



Facultad de Derecho
Zuzenbide Fakultatea

**Tópica de la litigiosidad de los
Contratos de permuta financiera
o Swaps (2008-2015)**

Tesis doctoral presentada por
Maria Luisa Gracia Vidal

Dirigida por
Dra. Gema Tomás Martínez

Bilbao, 29 de septiembre 2015

Universidad de Deusto
Deustuko Unibertsitatea

Facultad de Derecho
Zuzenbide Fakultatea

**Tópica de la litigiosidad de los Contratos de permuta financiera
o Swaps (2008-2015)**

Tesis doctoral presentada por:
Maria Luisa Gracia Vidal

Dirigida por
Dra. Gema Tomás Martínez

Bilbao, 29 de septiembre 2015

INDICE

ABREVIATURAS.....7

INTRODUCCIÓN

1. OBJETO.....13

2. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA. HIPÓTESIS.....15

3. METODOLOGÍA.....16

CAPÍTULO I. KNOWLEDGE NOT INFORMATION

I.1. INTRODUCCIÓN.....23

I.2. ÁMBITO SUBJETIVO DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN: EL CONSUMIDOR ¿Y EL EMPRESARIO?30

I.3. PROBLEMÁTICA.....33

 I.3.1. Legislación aplicable: heterogénea, dispersa y compleja.....34

 I.3.2. La actitud del cliente *versus* la veracidad informativa.....35

 I.3.3. Tipología de los contratos.....37

 I.3.4. Actitud de los usuarios de banca.....38

I.4. MECANISMOS DE PROTECCIÓN EXTRAJUDICIAL DEL CLIENTE DE BANCA.....39

I. 5. LA DEMANDA JUDICIAL.....42

I.6. DERECHO Y DEBER DE INFORMACIÓN.....43

 I.6.1. Ámbito y concepto.....44

 I.6.2. Apoyo normativo al derecho y deber de información.....47

 I.6.3. Especial referencia a la normativa MiFID.....50

 I.6.4. MiFID II: un paso más en la protección del inversor.....60

 I.6.5. Alcance jurídico del defecto de información: defensa del cliente.....61

I.7. ALGUNAS REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES ANTERIORES A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA DIRECTIVA MIFID.....	63
---	-----------

CAPITULO II. LOS SWAPS O CONTRATOS DE PERMUTA FINANCIERA

II.1. INTRODUCCIÓN.....	73
II.2. ORIGEN DE LOS SWAPS.....	76
II. 3. FUNCIÓN DE LOS SWAPS: COBERTURA Y / O ESPECULATIVA.....	80
II.4. DEFINICIÓN.....	80
II.5. MODALIDADES BÁSICAS.....	86

II.5.1. Funcionamiento de una permuta financiera o swap de tipos de interés.....	92
--	----

II.5.1.1. Especial referencia a la Cláusula de Cancelación Anticipada de los contratos de swap.....	95
---	----

II.5.2. Modalidad especial: Swap combinado con “put de acciones”	98
--	----

CAPÍTULO III. PROBLEMÁTICA PROCESAL DE LOS SWAPS

III.1. INTRODUCCIÓN.....	105
III.2. PROBLEMAS DE COMPETENCIA OBJETIVA: JURISDICCIÓN CIVIL O MERCANTIL.....	105
III.3. CLÁUSULA DE SUMISIÓN DE ARBITRAJE.....	109
III.3.1. El convenio arbitral. Su redacción tipo y su contenido.....	110
III.3.2. Argumentos a favor de la aplicación de la cláusula de arbitraje.....	112
III.3.3. Argumentos en contra de la aplicación del arbitraje cuando se solicita la nulidad del contrato por una pyme.....	116
III.4. CUANTIFICACIÓN DE LA DEMANDA.....	127
III.5. EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD.....	136
III.6. LA CUESTIÓN DE LA FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA.....	153

CAPÍTULO IV. PROBLEMÁTICA SUSTANTIVA DE LOS SWAPS

IV.1. INTRODUCCIÓN	167
IV.2. FONDO DEL ASUNTO: NULIDAD O ANULABILIDAD	167
IV.2.1. Enfoques de la acción de nulidad absoluta.....	168
IV.2.1.1. Nulidad absoluta por infracción de normas imperativas ex art. 6.3 CC.....	168
IV.2.1.2. Nulidad absoluta por falta de elementos esenciales del contrato.....	172
i. Ausencia de consentimiento por error in negotio.....	173
ii. Ausencia de causa	174
iii Ausencia de objeto por la indeterminación del mismo.....	176
IV.2.2. Enfoques de la acción de nulidad relativa o anulabilidad.....	178
IV.2.2.1. Error como causa de anulabilidad del swap	178
i. Circunstancias en las que es posible detectar error-vicio en swaps.....	181
ii. La esencialidad y la cláusula de cancelación.....	189
iii. La medición práctica de la excusabilidad en sede judicial.....	195
IV.2.2.2. La alegación del dolo en los contratos de swaps.....	200
i. La relación entre dolo y la buena fe.....	203
ii. La concomitancia entre dolo y error.....	207
IV.3. LA APRECIACIÓN SOBRE LOS VICIOS EN LOS SWAPS EN EL TRIBUNAL SUPREMO	208
IV.3.1. La evolución de la Jurisprudencia.....	209
IV.3.2. El error y la cláusula rebus sic stantibus	215
IV.3.3. La relevancia de la STS 20 de enero de 2014	218
IV.3.4. La jurisprudencia más reciente sobre swaps	224
IV.3.5. Principales argumentos conclusivos del Tribunal Supremo sobre los swaps	229
IV.4. Argumentos jurídicos que pretenden la desestimación de la nulidad	230
IV.4.1 La teoría de los actos propios y la posible convalidación del contrato..	231
IV.4.2 La reestructuración del producto y su aceptación.....	238
IV.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD: APLICACIÓN DEL ART.1303CC	241

IV.6. RELACIÓN ENTRE LA CLÁUSULA SUELO Y LOS SWAPS ASOCIADOS A PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.....	242
CAPITULO V. POSIBLE ESTRATEGIA PROCESAL ANTE UN RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA DE SWAPS	
V.1. INTRODUCCIÓN.....	247
V.2. INFRACCIÓN DE NORMAS PROCESALES REGULADORAS DE LA SENTENCIA.....	248
V.3. INFRACCIÓN DE NORMAS LEGALES QUE RIGEN LOS ACTOS Y GARANTÍAS DEL PROCESO.....	254
V.4. POSIBILIDADES DE UN RECURSO DE CASACIÓN: INTERÉS CASACIONAL.....	273
CONCLUSIONES	289
ANEXO I: EJEMPLO DE FUNCIONAMIENTO DE CONTRATOS DE SWAPS DE TIPOS DE INTERES.....	299
ANEXO II: EJEMPLO DE FUNCIONAMIENTO DE UNA PUT	303
ANEXO III: LEGISLACIÓN	305
ANEXO IV: JURISPRUDENCIA.....	311
ANEXO V: BIBLIOGRAFÍA.....	321

ABREVIATURAS

AAP: Auto de la Audiencia Provincial

AEB: Asociación de Banca española

AC: Base de datos Aranzadi

ADR: *Alternative Dispute Resolution*

AFS: Aportaciones Financieras Subordinadas

Art.: Artículo

CC: Código Civil

CCom: código de Comercio

CE: Constitución española

CE: Comunidad Europea

CEE: Comunidad Económica Europea

CENDOJ: Centro de Documentación Jurídica

CNMV: Comisión Nacional de Mercado de Valores

CNUDMI: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

CMOF: Contrato Marco de Operaciones Financieras

EA: Expediente Ausbanc

ECLI: European Case Law Identifier

EDL: Base de datos *European Distribution Lawyers*

EP: Expediente propio¹

EA: Expediente Ausbanc Abogados²

EMIR: *.OEuropean Markets Infrastructure REgulation*

¹ En los casos en los que se trata de expedientes que han sido dirigidos por la doctoranda en calidad de letrado del procedimiento y que no ha sido posible localizar en bases de datos en las resoluciones que se refieren a Primera Instancia, en el caso de resoluciones de Audiencias Provinciales, sí se ha procedido a su localización de bases de datos jurídicos.

² Al igual que en el caso de EP, las siglas EA hacen referencia a la base de datos de Expedientes tramitados en Ausbanc Abogados y que por ser muy recientes, o proceder de juzgados de primera instancia no se han localizado en las bases de datos manejadas para elaborar la tesis.

