reafirma el juzgado que debe ser objeto de examen «la existencia de un "enlace preciso y directo" entre la conducta seguida y la voluntad confirmatoria que se infiera del mismo» (23) .

3. Contratación de nuevos productos similares al anterior

Otra potencial manifestación tácita de la renuncia a reclamar la anulabilidad del negocio por vicios en el consentimiento, sería la contratación posterior de otro producto de similares características. Piénsese en un inversor que contrata, a través de un consentimiento viciado, una permuta financiera de tipos de interés desde una dimensión puramente especulativa. Si una vez que se ha disipado el error padecido y toma conciencia de la operativa real del negocio jurídico, decide libremente contratar otro *swap* idéntico o muy similar, atendiendo a las circunstancias del caso tal actuación pudiera interpretarse como una bendición *ex post* del negocio concertado.

4. Por el mero paso del tiempo

En principio el mero paso del tiempo no debería ser susceptible de acarrear la confirmación del negocio viciado, en tanto que lo determinante es la realización de un acto (u omisión) del que se infiera necesariamente la voluntad de renunciar. El silencio, por sí mismo, si no va unido a otros elementos no parece que *necesariamente* implique una renuncia.

Pese a ello, algún pronunciamiento judicial ha dotado de trazos esencialistas a esta inactividad para proclamar la confirmación del negocio viciado. Así lo ha hecho la [SAP Valencia, Secc. 9.ª](#), de 4 de junio de 2013, al argumentar lo que sigue:

«Los negocios jurídicos habrían sido confirmados válidamente por el transcurso del tiempo, por actos que reflejan la tácita como la expresa confirmación de los contratos objeto de litigio. Respecto de unos contratos, porque no medió reclamación alguno durante su vigencia, y respecto de los aquí concretamente valorados, porque prácticamente se apuró aquella para efectuar una reclamación que no consta viniera precedida de peticiones expresas de explicación sobre las distintas liquidaciones efectuadas.»

La particularidad de esta sentencia es que no hace descansar la confirmación en la existencia de liquidaciones positivas o negativas, ni en actos concretos del demandante, sino únicamente en el lapso temporal transcurrido.

Por nuestra parte opinamos que el paso del tiempo debe ser un elemento de ponderación, tanto a la hora de examinar si ha concurrido o no vicio del consentimiento (24) , como a la hora de analizar si ha existido un ánimo de subsanar lo inicialmente viciado; pero no es suficiente por sí mismo. Ello deberá ir unido a otras causas como el cobro de partidas, el trato mantenido con la entidad bancaria, las comunicaciones cruzadas con la misma, etc.

V. LA DOCTRINA DEL RETRASO DESLEAL EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN

Una figura bastante olvidada en la práctica ordinaria de los tribunales (salvo para temas puntuales de incremento desmesurado de intereses moratorios) es la doctrina del retraso malicioso o desleal.

En atención a esta inadvertencia generalizada del instituto jurídico referido, se impone una breve aproximación a esta doctrina de origen jurisprudencial, profundamente enraizada en el principio de buena fe y, más estrechamente en la proscripción del ejercicio abusivo de los derechos (art. 7 CC).

Se parte de la base de la existencia real de un derecho, pero el abuso mostrado en su ejercicio convierte en más digna de tutela la confianza en el tráfico o la expectativa de terceros, que el propio derecho titulado. De esta forma, se reputaría como un uso antisocial de un derecho su ejercicio tardío, siempre que genere en terceros la confianza de que el mismo no iba a acontecer.

1. Concepto

Tal doctrina tiene su reflejo en el Derecho alemán, donde surge la figura de la *Verwirkung* en cuya virtud resulta inadmisibile que el derecho se ejerza con un retraso objetivamente desleal.

También en la doctrina angloamericana del *estoppel by lache* que exige que el ejercicio del derecho se adecue a los valores éticos y sociales de honorabilidad y lealtad que constituyen el arquetipo o estándar de conducta en las relaciones humanas.