ESMA: *European Securities and markets authority*

EURIBOR: *Euro Interbank offered rate*

FROB: Fondo de Reestructuración ordenada bancaria

FROM: Fondo de Regulación y organización del mercado

FD: Fundamentos de Derecho

IRPH: Índice de referencia de préstamos hipotecarios

IRS: *Interest Rate Swap*

JUR: Base de datos Aranzadi

LA: Ley de Arbitraje

LA LEY: Base de datos Edición La Ley

LDIEC: Ley sobre disciplina e intervención en entidades de crédito

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LGDCU: Ley General sobre la Defensa de los Consumidores y Usuarios

LMV: Ley de Mercado de Valores

LOPJ: Ley Orgánica del Poder judicial

MiFID: *Markets in Financial Instruments Directive*

MIFIR: *Markets in Financial Instruments Regulation*

OB: Obligaciones Subordinadas

OTC: *Over the counter*

Pág: Página

PO: Procedimiento Ordinario

PPR: Participaciones Preferentes

PYME: Pequeña y mediana empresa

RD: Real Decreto

Rec.: Recurso

RJ: Repertorio de Aranzadi – *West Law*

ROJ: Repertorio oficial de Jurisprudencia dentro del CENDOJ

SAC: Servicio de atención al Cliente

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

SRBE: Servicio de Reclamaciones del Banco de España

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TRLGDCU: Texto Refundido de la Ley General sobre la Defensa de los Consumidores y Usuarios

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

UE: Unión Europea

UNCITRAL: *United Nations Commission on International Trade Law*

INTRODUCCIÓN

1. OBJETO

No puede dudarse de que en estos momentos la cuestión económica se encuentra en constante actualidad, y aunque siempre ha sido así, no es menos cierto que al hilo de la crisis financiera se ha desatado un especial interés por los temas financieros. Resulta obvio que una gran parte de los negocios jurídicos mercantiles se realizan directa o indirectamente a través de un servicio bancario. A raíz de la crisis financiero-económica que se desencadena a partir de 2008 (en septiembre de dicho año con la quiebra de *Lehman Brothers*)³, las entidades financieras tienen un protagonismo inusitado, de forma que por un lado se afirma que el sistema financiero era el que estaba en el origen del problema de la crisis, y por otra parte que también el propio sistema financiero era la puerta para salir de la crisis vertiginosa en la que aún estamos inmersos en toda Europa.

Lo que antecede sirve para centrar el objeto del presente estudio en el que se pretende exponer la problemática que en el ámbito judicial han generado algunos productos bancarios articulados a través de contratos complejos, que incluyen productos de alto riesgo para los clientes no expertos en temas financieros. En concreto esta memoria doctoral analizará exclusivamente los contratos de permuta financiera, conocidos con la denominación genérica anglosajona de “swaps”. Se tratará de una tesis enfocada fundamentalmente desde el punto de vista de la práctica forense y desde un punto de vista jurisprudencial, todo ello sin obviar el marco normativo del que se parte para dicho análisis.

Desde el punto de vista objetivo los contratos bancarios comenzaron su proceso de avance a la complejidad, sobre todo y especialmente en los últimos quince años, en principio en 1999, pero de facto, tras el periodo de transición que finalizó en el 2002. Con la entrada del nuevo siglo y más en concreto con la implantación del euro

³ BERGEL SAINZ DE BARANDA, Y. “El caso Lheman Brothers en la jurisprudencia española. Alcance de la responsabilidad de las entidades bancarias y de las empresas de servicios de inversión”. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*. Madrid 2012. Núm. 128/2012

se extiende la posibilidad de contratación de este tipo de productos más allá de la frontera española. A nuestro juicio, ahí ha de situarse el inicio de la comercialización masiva de productos que hasta esa fecha no eran habituales entre clientes particulares o Pymes. Hasta entonces, si bien no eran productos totalmente desconocidos, lo cierto es que no eran habituales de la práctica bancaria o financiera ni propios de la contratación entre la mencionada clientela cuyos conocimientos financieros son básicos.

Debe tenerse en cuenta que hay muchos tipos de contratos financieros complejos o cláusulas abusivas en contratos habituales (nos referimos por ejemplo a los préstamos hipotecarios o la conocida cláusula limitativa del tipo de interés o cláusula suelo), pero este trabajo se centra, como se ha dicho anteriormente, exclusivamente en la litigiosidad que han generado sobre todo los contratos de permuta financiera o swaps, aunque desde el punto de vista de la presentación de los problemas que han sido objeto de debate ante los Tribunales. Cabe hacer referencia de forma transversal a los problemas procesales similares que generan sobre todo los productos de Participaciones Preferentes (en adelante PPR), las obligaciones Subordinadas (en adelante OBS) y las Aportaciones Financieras Subordinadas (en adelante AFS) puesto que como se dirá, el planteamiento de la acción de nulidad/anulabilidad es muy similar a la fundamentación de las reclamaciones por los swaps. Procesalmente han dado origen a algunas controversias que se mencionarán con el fin de establecer la comparación con los swaps.

Somos conscientes de que hay otros productos que han sido origen de procedimientos judiciales, pero no con la abundancia de los mencionados, por ejemplo los depósitos o bonos estructurados, los préstamos hipotecarios multidivisas, los préstamos hipotecarios referenciados al IRPH, etc. Todo ello y sin perjuicio de que cada reclamación requiere su análisis individualizado (entre otras la adecuación del producto al perfil del cliente y / o la información y asesoramiento que ha recibido el mismo), los fundamentos de las reclamaciones son básicamente los mismos que se analizan y recogen en el presente estudio. A la vez se debe advertir que esta memoria doctoral tampoco debe contener un análisis completo de toda la problemática judicial que han generado todos los contratos bancarios, sino aquellos que, como ya hemos

señalado, son los que precisamente han dado lugar a mayor número de reclamaciones bancarias, y por lo tanto se ha desarrollado más la problemática judicial de los contratos bancarios complejos.

2. JUSTIFICACION DEL TEMA. HIPÓTESIS

Esta tesis pretende demostrar que la importante litigiosidad que ha generado este producto financiero complejo ha venido motivada por una cuestión fundamental, como es la violación del principio básico de buena fe contractual, centrada en el incumplimiento del deber de información y asesoramiento que ha provocado la ausencia de un verdadero conocimiento de lo que supone el contrato de permuta financiera. Esta asimetría informativa entre el usuario financiero y las entidades bancarias, se irá perfilando a través de la metodología elegida (la tónica judicial). En realidad estamos ante una seria asimetría en términos de conocimiento cabal y cierto del producto bancario que se oferta⁴. Es cierto que esa asimetría existe en otros contratos bancarios, pero la razón que ha llevado a elegir ese tipo de contratos, los de permuta financiera, es que en ellos se inició esa litigiosidad que hasta entonces era casi desconocida.

⁴ La doctrina contractual europea se ha hecho eco a lo largo de los últimos diez años del problema de la asimetría informativa que afecta perjudicialmente al consumidor. Véase entre otras obras, dado que la bibliografía es casi inabarcable, las siguientes: CASTRONOVO, C., "Information Duties and Precontractual Good Faith", *European Review of Private Law*, 4-2009, pp.559-571; ROPPO, V., "From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts", *European Review of Contract Law*, 3-2009, pp. 304-349. pp. 304-349; WILHELMSSON, T. Y TWIGG-FLESNER, CH., "Pre-contractual Information Duties in the Acquis Communautaire", *European Review of Contract Law*, 4-2006, num. 2, pp.441-470; SCHULZE, R., "Precontractual Duties and Conclusion of Contract in European Law", *European Review of Private Law*, 6-2005, pp. 841-866; MANKOWSKI, P., "Information and Formal Requirements in EC private law", *European Review of Private Law*, 2005, núm. 13-vol. 6, pp. 779-796; HOWELLS, G., "The potential and Limits of Consumer Empowerment by Information", *Journal of Law and Society*, vol 32, núm. 3, sept. 2005, pp. 349-370; WILHELMSSON, T., "Private Law Remedies against the Breach of Informational Duties", en R.SCHULZE, M. EBERS, H.C. GRIGOLEIT (Eds.), *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*, Tübingen, 2003, pp. 235-245; PINNA, A., *The obligations to inform and to advise. A contribution to the development of European contract law*, Den Haag, 2003.

3. METODOLOGIA

El título de la tesis recoge lo que pretende ser, esto es, no se trata de un trabajo dogmático, ni trata de hallar o introducir nuevos conceptos teóricos, sino que el punto de partida es la práctica forense y el estudio de la jurisprudencia existente en el contrato que se van a analizar. Y sin perjuicio de que se expondrán sentencias procedentes del Tribunal Supremo o del Tribunal Europeo de Luxemburgo, resultarán fundamentales las sentencias procedentes de la denominada jurisprudencia menor y también de los juzgados de instancia pues han sido pioneras en muchos aspectos que luego han corroborado los tribunales superiores. Todas ellas proporcionan los argumentos técnicos tanto de carácter procesal como sustantivo, para poder fundamentar este tipo de reclamaciones sobre contratos bancarios complejos. Y todo ello, como enseguida se explicará, desde el punto de vista del cliente bancario.

Con el objeto de que sea un estudio práctico, y como se deduce del planteamiento de Theodor Viehweg⁵, el análisis se orienta al “problema” y a su posible solución, no a la descripción dogmática de los principios que se aplican en la solución, pues la mayoría resultan conocidos. Sobre todo se quiere exponer la perspectiva judicial, el planteamiento del problema y la solución jurisdiccional al mismo, siguiendo más el método de los juristas romanos⁶, que planteaban el problema y lo analizaban a fondo, para darle una solución práctica, no era una visión conceptual, sino práctica del Derecho. Se trata pues de dar a cada problema su argumentación, la tónica tal y como había sido expuesta por Aristóteles, *“era una forma de discurrir y argumentar en cualquier campo del saber para poder exponer la propia tesis con verosimilitud, evitar fallos de argumentación y descubrir los del adversario”*⁷.

⁵ VIEHWEG, T, *Tópica y Jurisprudencia*, (Traducción de Luis Díez Picazo Ponce de León), Civitas, Madrid 2007.

⁶ El término “jurisprudencia” tenía en el derecho romano un significado muy diferente al que le otorgamos hoy en día. La expresión procede del término latino “iuris prudens” (jurisprudente), y hacía precisamente referencia al conocedor práctico del derecho, el jurista romano que trabajaba sobre *el casus* no contando con grandes compendios normativos, sino escasa normativa y gran experiencia procesal.

Y esta es la intención que pretende esta tesis, desde el análisis del caso, presentar el planteamiento del problema, analizarlo y argumentar las soluciones a través de la experiencia forense y la jurisprudencia que iremos relacionando. Pensamos que la jurisprudencia es esencial en la interpretación y aplicación del Derecho, y que a través de ella podemos plantear la tópica del tema, pues tal y como se señala por Viehweg, la tópica es un *ars inveniendi*:

"un procedimiento de búsqueda de premisas -de tópicos- que, en realidad, no termina nunca: el repertorio de tópicos siempre es necesariamente provisional y elástico. Los tópicos deben entenderse de un modo funcional, como posibilidades de orientación y como hilos conductores del pensamiento que sólo permiten alcanzar conclusiones cortas. Viehweg define "problema" como "toda cuestión que aparentemente admite más de una respuesta y que necesariamente presupone una comprensión provisional, a partir de la cual aparece como cuestión a considerar seriamente y para la cual se busca precisamente una respuesta como solución"⁸

Por otra parte y en cuanto se refiere al ámbito temporal, la memoria doctoral se ha centrado en los años 2008 a 2015 puesto que es el periodo en el que se han producido con mayor auge las reclamaciones judiciales, y por ello se entiende que es en este periodo donde se han centrado la mayoría de los problemas procesales y sustantivos y se ha dado a conocer a los usuarios de servicios financieros.

A la vez, se debe advertir que esta tesis no pretende tampoco abarcar todas las resoluciones judiciales que existen sobre los problemas analizados, sino intentar destacar en cada problema que se plantee, algunas de las resoluciones que lo tratan, y

⁷ CHURRUCA, J. y MENTXAKA, R: *Introducción histórica al Derecho Romano*. Ed. Deusto (15ª edición), Bilbao 1994, p.172.

⁸ SANZ BAYON, P. "Sobre la Tópica Jurídica en Viehweg", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 16, 2013 pp. 84-85. www.rftd.es

la evolución que se deduce de las propias sentencias en el tratamiento de la cuestión litigiosa.

Por último se advierte que en la parte introductoria previa al análisis de la tópica contractual específica, se relacionarán algunas resoluciones, con el fin de ilustrar la propia exposición de la cuestión, sin ánimo de ser exhaustivos, sino meramente ilustrativos, en otros casos, porque se trata de resoluciones fundamentales que han ido centrando la cuestión jurídica del debate sobre la protección jurídica del cliente bancario.

Lo que está claro es que todos los ciudadanos, bien como personas físicas o a través de personas jurídicas, realizamos constantemente negocios bancarios, si bien a día de hoy nuestra cultura financiera no es lo suficientemente amplia como para que en la mayor parte de las ocasiones estemos capacitados para defender nuestros derechos sin la ayuda de un profesional. Por ello la pregunta que nos planteamos al inicio de este trabajo doctoral es si resulta necesario un verdadero especialista jurídico financiero o bien es suficiente el conocimiento básico del Derecho privado y Derecho procesal con el fin de poder sustentar técnicamente los procedimientos en los que se diriman controversias sobre contratos bancarios. Es claro que la abundancia de legislación, y el carácter fragmentario de ésta dentro del derecho nacional, al que se debe añadir la normativa europea en este ámbito de la protección de los derechos del consumidor en general y del usuario del sistema financiero en particular (en el que incluiremos a las pymes) están requiriendo de la interpretación que de la misma están realizando los tribunales, a los que los profesionales les plantean los problemas.

La tesis se centra también en la tarea de dicho profesional, el abogado especialista en derecho bancario, sus dificultades y su necesidad, pues es el que analizará el problema y lo defenderá ante los tribunales, pero como se ha dicho más arriba, tratado desde el punto de vista del cliente, sea este consumidor persona física o jurídica, y su defensa ante posibles reclamaciones frente a las entidades financieras. Y no puede perderse de vista que todas las entidades bancarias cuentan con un servicio jurídico que salvaguarda los intereses de la entidad, que redacta o supervisa los

productos financieros y maneja los mercados económicos, pero sin embargo, los clientes no cuentan con la misma asistencia.

CAPÍTULO I

KNOWLEDGE NOT INFORMATION

I.1. INTRODUCCIÓN. Una visión europea del problema

La razón de ser de este título para el Capítulo II de esta memoria doctoral se justifica porque entendemos que el problema debe centrarse en el derecho a la información del usuario del sistema financiero, y la obligación de prestarlo por parte de la entidad bancaria. Pero nuestra inquietud a partir de la legislación existente y de la problemática que se presenta en esta tesis va más allá.

La pregunta es si para cumplir con el contrato es suficiente con ofrecer y entregar la información necesaria, que ya anticipamos desde ahora que no va a ser así, pues deberemos avanzar hacia el asesoramiento del cliente, y llegar al conocimiento, pues éste último debe ser el objetivo final para el usuario de banca. Debemos partir de lo siguiente: la información es unilateral y se centra sólo en quien transmite el contenido y los datos. Desde una perspectiva contractual podría decirse que se impone como deber a una de las partes frente a la otra. En sectores complejos donde la posibilidad de auto-información está muy limitada y por ejemplo la mera lectura del contrato no es suficiente para su comprensión (es el caso del cliente medio) no puede esperarse que la parte más débil sea capaz de obtener la información necesaria para poder realizar el contrato, por ello se espera que la parte que cuenta con la información la transmita y lo haga de modo claro e inteligible, adaptándolo a la capacidad de entendimiento del perfil medio representado en la parte contraria. El conocimiento implica bilateralidad y atiende a quien recibe la información.

La parte informada, debidamente y con el volumen de información necesario, llega a conocer si hace suyo el objeto de esa información y valora su relevancia en la relación jurídica económica que pretende llevar a cabo. De lo contrario, el objetivo de que una parte del contrato reciba la información necesaria no es más que el cumplimiento de una condición necesaria, pero no suficiente para obtener el objetivo final que deberá de llegar al aseguramiento de que el cliente comprende lo que se le oferta. Aun logrando el conocimiento, fortalecemos el contrato si se armonizan las

normas reguladoras de la repercusión de la falta de información en la eficacia contractual, esto es, las de los defectos del consentimiento.

Desde una perspectiva de contratación europea, es la aproximación entre los diferentes sistemas jurídicos los que permitirían otorgar la misma solución al mismo problema, el de error como defecto de consentimiento derivado de ausencia de información o información errónea, lo que llevó a la parte contratante a celebrar un contrato que no hubiera celebrado o lo hubiera celebrado en términos distintos. Ello plantea dos preguntas elementales: De un lado, si expresamente puede decirse que la falta o deficiente información se considera relevante en materia de eficacia contractual. Y de otra, si todos los países miembros de la Unión Europea comparten la misma visión al respecto.

Utilizamos para el título de este capítulo la expresión que la Comisión europea ha empleado en varios documentos relacionados con la protección al cliente/consumidor financiero. La Unión Europea está especialmente preocupada por esta cuestión teniendo en cuenta que la crisis financiera ha afectado a la competitividad económica y al funcionamiento interno del mercado europeo en un marco global. Ello se desprende de la Agenda del consumidor europeo (“European Consumer Agenda”), según la cual una de las acciones clave o “key actions” (4.2) es la de aumentar el conocimiento del consumidor. En el contexto de la crisis (fundamentalmente financiera) surge la idea de la transparencia en esta esfera financiera⁹, aparece la noción de que unos y otros se tienen que informar recíprocamente en una visión bilateral e igualitaria del funcionamiento contractual financiero, más aún precontractual¹⁰.

Al mismo tiempo se revela la existencia de la “sobreinformación”, que genera en no pocas ocasiones la práctica de una información inexacta, de inseguridad

⁹ EUROPEAN BANKING AUTHORITY, *Follow-up review of banks’s transparency in their 2010 Pillar 3 reports*, 2011, <http://www.eba.europa.eu/News--Communications/Year/2011/EBA-publishes-follow-up-review-of-banks-transpare.aspx> . (Última consulta 11 de noviembre de 2011). Véase: EUROPEAN PARLIAMENT, *Assessment of the cumulative impact of various regulatory initiatives on the European Banking Sector*, Brussels, 2011, pp.58-59.

¹⁰ MARTÍNEZ PARDO DEL VALLE, R. et al., “Informe y conclusiones del Observatorio sobre la Reforma de los Mercados Financieros Europeos (2010)”. En *Observatorio sobre la reforma de los mercados financieros europeos*, Fundación de Estudios Financieros, Papeles de la Fundación nº 37, 2011, pp. 13-46

funcional, de falta de confianza, de excesos profesionales de la contraparte, de corresponsabilidad para hacer posible un crecimiento económico eficiente¹¹, entre otros, llegó al primer plano del debate académico en este ámbito bancario desde 2011¹². Comienza en 2011 una preocupación doctrinal por la información consciente en el ámbito bancario, desde la existencia de la cláusula suelo¹³ hasta la contratación de swaps¹⁴, que es en la que se centra el presente trabajo.