La SAP Zamora, de 7 de septiembre de 2010 se refiere a esta doctrina, centrando su atención en el espíritu de la misma:

«Reconocido por la jurisprudencia de esta Sala que —infringe el principio de buena fe el que ejercita su derecho tan tardíamente que la otra parte pudo efectivamente pensar que no iba a actuarlo —retraso desleal—, «(vulnerando, tanto la contradicción con los actos propios como el retraso desleal, las normas éticas que deben informar el ejercicio del derecho, las que lejos de carecer de transcendencia, determinan el que el ejercicio del derecho se torne inadmisibile, con la consiguiente posibilidad de impugnarlo por antijurídico (sentencias de 29 de enero de 1965, 21 de mayo de 1982, 6 de junio de 1992 y 2 de febrero de 1996).

(...)

Hay que tener en cuenta que no se protege la confianza del sujeto pasivo sin más, sino la confianza legítima, por la que, en atención a las circunstancias que rodean la inactividad del titular del derecho, el sujeto pasivo podía y debía confiar en que éste ya no se ejercitaría con posterioridad.»

Por su parte, la STSJ Navarra, de 6 de octubre de 2003, proclama:

*«Y tanto la doctrina científica como la jurisprudencia vienen reputando sin vacilación alguna desleal y por ende contrario a la buena fe el ejercicio de un derecho en contradicción con su anterior conducta —actuación contra los actos propios— o tan tardíamente que la otra parte pudo efectivamente pensar que no iba a actuarlo —retraso desleal—, sorprendiendo de esta forma la confianza que en ella despertó... La interdicción del «retraso desleal» (*Verwirkung*, en la doctrina germánica) significa que un derecho no puede ejercitarse cuando el titular no sólo no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlo valer, sino que incluso ha dado lugar con su actitud omisiva a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que el derecho ya no se ejercitará.»*

2. Requisitos

Para concretar los requisitos de esta doctrina, podemos servirnos de la STS de 12 de diciembre de 2011 que señala los siguientes:

- 1.º Que haya transcurrido un período de tiempo.

- 2.º Que durante el mismo se haya omitido el ejercicio del derecho.
- 3.º Que se haya creado una confianza legítima de que el derecho no se iba a ejercitar.
- 4.º Es indiferente que la conducta desleal sea o no realizada para buscar el daño del perjudicado, simplemente se requiere que se haya actuado en contra de las reglas objetivas de la buena fe, de acuerdo con las normas del tráfico y con lo que el perjudicado puede esperar de la propia conducta de quien ha producido la confianza.

3. Consecuencias de su observancia

No es sencillo delimitar las consecuencias de la aplicación de dicha doctrina, en tanto que difieren en las distintas resoluciones judiciales en las que se aplica.

Una primera tesis pudiera ser la radical antijuridicidad del ejercicio de la acción. En este punto resulta tajante la [SAP Toledo, de 30 de noviembre de 2007](#), para la cual la estimación de esta doctrina impide de un modo absoluto el ejercicio del derecho. En concreto, manifiesta dicha sentencia:

«Lo ha hecho porque entre las partes existían importantes relaciones comerciales en el marco de una situación de amistad, confianza y buena fe. Pues bien, para la Sala es precisamente la existencia de esas relaciones comerciales importantes, confianza y amistad, lo que indica que de uno u otro modo, o bien la deuda cuyo importe se reclama estaba saldada por el contrato de obra suscrito el 20 de junio de 1997, o bien no existía por la razón que fuera, intención alguna de reclamarla o al menos se hacía creer al contrario la inexistencia de tal intención, pues las ilícitas relaciones comerciales y personales que se describen, son por completo incompatibles con la pendencia de una deuda de veinticinco millones de pesetas.»

En el mismo sentido debe interpretarse la histórica [STS de 13 de julio de 1995](#), en la que se desestima íntegramente la acción ejercitada en base a la concurrencia de retraso malicioso.

Por el contrario, otras muchas resoluciones atenúan los efectos de la aplicación de esta doctrina, limitándolos a la pérdida del derecho al cobro de los intereses que hayan podido devengarse durante el transcurso del lapso temporal.