La Comisión Europea en el documento: “A European Consumer Agenda – Boosting confidence and growth”¹⁵ incorpora cuatro key actions y una de ellas es precisamente la titulada como: “Enhancing knowledge”, porque conocimiento e información no son lo mismo. De los mencionados instrumentos europeos se pone de manifiesto la diferenciación conceptual entre información y conocimiento, por ello para la Comisión Europea, es importante dar el paso de informar a conocer. Y subraya

¹¹ EUROPEAN COMMISSION, *Towards more responsibility and competitiveness in the European financial sector*, 2010, p.16; EUROPEAN COMMISSION, *Communication Regulating financial services for sustainable growth*, 2010.

¹² MORENO LISO, L., “Nuevas soluciones para la protección del consumidor frente a los contratos bancarios”, *Diario La Ley*, núm. 7514, 22.11.2010 y “El consumidor ante las cláusulas abusivas en los contratos bancarios”, *Revista Dº Bancario y Bursátil*, núm. 122, abril-junio 2011, págs. 47-86; TAPIA HERMIDA, A.J., “Jurisprudencia reciente de Audiencias Provinciales sobre demandas de nulidad por error en la comercialización de productos financieros por los bancos”, en *Revista de Dº Bancario y Bursátil*, núm. 124, octubre-diciembre 2011, pp. 273-276.

¹³ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., “Nulidad de “cláusulas suelo” de intereses en contratos de préstamo hipotecario. Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla de 30 septiembre 2010”, *Revista Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 121, enero-marzo 2011, pp. 209-239.

¹⁴ Respecto a los swaps, entre otros: DÍAZ RUIZ, E. y RUIZ BACHS, S., “Los pagos en las permutas financieras sobre tipos de interés (interés *rate swap*-IRS) no son intereses”, *Diario La Ley*, núm. 7387, 23 de abril de 2010; FERRANDO VILLALBA, Mª. L., “Swap: Vicios del consentimiento y anulación del contrato”, *Diario La Ley*, núm. 7523, 3 de diciembre 2010; JUAN GÓMEZ, M., “Aproximación práctica a la figura del interés *rate swap* o permuta financiera de tipos de interés”, *Diario La Ley*, núm. 7581, 3 de marzo de 2011; JUAN GÓMEZ, M., “Aproximación práctica a la figura del interés *rate swap* o permuta financiera de tipos de interés”, *Diario La Ley*, núm. 7581, 3 de marzo de 2011; PÉREZ DAUDÍ, V., “Aspectos procesales de la impugnación de los contratos de permuta financiera o swaps”, *Diario LA LEY*, núm. 7565, 9 de febrero de 2011; DÍAZ RUIZ, E. e IGLESIAS RODRÍGUEZ, J., “A propósito de los contratos de permuta de tipo de interés (swaps)”, *Revista Dº Bancario y Bursátil*, núm. 124, octubre-diciembre 2011, pp. 213-246.

¹⁵ EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and social Committee and the Committee of the Regions: A European Consumer Agenda - Boosting confidence and growth*. Bruselas, 22.5.2012. COM (2012) 225 final.

la institución comunitaria que la sobreabundancia de información no implica un mayor ni mejor conocimiento a veces genera aún más confusión.

Es importante subrayar en este sentido que la estandarización de información a la que ciertamente está tendiendo la propia Unión Europea en los últimos instrumentos comunitarios debería ayudar a facilitar y mejorar el conocimiento¹⁶, aun siendo conscientes del incremento de formalismo contractual que también arrastra consecuencias jurídicas que no procede analizar en este momento¹⁷. A nuestro juicio, la potenciación del mercado único vendrá dada por unas mismas normas de eficacia contractual, de esta manera se logra que el comerciante oferente tenga confianza (no sólo el consumidor) en la normativa aplicable en caso de que la falta de información haya conducido a un error que la otra parte alegue. Además de la destacada obra conocida como marco común de referencia (bajo las siglas en inglés DCFR)¹⁸, un intento regulatorio tuvo lugar en el 2011 con la Propuesta de Compraventa Común europea (CESL)¹⁹, actualmente retirada del procedimiento legislativo europeo²⁰. La

¹⁶ Sobre la información al consumidor y la estandarización en un proceso evolutivo de incremento del formalismo contractual, véase: GARCÍA RUBIO, M^a. P., "La forma en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Una aproximación al formalismo como característica del Derecho de consumo", *Actualidad Civil*, núm.15/11, abril 1994, pp. 277-289; TOMÁS MARTÍNEZ, G., "Derecho privado comunitario y evolución de las consecuencias del incumplimiento del deber de información del derecho de desistimiento: contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil", *Revista de Derecho comunitario europeo*, mayo/agosto (2012) núm. 42, pp. 543-571.

¹⁷ Entre otros, ARROYO I AMAYUELAS, E., "Qué es "forma" en el derecho contractual comunitario de consumo?", *Anuario de Derecho civil*, Vol. LXI, núm. 2, 2008, pp. 520-522-525, sostiene que estamos ante un fenómeno de "neoformalismo contractual comunitario" que se manifiesta esencialmente en la contratación de consumo. El problema es determinar qué es "forma" para el legislador europeo, que cada Estado ha ido interpretando a su manera.

¹⁸ Sin duda alguna, el Borrador de Marco común de referencia ha sido hasta la fecha la obra principal que la academia ha aportado a la labor de unificación del Derecho contractual europeo. La edición completa en 6 volúmenes está editada en: VON BAR, C., CLIVE. E., SCHULTE-NÖLKE, H., y otros (eds.) (2009). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference* (DCFR), 6 Vols, Sellier, Munich, 2009. Una versión preliminar fue editada unos meses antes bajo el título: VON BAR, C. y otros (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference* (DCFR), Outline edition. Sellier, Munich, 2009. Puede verse una traducción en VALPUESTA, E. (coord.), *Unificación del derecho patrimonial europeo*. Barcelona: Bosch. (Traducción comentada de la versión articulada del DCFR), Aranzadi, Pamplona, 2011. Y una traducción con comentario parcial a varios de los libros del DCFR se ha realizado por: VAQUER, A., BOSCH, E. & SÁNCHEZ, M. (2012). *Derecho europeo de contratos: libros II y IV del Marco Común de Referencia*,. *Atelier*, Barcelona, 2012 (Traducción de los libros II y IV, exclusivamente).

¹⁹ Véase un comentario completo en la obra colectiva dirigida por SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL). Commentary*, ed. C.H.Beck-Hart-Nomos, Munich, 2012.

Comisión habla de confianza del consumidor pero también es necesaria la de la otra parte del contrato que abrirá su negocio a mercados transfronterizos en la medida en que el régimen sea uniforme.

La Comisión Europea en este contexto pretende que en el mercado interior se pongan en marcha diferentes estrategias:

a.- Por parte del consumidor, la Comisión pretende poner uno de los focos de su acción en el aumento del conocimiento del consumidor (no sólo de información) del que está de facto saturado, consciente de que información no es lo mismo que conocimiento, viene a decir. Para ello va a intensificar instrumentos de acceso a la información, incrementa la estandarización de información financiera, fortalece el rol de las asociaciones de consumidores, incrementará la educación financiera y promoverá el acceso a cuentas bancarias por parte del ciudadano europeo con el fin puesto en un mercado económico más inclusivo

b.- Por lo que respecta a las entidades financieras, en general, se manifiesta la voluntad de activar los Bancos, a las Autoridades de supervisión de mercados financieros, y sin duda alguna la protección de depósitos. Un especial interés se centra en los denominados "códigos de conducta" que en el ámbito económico²¹ y con los antecedentes de la crisis financiera cobran si cabe una mayor importancia²².

La Comunicación de la Comisión "Europe 2020" reconoce la necesidad de hacer más fácil y menos costosa para empresas y consumidores el celebrar contratos con

²⁰ Entre otros comentarios en España véanse: GÓMEZ POMAR, F. & GILI SALDAÑA, M., "El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos". *Indret*, 2012, pp.1-27.; TOMÁS MARTÍNEZ, G., "El instrumento opcional Common European Sales Law: ¿una vía para avanzar en la armonización del derecho contractual europeo?", en GOMEZ, F., ENCISO, M., EMALDI, A. (eds.), *Globalización y Derecho: desafíos y tendencias*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2013, pp. 53-63.

²¹ No era algo nuevo Véase la recomendación 2001/193/CE de la Comisión de 1 de marzo de 2001, sobre la información precontractual que debe facilitarse a los consumidores por los prestamistas se compromete a supervisar el Código de conducta voluntario sobre información precontractual para créditos vivienda, impulsando así una mayor formación e información al consumidor.

²² Especialmente en relación con las Agencias de Calificación que se convierten en el marco de crisis financiera en un protagonistas del sector: TAPIA HERMIDA, A.J., "El nuevo Código de Conducta de IOSCO de marzo de 2015 sobre Agencias de Calificación Crediticia (Agencias de Rating)", *Revista de derecho bancario y bursátil*, Año nº 34, Nº 138, 2015, pp. 286-291.

instrumentos contractuales más armonizados y seguros. Si destacamos los *objetivos que persigue institucionalmente la Comisión, deberíamos decir que son fundamentalmente los tres siguientes:*

- i. Aumentar confianza de los consumidores en las operaciones on line (lo que se logra con la consciencia de sus derechos y obligaciones contractuales).
- ii. Aumentar el número de transacciones transfronterizas.
- iii. Potenciar el mercado único europeo.