Ésta medida suele apreciarse en supuestos de procedimientos de ejecución, en los que se reclama un capital, en concepto de principal, más unos intereses que se han devengado con ocasión del tiempo de silencio que voluntariamente ha dejado transcurrir el propio acreedor ejecutante. De esta suerte se impide que la parte que ha actuado contra los postulados de la buena fe obtenga por ello un beneficio económico, negándole su derecho al cobro de los intereses devengados.

En el sentido expuesto de proscripción de los intereses en aplicación de la doctrina del retraso malicioso, pueden citarse, *ad exemplum*, las siguientes sentencias:

- SAP Madrid, de 22 de enero de 2008.
- SAP Murcia de 26 de enero de 2010.
- SAP Barcelona de 22 de mayo de 2008

4. Aplicación de la doctrina a supuestos de contratación de productos bancarios complejos

A pesar de que no es fácil encontrar ejemplos entre la jurisprudencia de la doctrina anterior dirigida a la anulabilidad de contratos bancarios, entendemos que la misma puede ser de aplicación siempre que se den los requisitos propios de la figura.

La SAP Salamanca, de 17 de enero de 2013, descarta esta doctrina en un supuesto de permuta financiera, pero la argumentación expuesta a, nuestro parecer, deja abierta la puerta a su observancia:

«La argumentación no es suficiente para permitir aceptar que por el hecho de interponer la demanda de impugnación seis años después de la suscripción del primer contrato, ésta deviene contraria a la teoría de los actos propios o incurre en retraso desleal, cuando en absoluto puede decirse que se sorprenda al banco recurrente con la reclamación, o que hubiera una confianza razonable en que no se cuestionaría la eficacia del contrato.»

Si realizamos la lectura a sensu contrario podemos concluir que se acepta la concurrencia de dos de los tres requisitos propios del retraso desleal (lapso temporal considerable y omisión del ejercicio del derecho), no observándose el tercero consistente en la generación de una confianza razonable de que tal demanda no iba a interponerse.

De esta suerte, debemos preguntarnos si es posible el supuesto de que se formase en el acreedor financiero la confianza razonable de que no se cuestionaría la eficacia del contrato celebrado.

Esta cuestión entraña gran dificultad si nos referimos a un particular, aunque también pudiera suscitarse, pero puede resultar menos inusual en el caso de empresas o grupos de empresas.

Imaginemos el caso de una sociedad mercantil que tenga contratada una permuta financiera de tipos de interés y esté negociando con la entidad bancaria la obtención de nueva financiación para su empresa. Pudiera darse el supuesto de que, pese a haber transcurrido un plazo considerable de tiempo desde la contratación del *IRS*, la empresa no hubiera exteriorizado ninguna queja frente a la contraparte, y estuviera haciendo frente a las liquidaciones negativas derivadas del mismo, a la par que continuase manteniendo un trato amable y aparentemente de confianza con el personal de la entidad financiera.

¿Qué sucedería si la estrategia de dicho cliente fuera la de esperar al momento oportuno para accionar (una vez obtenida la ansiada financiación)? ¿Y si incluso se hubieran obtenido mejores condiciones financieras atendiendo, precisamente, a la titularidad del derivado financiero?

Parece que sí existen supuestos en que dicha figura pudiera ser apreciada en el escenario propio de la acción de anulabilidad. No obstante, una vez más, no podemos sino insistir en la necesidad de abordar caso por caso.

En relación a los efectos que debieran predicarse de la aplicación de la doctrina a un proceso de anulabilidad de contrato bancario por vicios del consentimiento, creemos que podrían trasladarse a este campo las dos posturas referidas *ut supra*.

De esta suerte, podría optarse por la antijuridicidad de la acción o, buscar un término medio —más acorde al derecho ejercitado— y acudir a la pérdida de los intereses legales devengados. En este sentido, téngase presente que los efectos de la estimación de una acción de nulidad son la restitución recíproca de las cosas que hubieran sido materia del contrato, y el precio con sus *intereses* (art. 1303 CC).