Pero es en el ámbito financiero donde se ha puesto más énfasis en la información a la otra parte del contrato, el inversor. Son varios los instrumentos comunitarios que lo demuestran: comenzando por las Directiva MiFID, la primera de 2004²³, que regula por primera vez los test de idoneidad y conveniencia²⁴, entre otros importantes aspectos²⁵; y la segunda más reciente de 2014 que refleja una mayor preocupación por la protección al cliente inversor²⁶; y en materia de endeudamiento responsable la Directiva de crédito al consumo²⁷, la Directiva de acceso a cuentas de

²³ Directiva 2004/39/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 4 de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, *Diario Oficial de la Unión Europea*, nº. L 145/1, de 30 de abril de 2004. Véase Reglamento (CE) nº1287 de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por el que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las obligaciones de las empresas de inversión a llevar un registro, la información sobre las operaciones, la transparencia del mercado, la admisión a negociación de instrumentos financieros, y términos definidos a efectos de dicha Directiva. *Diario oficial de la Unión Europea*, L 241/1, de 2 de septiembre de 2006. Véase el comentario de URÍA FERNÁNDEZ, F., “La aplicación de la MiFID a las entidades de crédito”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2007, pp. 41-50.

²⁴ Sobre el cumplimiento de los test previstos en la MIFID: VÁZQUEZ GARCÍA, D., “Examen de la reciente jurisprudencia de la sala primera del Tribunal Supremo”, *Diario la Ley*, nº8536 de 11 de mayo de 2015.

²⁵ La Directiva MiFID incorporó un régimen de transparencia en las tarifas, informando a los clientes de las posibles retrocesiones de comisiones, que se ha completado con la Circular 7/2011, de 12 de diciembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre folleto informativo de tarifas y de contenido de los contratos-tipo, que elaboren para regular las relaciones con sus clientes minoristas.

²⁶ Directiva 2014/65/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 15 de Mayo de 2014, relativa a los mercados financieros, *Diario Oficial de la Unión Europea*, nº. L 173/349, de 12 de junio de 2014. Véase igualmente: Reglamento (CE) nº600/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativo a los mercados financieros y por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 648/2012. *Diario oficial de la Unión Europea*, nº L 173/84, de 12 de junio de 2014.

²⁷ Directiva 2008/48/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, *Diario Oficial de la Unión europea*, nº. L 133/67, de 22 de mayo de 2008. Entre MARÍN LÓPEZ, M.J., “La nueva regulación europea del crédito al consumo “. *Centro de estudios de consumo*. Véase en el link: https://www.uclm.es/profesorado/mjmarin/invest_art_35.pdf. (junio 2015). Incorporada a Derecho español mediante la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de

pago básica²⁸ o la Directiva sobre crédito residencial²⁹, por citar sólo los que para nosotros representan los ejemplos más destacados³⁰.

En el ámbito financiero, la Unión Europea se ha preocupado sobre todo de:

a.- Regular el deber de información en la fase precontractual de la formación del contrato en general mediante *model rules*.

b.- Estandarización de la información que se facilita al consumidor mediante fichas. Claramente la finalidad de esas fichas estandarizadas es prevenir defectos en la formación del contrato por no aportar la información necesaria para la formación de una voluntad libre y consciente. Es decir actúa sobre la fase previa al contrato.

Pero también se impone un deber de información durante la ejecución del contrato y eso ha sido una cierta novedad enmarcada en este tipo de negociación financiera. No basta informar antes o en el mismo momento de la celebración del contrato, sino también durante la toda la “vida” del mismo. En definitiva, se trata de fortalecer el sistema financiero europeo, armonizado, bien integrado y competitivo, uno de los pilares clave en el contexto de crisis financiera como el actual³¹. Así consta

crédito al consumo. *Boletín Oficial del Estado*, 25 de junio de 2011. Para referencias anteriores ver AGUILAR RUIZ, L., *La protección legal del consumidor de crédito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

²⁸ Directiva 2014/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014, sobre la comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago, el traslado de cuentas de pago y el acceso a cuentas de pago básicas Algunos comentarios a esta Directiva en: TOMÁS MARTÍNEZ, G., “Hacia una nueva regulación de las cuentas de pago en un contexto de crisis económica: más transparencia y accesibilidad en la Unión Europea”, *Revista Facultad de Derecho y CCCPP (Colombia)*, 2014, Vol. 44, No. 120, pp. 87-116; GÓMEZ URQUIJO, L., “El acceso a cuentas de pago básicas como elemento de cohesión e integración del mercado interior europeo”, *Revista General de Derecho Europeo*, 2014 (32).

²⁹ Directiva 2014/17/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014 sobre contratos de crédito celebrados con consumidores para inmuebles de uso residencial. Diario Oficial de la Unión Europea, nº. L 60/34, de 28 de febrero de 2014.

³⁰ JORGENSEN, T., “Credit advice”, *European Review of Private Law*, 2012, 4, pp. 961-988.

³¹ GRUNDMANN, S. & YESIM, M.A., *Financial services, financial crisis and general European Contract law: Failure and Challenges of Contracting*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011.

en el Acta del Mercado Único europeo de 3 de octubre de 2012³² entre las doce acciones prioritarias para generar efectos reales sobre el mercado que permitieran una mayor visibilidad y competitividad financiera, así como una mayor protección al consumidor cuya confianza se desea reforzar y, en definitiva, una mejor posición de la Unión Europea en el mercado global³³.

I.2. ÁMBITO SUBJETIVO DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN: EL CONSUMIDOR ¿Y EL EMPRESARIO?

Queda claro sin exceso de reflexión que realmente gran parte de la problemática que da lugar a reclamaciones en el sector financiero, se genera por la defectuosa información que se lleva a cabo en la fase precontractual³⁴, y aunque la cuestión de los deberes de información precontractual, es un aspecto dogmático en auge que afecta a la contratación en general³⁵ y de la responsabilidad civil correspondiente³⁶, es en el ámbito financiero donde probablemente ha tenido mayor incidencia. Se rebasa así el ámbito de la denominada *culpa in contrahendo* forjada

³² "Together for a new growth". Bruselas 3.10.2012. COM (2012) 573 final. Véase *Key action 12: "Give all EU citizens access to basic payment account, ensure bank account fees are transparent and comparable, and make switching bank accounts easier"*.

³³ TOMÁS MARTÍNEZ, "Hacia una nueva regulación...", op.cit., p. 91.

³⁴ Sobre el tema ver ampliamente: HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La obligación precontractual de la entidad de crédito de informar al cliente en los servicios bancarios y de inversión*. Madrid, Marcial Pons, 2014; IZQUIERDO GRAU, G., "Los deberes de información precontractual". *Revista Occa (consulta marzo 2015)*. Véase en: http://www.occia.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=caa84ab9-468e-4722-93d4-87512efa56e2&groupId=5857552.

³⁵ BASOZABAL ARRUE, Xabier, "En torno a las obligaciones precontractuales de información" *Anuario de derecho civil*, 2009, Vol. 62, Nº 2, 2009, pp. 647-712; VALÉS DUQUE, Pablo. *La responsabilidad precontractual*. Ed. Reus .Madrid, 2012.

³⁶ GARCIA RUBIO, M. P., "La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos", *Anuario de Derecho civil*, Vol. 63, Nº 4, 2010, pp. 1621-1642.

sobre los mimbres de la doctrina de R. Jhering y la cuestión alcance una notable importancia en el discurso científico³⁷.

No hablamos ya del cumplimiento literal de la normativa, en el sentido de que el contrato ya tenga “todo incluido” o que se entregue el folleto informativo o se realice el test de idoneidad, sino que este tipo de exigencias formales se conviertan en reales y con contenido sustantivo, que el cliente-usuario de banca se le explique con un lenguaje comprensible, el producto que va a contratar a través – sin duda- de un contrato de adhesión, que se le va a presentar a la firma. Esto ocurre no solo con los clientes particulares, sino también con los clientes “empresa” o autónomos que no alcanzan el mismo nivel de protección que el consumidor como persona física y destinatario final del producto o servicio financiero.

Para comenzar debemos defender un primer planteamiento en cuanto a la delimitación subjetiva de la protección y defensa de los usuarios de banca, y en nuestra opinión, lo que debería delimitar el ámbito subjetivo de protección al usuario de servicios bancarios y financieros, no es la circunstancia de tratarse de persona física o jurídica³⁸, porque ciertamente hoy en día nadie puede sustraerse a la actividad bancaria, sea este un particular o un pequeño comerciante, autónomo o una pyme, sino que lo que realmente puede llevar a condicionar su protección equiparable a la del consumidor, debería ser la situación de desigualdad evidente de posiciones entre los contratantes, en este caso banco y cliente, independientemente de que sea persona física o jurídica, máxime cuando todos los contratos bancarios se articulan como contratos de adhesión, y cuyo clausulado viene predispuesto por la entidad

³⁷ ASÚA GONZÁLEZ, Clara I. *La culpa in contrahendo. Tratamiento en el derecho alemán y presencia en otros ordenamientos*. Servicio de publicaciones de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989; GARCÍA RUBIO, M. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991.

³⁸ La definición de consumidor del TRLGDCU (RDL 1/2007), delimita el concepto de consumidor de forma objetiva, no limitándolo ciertamente a la persona física, pero entendiendo que en el caso de persona jurídica cuando adquiere un bien o servicio, debe ser el destinatario final del mismo y no integrarlo en un proceso productivo o destinado a negocio.

bancaria³⁹ que sin duda, y sobre todo frente a una pyme es la parte “fuerte” del contrato⁴⁰.

Algo que a pesar de ser obvio no contempla la ley, porque la figura del consumidor aparece ya en el texto constitucional de 1978 en el artículo 51, apartado segundo. Un precepto progresista para la época de su redacción que posteriormente quedó suficientemente definido en la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios de 1984⁴¹ acogiendo en su ámbito de protección a todos aquellos que fueran “destinatarios finales” de un bien o servicio, siendo denominados en este último caso usuarios, en lugar de consumidores o clientes propiamente dichos.

La protección que se otorga al consumidor persona física no le corresponde con carácter general al empresario o profesional. Señala Rivero Alemán que *“la inclusión de la persona jurídica entre sujetos consumidores queda restringida a la posición de destinataria final de bienes o servicios que adquiera, utilice o disfrute”*⁴²,

³⁹ ROSILLO FAIREN, A., *La configuración del contrato de adhesión con consumidores*, La Ley, Madrid, 2010, p. 34, hablando del nacimiento histórico de los contratos de adhesión, los configura como aquellos en los que se hace una oferta contractual inmutable, predispuesta por la otra parte contratante, económicamente fuerte que obliga al aceptante, como parte débil a aceptarla o rechazarla en su totalidad, sin poder negociar con el oferente sobre el fondo del contrato. Acaso- como máximo- el adherente tiene la facultad de escoger entre diversas ofertas pero sin que ello, implique una negociación real. Todo ello supone sin duda, la ruptura del tradicional axioma *quit dit contractuel, dit juste*.

⁴⁰ El principio de protección a la parte más débil del contrato ha encontrado también su lugar en la doctrina de armonización europea, véase por ejemplo el trabajo de: CHEREDNYCHENKO, O., *Fundamental rights. Contract Law and the protection of the weaker party a comparative analysis of the constitutionalisation of contract Law, with emphasis on risky financial transaction*, ed. Sellier, Munich, 2007.

⁴¹ Artículo 1.2. *A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.*

⁴² Sin embargo la Ley 7/ 1998 de 13 de abril de Condiciones Generales de la contratación, establece ya en su propio preámbulo que *“una cláusula es una condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas”*. De forma que quedan dentro de su ámbito de protección y el control judicial de contenido de las cláusulas de sumisión incorporadas a contratos de adhesión en los que la autonomía de la voluntad se ve poderosamente comprometida respecto de una de las partes que pierde su libertad contractual al ser impuesta, que en el caso del empresario no

entendiendo lógicamente que si la persona jurídica adquiere algo para su uso privado, entonces alcanza la categoría de consumidor, mientras que no es “consumidor” aquella persona jurídica que si *“adquiere, almacena, utiliza, o consume, bienes o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización, o prestación a terceros”* (art. 1.3 de la LGDCU).

Esta tesis articulada en el texto que ya ha sido derogado y sustituido por el Texto Refundido de la ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios⁴³ (en adelante, TRLGDCU) publicado por el R.D. Legislativo 16/ 2007 de 16 de noviembre, sigue siendo la mayoritariamente acogida por los tribunales incluso cuando se trata de defender a una empresa frente a una entidad bancaria. Aun así, un número importante de profesionales implicados en la defensa del usuario de banca defienden en la práctica esta tesis que empezó a ser acogida tímida aunque gradualmente desde hace varios años por algunos Tribunales de Justicia en diferentes reclamaciones en las que el usuario está en situación de demostrar su posición de inferioridad, aunque se trate de una persona jurídica, frente a la entidad financiera⁴⁴.

I.3 PROBLEMÁTICA

Son al menos dos los aspectos que plantean una problemática peculiar a los profesionales dedicados a la protección de los derechos de los clientes de banca o usuarios de servicios financieros, tanto en cuanto a la legislación aplicable o la complejidad de los contratos y la propia actitud del cliente.

excluye como proclama el propio preámbulo de la misma, a cualquiera que utilice condiciones generales, incluso dentro de su actividad profesional.

⁴³ El TRLGDCU, es aún más general en su definición de consumidor, estableciendo en su artículo 3 que a *efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.*

⁴⁴ A modo de ejemplo cítese la SAP de Jaén, Sección Primera, de 28 de abril de 2011. PO 138/2011 (JUR 2012\244834).

I.3.1. La legislación aplicable: heterogénea, dispersa y compleja

Un serio problema con el que se encuentra el profesional que atiende y defiende asuntos financieros y bancarios desde el punto de vista de la clientela, es la heterogeneidad normativa. No resulta fácil delimitar la normativa aplicable a las reclamaciones financiero-bancarias porque ciertamente no existe una única regulación específica ni un código completo que regule la totalidad del Derecho Bancario, lo cual lógicamente dificulta la tarea del profesional especializado que deberá conocer y manejar un elenco importante de legislación dispersa, diferente y cambiante, según el problema al que tenga que dar curso legal. Ello sin olvidar que el Derecho bancario y la problemática que genera ha cambiado de forma sustancial en los últimos tiempos, ajustándose por un lado a las exigencias cambiantes actividad económica y por otro al uso de nuevas tecnologías, a la rapidez y a la volatilidad del mercado financiero.

En esta línea Espín Gutiérrez otorga al Derecho Bancario varias características que es importante tener en cuenta: Es un derecho informativo porque carece de autonomía sustancial; en segundo lugar, es un derecho heterogéneo, pues en él se contienen normativa que, aunque mayoritariamente procede del Derecho Privado, no se limita a este ya que resulta aplicable el Derecho Administrativo, sin olvidar que en algunos casos también deberá acudir al Derecho Penal como en casos de revelación del secreto bancario, falsedad en documento mercantil o estafa; y en tercer lugar, es además un carácter marcadamente técnico, que no resulta sencillo de manejar. A la complejidad del manejo de la legislación aplicable, se le suma la del contenido de los contratos, cada vez más “atípicos”⁴⁵.

En este sentido no ha de olvidarse el papel que desempeñan las circulares del Banco de España que si bien carecen de rango de ley, sin embargo sí que cuentan con potestad reglamentaria, y de hecho gran parte de la regulación y funcionamiento

⁴⁵ ESPIN GUTIERREZ C., *Las Fuentes del Derecho Bancario*, en A. SEQUEIRA (dir.), *Derecho Bancario*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 98-99.

interno de las entidades de crédito, se realiza a través de la normativa proveniente de máximo organismo supervisor de los bancos⁴⁶.

I.3.2. La actitud del cliente *versus* la veracidad informativa

La tarea de regulación del derecho bancario-financiero europeo, desde el punto de vista del cliente, no es sencilla de abordar. Podría acometerse desde la existencia de varios principios generales que son aplicables a la contratación bancaria y financiera y que tienen que ver fundamentalmente con la información precontractual y contractual, la buena fe, o el desequilibrio y/o abusividad de las cláusulas contractuales:

Primero: La insuficiencia de “la mera referencia” recogida en el documento contractual, algo habitual en muchos contratos bancarios. Podemos encontrar una regulación de la misma en los PECL, cuyo Art. 2: 104 expresa de modo sencillo su contenido: “La mera referencia en el texto del contrato a una cláusula no es suficiente para considerar que se ha destacado de manera conveniente, aunque la otra parte haya firmado el documento”⁴⁷.

En numerosas ocasiones se ha abusado de este tipo de cláusulas, que deben evitarse, máxime cuando la entidad financiera traslada al cliente contratos complejos y de alto riesgo, en los que no se especifica claramente cuáles son las verdaderas responsabilidades que el cliente asume.

Segundo: Respecto a la información contractual el artículo 4:107 de los mismos PECL recoge bajo el título *Información Incorrecta*, lo siguiente: “Una parte que celebra un contrato basándose en una información incorrecta dada por la otra parte, podrá

⁴⁶ Véase la Circular del Banco de España nº 5/2012 de 27 de junio, que sustituye las Circulares del Banco de España nº 6/2000, 3/2006 y 2/2001.

⁴⁷ Los Principios del Derecho contractual europeo de los contratos, preparadas por la Comisión de Derecho Europeo de los contratos. Comisión presidida por Ole Lando. En su versión original los principios han sido publicados por LANDO, O. y BEALE, H., *Principles of European Contract Law*, Kluwer, The Hague/ London / Boston, 2000.

exigir una indemnización por daños y perjuicios conforme a los apartados (2) y (3), incluso cuando la información no haya provocado un error esencial en el sentido del art. 4. 103. Salvo que la parte que dio la información tuviera motivos para creer que la información era correcta”.

Nos parece esencial la anterior referencia, pues el cliente bancario, se siente perjudicado porque no se le ha informado correcta y suficientemente sobre el producto contratado, lo cual lleva a que el contrato no sea lo que realmente esperaba el cliente.