VI. REFLEXIONES FINALES

Expuesto cuanto antecede, pretendemos destacar brevemente tres ideas o reflexiones finales:

i) El paso del tiempo puede tener efectos sobre la acción de nulidad, así como también aquella conducta desplegada por los contratantes con posterioridad a la celebración del negocio jurídico. Ello debe conducirnos a los que desempeñamos el ejercicio de la abogacía a una mayor cautela al tiempo de ofrecer nuestro consejo profesional, pues bien pudiera ser que la «verdad material» —haber sido víctima de un error esencial e inexcusable—, no viniera acompañada de la «verdad formal» —los requisitos jurídico procesales para su invocación—; habiéndose perdido el derecho a la tutela judicial por el mero paso del tiempo.

Es habitual en este tipo de procesos esperar a ver «cómo respira» la doctrina, que se vayan resolviendo algunos precedentes, antes de decantarse por accionar. Sin embargo, parafraseando al popular compositor francés Hécctor Berlioz, conviene recordar que, si bien el tiempo es un gran maestro, lo malo es que va matando a sus discípulos.

Corolario de lo anterior, debemos sopesar las distintas vías de acción de las que dispone un consumidor frente a la contratación irregular de productos financieros, las cuales no se agotan en modo alguno en la *actio nullitatis*.

ii) Las advertencias que hemos recogido en este trabajo no sólo han de servir a las direcciones letradas de los potenciales actores, a fin de poder programar con mayor precisión su estrategia procesal; sino que también pueden servir a las defensas de las entidades demandadas, enriqueciendo de este modo el debate litigioso que, por desgracia, a veces se reduce a un peligroso simplismo.

iii) Por último, esperamos que este trabajo sirva a modo de reflexión sobre la importancia de delimitar

la frontera entre la resolución de un concreto debate litigioso y la búsqueda de una justicia social y global que escapa a la labor del juzgador.

Creemos que es bastante evidente que algunos debates jurídicos (como es el caso de las acciones de nulidad por contratación de productos financieros complejos) son especialmente susceptibles de condicionar a los juzgadores a la hora de resolverlos. La doctrina científica tiene el deber de denunciar que los jueces sucumban a lo que acertadamente ha denominado el profesor MUÑOZ ARANGUREN (25) «sesgos cognitivos sistemáticos».

Entre los distintos errores cognitivos que amenazan la labor del juzgador, este autor identifica el «sesgo de anclaje» que «se fundamenta en la realización de una estimación por parte del sujeto, a partir de un valor inicial (anclaje), que progresivamente ajusta a medida que obtiene información adicional. De lo anterior se deriva que, con frecuencia, la valoración inicial ejerce una influencia indebida y desproporcionada sobre el análisis del sujeto, provocando errores que pasan inadvertidos para el propio interesado».

Ya se nos dirá cómo se explica (si no es por esta teoría del sesgo de anclaje) que pese a estar ante una acción tan singular como la denuncia del vicio en el consentimiento sufrido por una concreta persona en un concreto escenario, existan órganos judiciales que hayan resuelto la totalidad (o la práctica totalidad) de estas demandas en un único sentido (estimando o desestimando). En términos abstractos parece más que discutible pretender que en un plazo de dos o tres años todos aquellos que han denunciado haber sufrido este vicio del consentimiento lo hayan sufrido efectivamente, estimándose la totalidad de las demandas. Igualmente en sentido contrario, resultaría dudoso aceptar que en ninguno de los solicitantes se haya producido error alguno que pudiera calificarse de esencial y excusable.

Y no hablamos de meras hipótesis, sino que buceando en las bases de datos puede observarse que ciertamente existen órganos judiciales que en todas sus resoluciones publicadas han optado por la misma postura.

Por pura estadística, un juzgado que conozca de este tipo de demandas, debería resolver en ocasiones a favor del demandante y en ocasiones a favor del demandado atendiendo (y he aquí lo relevante) a las circunstancias de cada caso concreto y no a máximas generales.

El riesgo que debe evitarse es el de que los distintos juzgadores reduzcan el debate litigioso a una mera manifestación ideológica a favor o en contra de los *swaps*, participaciones preferentes, deuda subordinada, *warrants*, bonos... o lo que sería aún peor, a favor o en contra de los consumidores.