Tercero: Respecto al desequilibrio contractual también muchas veces objeto de reclamación en la contratación bancaria, se regula en el art. 4: 109, que tiene por título: *“Beneficio excesivo o ventaja injusta:.. “Una parte puede anular el contrato si, en el momento de su conclusión:*

- a) Dependía de la otra parte, tenía una relación de confianza con ella, se encontraba en dificultades económicas o tenía otras necesidades urgentes no tenía capacidad de previsión, o era ignorante, inexperimentado o carente de capacidad negociadora.*
- b) La otra parte conocía o debía haber conocido dicha situación, y atendidas las circunstancias y el objeto del contrato, se aprovechó de ello de manera claramente injusta u obtuvo así un beneficio excesivo.*

Llama la atención que se recoja expresamente la protección del contratante “inexperimentado”, otra de las cuestiones que afecta con frecuencia en la contratación bancaria respecto del usuario, ya que no conoce verdaderamente todas las características del producto que se le oferta, ni su verdadera complejidad ni el riesgo que puede asumir, o que simplemente el producto no se adecua a su perfil inversor.

Ciertamente en este sentido viene al caso la normativa MiFID, en vigor en nuestro país desde diciembre de 2007, que fruto de la trasposición a la normativa

española⁴⁸ de la Directiva 2004/39/CE, obliga a las entidades bancarias a trasladar la información adecuada al perfil del cliente, y sobre todo a proteger suficientemente al cliente más indefenso en cuanto a perfil de inversor (el llamado “minorista”) al menos experimentado. Aun así, en la práctica no observamos sino un cumplimiento formal y no real de la normativa, ya que los llamados test de conveniencia o de idoneidad se han convertido en unos formularios estándar, poco personalizados y que muchas veces ni siquiera contemplan los productos que se están ofertando al cliente, siendo este en la gran mayoría de las ocasiones minorista.

I.3.3. Tipología de los contratos

A la falta de unidad legislativa y la heterogeneidad de la misma, hay que añadirle, además, la complejidad de los contratos bancarios, muchos de ellos con contenidos técnicos y económicos de difícil comprensión, no solo para los usuarios, sino para el profesional del Derecho, que debe formarse en matemática financiera, si desea llegar en muchas ocasiones al fondo de la relación contractual que está analizando.

Ciertamente un ciudadano medio tiene un concepto jurídico y económico bastante claro de lo que es una cuenta corriente, un *leasing*, o un depósito, pero si ahondamos en productos como los contratos financieros atípicos, los depósitos estructurados, los contratos de derivados, o las acciones preferentes, todos ellos que se han hecho de uso común, nos encontramos con productos altamente complejos, no solo para el usuario medio, sino también y como ya se ha señalado para el operador jurídico.

⁴⁸ La entrada en vigor el 1 de noviembre de 2007 de la Directiva 2004/39/ CE, de la Normativa MiFID, de Mercados de Instrumentos Financieros obliga al prestador de servicios de inversión a que se adapten una serie de medidas que refuercen la protección del inversor, adecuando los productos que se le ofertan a su perfil de mayor o menor comprensión del producto ofertado, y el nivel de riesgo que esté dispuesto a asumir.

Sin obviar como hemos dicho más arriba que siempre se trata de contratos de adhesión en los que la posición dominante la ocupa la entidad bancaria y existe un desequilibrio en las posiciones, e independientemente de que el usuario-cliente lo sea como persona física o jurídica, se justifica en ellos el acudir a un experto. En estos contratos de adhesión, la entidad bancaria se desenvuelve en un lenguaje técnico financiero-económico con el que recoge las cláusulas que salvaguardan los derechos de la entidad, pero no tanto los derechos del cliente bancario. Por ello el letrado defensor del cliente de banca, deberá dominar también el lenguaje técnico económico financiero, para poder defender al cliente, pues ciertamente el contenido jurídico, resulta muchas veces difícil de delimitarlo entre el clausulado puramente matemático.

I.3.4. Actitud de los usuarios de banca

No cabe duda de que en general el consumidor o usuario de cualquier producto o servicio, cada vez es más consciente de sus derechos y se anima a reclamarlos (por ejemplo en casos de viajes cancelados, productos defectuosos, o servicios de suministros) sin embargo, no es tan contundente cuando se trata de iniciar una reclamación frente a una entidad bancaria, ante la que sigue teniendo sensación de “impotencia” por lo que se muestra mucho más reacio a contratar los servicios de un profesional que en otros asuntos legales que le puedan incumbir a lo largo de su vida o simplemente tiene la sensación de que “no hay nada que hacer”, precisamente por aplicación del principio de autorresponsabilidad, sobre lo que está firmado no es posible reclamar en una alusión popular al principio recogido en el artículo 1.091 CC.

Por ello con frecuencia el cliente opta por no reclamar ante la sensación de inferioridad ante la entidad bancaria, a la que considera muy superior en recursos y coberturas legales, o que en su caso, se decanta por realizar reclamaciones sin asistencia letrada, acudiendo a la vía extrajudicial, muchas veces verbal, o siendo escrita poco armada jurídicamente, de forma que se pierde el tiempo que podría ser el

necesario para articular una reclamación bien confeccionada y suficientemente articulada para su defensa y consecución de derechos.

Por ello es necesaria también la formación del ciudadano en materia bancaria, la educación financiera, al efecto de conocer mejor la tipología bancaria, y los derechos que le asisten y sobre todo, que adquiera conciencia de en qué casos puede y debe acudir a un profesional que le informe y le asista.

I.4. MECANISMOS DE PROTECCION EXTRAJUDICIAL DEL CLIENTE DE BANCA

La primera cuestión que debemos poner de manifiesto en este punto es que el régimen de protección del cliente bancario que articula la propia normativa bancaria resulta insuficiente. La Ley 26/88, de 29 julio, sobre Disciplina e Intervención en Entidades de Crédito (en adelante LDIEC) articula la protección del cliente bancario. El Banco de España la desarrolló a través de la conocida Circular 8/90, de 7 de septiembre, sobre Transparencia de las Operaciones y Protección de la clientela, que ha sido posteriormente “retocada”, pero que en esencia sigue siendo la base de la protección extrajudicial del cliente o usuario de los servicios financieros. En los últimos años, el deber de transparencia bancaria a través de la Orden EHA 2899/2011 de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, ha unificado el sistema de protección estableciendo unas determinadas obligaciones de transparencia e información precontractual con carácter genérico, y una serie de normas específicas de cara a depósitos, préstamos, servicios de pago y créditos y préstamos hipotecarios⁴⁹. En cumplimiento de lo establecido en la mentada LDIEC las

⁴⁹ La transparencia, la confianza del consumidor, y la estabilidad financiera son las bases sobre las que se sustenta la nueva Gobernanza del sistema financiero de la UE. Véanse sobre el tema: TOMÁS MARTINEZ, G. y GOMEZ URQUIJO, L., La protección al cliente bancario en el nuevo marco de gobernanza financiera europea. *Breve comentario a la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*, Diario La Ley, Nº 7842, Sección Doctrina, 20 Abr. 2012, Año XXXIII, Editorial LA LEY. LA LEY 4043/2012; y GÓMEZ URQUIJO, L. y TOMÁS MARTÍNEZ, G., “La Orden Ministerial de Transparencia y protección del cliente de servicios bancarios: un ejemplo del nuevo marco de confianza en el sistema financiero europeo” en GÓMEZ, F., HERRÁN, A., ATXABAL, A., *Retos del Derecho en una economía sin fronteras*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2012, pp. 65-72. Otros comentarios en: GARCÍA-ESCÁRZAGA GONZÁLEZ, F., “Protección de clientes bancarios”, *Revista del*

entidades bancarias se vieron obligadas a crear un sistema de protección el cliente canalizador de sus reclamaciones, que debe ponerse a disposición de todos los clientes (Capítulo II de la Circular 8/90).

En primer lugar, se establece que cada entidad financiera debe contar con un Servicio de Atención al Cliente (SAC) al que puede dirigirse directamente el cliente, sin tener que acudir a un profesional experto. Pero para ello tiene que conocer cuáles son sus derechos, y articular su reclamación. No se requiere un documento formal, y se puede plantear la reclamación incluso vía on-line.

El servicio cuenta con un plazo de dos meses máximo para dar respuesta, pero no existe obligatoriedad en responder, por lo que rige el silencio negativo. En este caso o en el de expresa respuesta negativa a las pretensiones del reclamante, este puede dirigirse en una segunda instancia ya ante el Servicio de Reclamaciones del Banco de España⁵⁰ (SRBE) al que además de la reclamación que pretende articular, se deberá aportar toda la documentación que obre en su poder sobre el tema y acreditar que por supuesto ha acudido con carácter previo al SAC, y que el conflicto no está dirigido ante los tribunales de justicia, pues de ser así el SRBE carecería de competencia para emitir su informe. El SRBE una vez recibida la reclamación, acusa recibo y numera el expediente, abriendo así un proceso, que se suele dilatar varios meses, en el que se solicitará informes a la entidad bancaria reclamada, y tras el análisis correspondiente se emitirá la correspondiente conclusión del Banco de España a través de un – normalmente – breve informe.

En todo caso los informes solo determinarán si se ha conculcado la transparencia en la información y la operativa de la entidad bancaria, y por otra parte, si la entidad financiera se ha apartado o no de las buenas prácticas y usos financieros. Algo que no es suficiente en la mayoría de los casos, porque los informes adolecen de falta de precisión exacta y se limita a esta afirmación genérica de

Colegio de Abogados de Bizkaia, 2011, núm. 206., pp. 12-13; MARTÍNEZ PÉREZ-ESPINOSA, A., “Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios”, *Revista Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 124, octubre-diciembre 2011, pp. 279-284.

⁵⁰ El Servicio de Reclamaciones del Banco de España, denominado como SRBE, fue creado en desarrollo del artículo 48,2 de la Ley 26/1988 de 29 de julio de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito.