De otro modo se da la paradoja de que la búsqueda de un valor superior de Justicia, traiga consigo la injusticia de que un mismo hecho se resuelva de modo distinto en función de dónde acontezca. De esta forma, insistimos, figuras como la prescripción o la caducidad, cuya génesis obedece a la búsqueda de la seguridad jurídica, se transforman en elementos distorsionadores de este principio general del Derecho.

Por todo ello, pese a que consideramos ampliamente superada la máxima de Montesquieu de que el Juez debe limitarse a ser la *boiche de la loi* —lo que desconoce la necesaria interpretación de toda norma y el hecho de que los jueces son personas, no máquinas—; la separación de poderes y la autonomía del poder judicial debe conducirnos, cuando menos, a hacer nuestra una de las proclamas del célebre y ya fallecido magistrado estadounidense Warren E. BURGER:

«Los jueces se pronuncian en base a la ley, no a la opinión pública, y deben ser totalmente indiferentes a las presiones de los tiempos.»

- (1) Después de todo, el TSJ Cataluña habilitó el pasado mes de septiembre en Mataró un Juzgado de refuerzo transversal, que únicamente conoce de demandas de participaciones preferentes. Una medida que ya pretende «copiar» el TSJ Comunidad Valenciana, con la creación de un «juzgado bis» y con la que ya cuentan también en Vigo, en A Coruña y en Santander.

[Ver Texto](#)

- (2) En referencia a su célebre cita: «Es mejor ser rey de tu silencio que esclavo de tus palabras».

[Ver Texto](#)

- (3) En este trabajo se hará uso del concepto prescripción, siempre en referencia a la prescripción extintiva, dejando a un lado la prescripción adquisitiva o «usucapio» que resulta ajena a las reflexiones que aquí se exponen.

[Ver Texto](#)

- (4) «La interrupción extrajudicial de la prescripción extintiva», en *Práctica de Tribunales*, núm. 31, Ed. La Ley.

[Ver Texto](#)

- (5) Esta idea ha sido desarrollada por multitud de autores, pudiendo servirnos de ejemplo MAGRO SERVET en su trabajo «Prescripción», incorporado a la obra «Enciclopedia Jurídica La Ley». El magistrado expone: «Su fundamento radica en la seguridad del tráfico jurídico-civil, concretamente en la necesidad de dar fijeza a las relaciones jurídicas, ya que no es conveniente para la paz social que los derechos puedan ejercitarse transcurrido un dilatado lapso de tiempo, en cuanto que no es recomendable una prolongada incertidumbre jurídica y por ello el legislado ha entendido que es exigible una actividad diligente del titular del derecho a la hora de su ejercicio, ya que en otro caso, no cabe sino presumir su abandono».

[Ver Texto](#)

- (6) Ad exemplum SSTs de 26 de diciembre de 1995 y de 29 de octubre de 2003. Téngase presente que si bien resulta garante del principio de seguridad jurídica, puede entrar en conflicto con otros

principios de nuestro ordenamiento, tales como el derecho a la tutela judicial efectiva o su corolario el principio pro actione.

[Ver Texto](#)

(7) SSTS de 22 de diciembre de 2000, y de 24 de febrero de 2005, entre otras muchas.

[Ver Texto](#)

(8) Art. 1935 CC.

[Ver Texto](#)

(9) Especialmente ilustrativa resulta la STS de 22 de febrero de 2007 que advierte: «La literalidad del art. 1301 CC podría llevar a un lector profano a considerar que la acción de nulidad caduca a los cuatro años, tanto la jurisprudencia como la doctrina coinciden unánimemente en interpretar que el art. 1301 CC se aplica a la anulabilidad y no a la nulidad, que es definitiva y no puede sanarse por el paso del tiempo, habiendo declarado la sentencia de 4 de noviembre de 1996, que «la nulidad es perpetua e insubsanable, el contrato viciado de nulidad absoluta en ningún caso podrá ser objeto de confirmación ni de prescripción».

[Ver Texto](#)

(10) Compendio de Derecho Civil, t. 2 (Obligaciones y Contratos) vol. 1. «Lección 8: Perfección y consumación del contrato».

[Ver Texto](#)

(11) Véase la emisión de Participaciones Preferentes de Telefónica (USU87942AA33), en la que el emisor —Telefonica Finance USA LLC— se reserva la facultad de amortizar las participaciones en cualquier momento a partir del 30 de diciembre de 2012.

[Ver Texto](#)

(12) En referencia a la sentencia de 18 de noviembre de 2010 dictada por el JPI núm. 2 de Mahón.

[Ver Texto](#)

(13) Por ejemplo, en sentencia de 23 de septiembre de 2010 se hace referencia a que «el plazo de anulación es de caducidad». Si bien en resoluciones más antiguas como la sentencia de 27 de febrero de 1997 se hacía referencia al «plazo legal de prescripción que establece el mencionado art. 1301.1 CC».

Sin olvidar que la histórica sentencia de 11 de junio de 1963 declaró con carácter general una presunción de caducidad, al proclamar: «Dentro del CC hay numerosas preceptos en que se señalan plazos especiales para el ejercicio de ciertos derechos. No está claro ni alude en cada caso a plazos de prescripción o a plazos de caducidad. Pero debe entenderse, en caso de duda, que el

plazo es de caducidad, por ser más acorde esta institución con las modernas tendencias procesales y civiles».

[Ver Texto](#)

-
- (14) Entre estas sentencias que no llegan a plantearse la elección —al menos no expresamente—, podemos citar la SAP Palencia, de 14 de junio de 2013; la SAP Vizcaya, Secc. 3.^a, de 30 de septiembre de 2011; la SAP Castellón, Secc. 3.^a, de 20 de junio de 2013; o la SAP Cáceres, Secc. 1.^a, de 26 de marzo de 2012, entre otras muchas.

[Ver Texto](#)

-
- (15) «Caducidad». Trabajo incorporado a la obra Enciclopedia Jurídica La Ley.

[Ver Texto](#)

-
- (16) Sistema de Derecho Civil, vol. I, 5.^a ed., Madrid, 1984.

[Ver Texto](#)

-
- (17) Derecho Civil español, común y foral, t. I, vol. 2.º, 1984.

[Ver Texto](#)

-
- (18) A modo de ejemplo podemos citar la SAP Valencia de 7 de abril de 2000: «Si consideramos como lo hace la doctrina y jurisprudencia mayoritaria que las acciones de anulación de los contratos recogidos en el art. 1301 CC, como corresponde el presente caso, están sometidas a plazo de caducidad, podríamos entender que la interposición y admisión de la querrela por estafa sobre los mismos hechos referidos en el presente proceso suspendió dicho plazo de 4 años de caducidad hasta que recayó resolución firme, a partir de cuyo momento continuó sumándose al ya recorrido desde la consumación del contrato que se pretende nulo».

En el mismo sentido cabe citar la SAP Las Palmas, Secc. 5.^a, de 16 de febrero de 2011.

[Ver Texto](#)

-
- (19) A título cuasi anecdótico, adviértase que en este supuesto la prescripción también sería objeto de suspensión y no de interrupción, por así disponerlo expresamente la norma.

[Ver Texto](#)

-
- (20) En idéntico sentido, pero referido a liquidaciones positivas encontramos la SAP Las Palmas, Secc. 5.^a, de 16 de septiembre de 2011.

[Ver Texto](#)

-
- (21) «Aproximación práctica a la figura del interest rate swap o permuta financiera de tipos de interés», en Diario LA LEY, núm. 7581, 2011.

[Ver Texto](#)

(22) Quod nullum est nullum effectum producit.

[Ver Texto](#)

(23) Sobre este particular ha profundizado PERTIÑEZ VÍLCHEZ en su trabajo «Canje de participaciones preferentes por acciones y efectos sobre la acción de anulación del contrato por vicio del consentimiento».

[Ver Texto](#)

(24) El CC es claro al determinar que para juzgar la voluntad de las partes «deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato» (art. 1282 CC).

[Ver Texto](#)

(25) «El desayuno de nuestros jueces», en Diario LA LEY, núm. 8057.

[Ver Texto](#)