“transparencia” y buenas o malas prácticas que tampoco están siempre bien delimitadas el concepto de buenos usos y buenas prácticas⁵¹.

Los informes nunca son vinculantes ni para la entidad bancaria, ni por supuesto, para los Tribunales. Lo que sí es un dato objetivo es que en los últimos años las reclamaciones ante el SRBE, se han incrementado un 30% en el 2008 y en los años sucesivos. En el año 2009⁵² se reconoció que se había producido el mayor incremento en el servicio en los últimos 23 años, esto es se contabilizaron 13.640 reclamaciones, frente a las 7.400 del año anterior, esto significa que las quejas se han prácticamente duplicado prácticamente a lo largo de 2009, con el comienzo de la crisis, sin lugar a dudas debido a estas. Las reclamaciones han aumentado en los últimos años, ascendiendo a 16.258 en el año 2013 frente a las 14.313 de 2012, de forma que son números importantes⁵³.

El sistema es a todas luces insuficiente, ya que el Banco de España carece de potestad sancionadora, que está reservada en nuestro Derecho a los Tribunales de Justicia, por lo que sus informes tienen un mero carácter orientativo. A la vez, y sobre todo en los últimos años se constata cómo en muchos casos los clientes incluso cuando los informes resultan favorables a sus intereses, la entidad bancaria no reconoce o no indemniza al reclamante que se ve abocado a acudir a otra instancia, esto es, los tribunales para que de una forma ya definitiva y definitiva, concluyan con la problemática y establezcan, en su caso, la correspondiente sanción.

Para los productos de inversión también se puede acudir en una primera instancia al SAC de la entidad bancaria que ha comercializado el producto, pero si la respuesta del Servicio no satisface al cliente, este debe dirigirse al servicio de

⁵¹ RIVERO ALEMAN, S., *Crédito, consumo y Comercio electrónico*, Aranzadi. Madrid, 2002 pp. 614 y 616 enumera una serie de “buenas prácticas bancarias” obtenidas de una antigua memoria del SRBE que se corresponde al año 1988, pero que ciertamente ha variado poco a día de hoy: Confianza y buena fe, claridad, transparencia y equidad, prudencia y diligencia exigible, libertad de pactos, etc. En definitiva, se trata de conceptos ético-jurídicos no siempre fáciles de determinar.

⁵² http://www.bde.es/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/09/Fich/Actividad_desarrollada.pdf.

⁵³ <http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/13/2.RESUMEN.PDF>

Reclamaciones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) que es competente para conocer y tramitar de las reclamaciones de los usuarios en relación a la actuación de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito cuando prestan servicios de inversión y de las gestoras de fondos y sociedades de inversión. La tramitación y plazos son similares a los que se establecen para las reclamaciones ante el Banco de España.

Aunque el proceso extrajudicial pueda haber sido tramitado por el propio usuario de banca, lo cual no siempre es lo más aconsejable, como ya se ha dicho, porque una correcta y fundada reclamación extrajudicial, sirve de soporte sólido para la posterior demanda ante los Tribunales, lo cierto es que en el supuesto en que si en la vía extrajudicial el cliente no obtiene la satisfacción a sus pretensiones, le resta acudir a los tribunales de justicia vía presentación de demanda judicial.

I. 5. LA DEMANDA JUDICIAL

Comenzamos diciendo que ciertamente la petición de nulidad, anulabilidad o en su caso resolución de un contrato, sea cual sea este, y más en el caso de un contrato bancario no ha sido una petición ni habitual ni fácilmente estimable por los tribunales de justicia.

Aun así la realidad de las cosas está poniendo de manifiesto que este planteamiento resulta la única opción plausible cuando el cliente de un servicio financiero, ha sido escasamente informado en la fase precontractual o contractual, con una información parcial, escasa o defectuosa en la misma que puede variar desde considerarse que se han violado normas imperativas (nulidad radical ex artículo 6.3 CC); o bien que se ha inducido a error (existe algún caso -los menos- que han considerado que el error era tan importante, como para entender que provocaba ausencia de consentimiento y por lo tanto el contrato adolecía de nulidad radical-⁵⁴);

⁵⁴ Así se recoge en la recientísima sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Salamanca, de 7 de julio de 2015 (E.A.), que a su vez menciona la SAP de Madrid de 3 de septiembre de 2012(392/12).

o, por último, puesto que el cliente que ha prestado su consentimiento en la convicción de que el producto contratado reunía unas características y condiciones que realmente no son tales, sobre todo en cuanto al nivel de riesgo que estaba dispuesto a asumir, y muchas veces incluso en la fase probatoria del procedimiento judicial, se pone de manifiesto que el propio gestor bancario o intermediario no conocía suficientemente el producto que estaba ofreciendo, lo cual, lógicamente no le exime de responsabilidad, máxime si la contratación del mismo ha supuesto consecuencias perjudiciales para el cliente, que está dispuesto a reclamarlas incluso en la vía judicial.

Sin embargo y a nuestro entender, la carga probatoria tanto a la luz de la normativa aplicable que luego se expondrá, como por el principio de facilidad probatoria recogido en el art. 217.7 LEC debería ser el intermediario financiero el que deberá probar el cumplimiento completo del deber de información, el del deber de transparencia y de adecuación del contrato al perfil de inversor del cliente. En muchos otros casos, al contrario, es el cliente bancario perjudicado por el defectuoso asesoramiento y falta de información antes durante y después de la contratación, el que se ve en la necesidad de probar que el banco ha actuado incorrectamente y que efectivamente no reúne el perfil requerido para el producto, en una suerte de inversión de carga de la prueba.

I.6. DERECHO Y DEBER DE INFORMACIÓN

Al inicio de la crisis en la práctica judicial bancaria, tanto en las demandas como en las resoluciones, se mencionaba de una forma genérica el deber de información y su cumplimiento o incumplimiento, incluso alegando que la normativa bancaria que obligaba a la información era una normativa administrativa, cuya violación no debía ser apreciada como suficiente para poder determinar la nulidad del contrato. Sin embargo, poco a poco se ha observado una evolución hacia la comprensión de que el

ROJ 14692/2012) en las que se considera que el error es tan esencial que provoca no la nulidad sino la inexistencia del contrato (la sentencia será comentada en el epígrafe destinado a la acción de nulidad.

deber informativo es esencial y corresponde a la entidad financiera. Más aún debe ser mayor el esfuerzo de la misma cuando menor sea el grado de conocimiento del cliente, para que este actúe en consecuencia, y más aún cuando ha sido la entidad financiera quien ha realizado la oferta comercial del producto.

En este sentido, resultará fundamental la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea procedente de la Sala Cuarta de 30 de mayo de 2013, que centra la cuestión del asesoramiento en materia de inversión. En esta sentencia el Tribunal europeo, precisamente dictada en relación a contratos de permuta financiera (swaps) aprecia la existencia de asesoramiento en materia de inversión cuando se realiza una recomendación personalizada a un cliente, sea a petición de este o sea a iniciativa de la empresa de inversión con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros⁵⁵.

Constituye un importante avance en el derecho a la información y en el “asesoramiento” en la comercialización de este tipo de productos financieros, que va más allá de la mera información o presentación del producto, pues requiere no solo una labor más activa de la entidad financiera que es la que presta el servicio, sino que además debe ahondar en la verdadera comprensión y conocimiento por parte del cliente, incurriendo en responsabilidad contractual si no cumple con su cometido.

I.6.1 Ámbito y concepto

No cabe duda de que la cultura financiera de nuestra sociedad debería ser mayor, pero no es menos cierto, siguiendo a Garrigues, que en la contratación bancaria tenemos demasiado instalada la cultura del “*dónde hay que firmar*”⁵⁶. Por ello

⁵⁵ Asunto C-604/11, Genil 48, S.L. y Bankinter, S.A., Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.

⁵⁶ GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*. 2ª Ed. revisada y corregida por S. MOLL, ed. Imprenta Aguirre, Madrid, 1975, p. 181: “Las condiciones generales crean un marco dibujado a gusto del banco y precisamente para conseguir descargar sobre el cliente todos los hechos que puedan originar daño o responsabilidad, condiciones oscuras y sorpresivas, desplazamientos de riesgos propios de la actividad empresarial, etc. no siempre acordes con el art. 14 de CE, y que traen como consecuencia una cierta

es fundamental que los clientes o potenciales clientes bancarios conozcan el alcance del derecho y el deber de información porque ello ahonda en su protección como inversores y facilita la prueba en el caso de tener que acudir a una reclamación.

Resulta sabido que el sector bancario utiliza de forma ordinaria contratos de adhesión o contratos en masa, con unas condiciones generales unilateralmente redactadas por las entidades financieras que han de ser aceptadas en bloque por el cliente si este quiere obtener el servicio solicitado, siendo el banco o caja, el agente calculador habitual de la operación y sin demasiada posibilidad de discusión, salvo, naturalmente en los contratos celebrados entre dichas empresas o corporaciones, entre los cuales ya se parte de una relación de equilibrio al menos a nivel económico.

La complejidad del mercado financiero en los últimos años, especialmente en lo que a productos de inversión de refiere, ha provocado la necesidad de contar con mayor especialización del personal que interviene en su contratación y ha repercutido también en que el ámbito normativo ahonde en la cuestión de mayor transparencia e información en el asesoramiento al cliente, tanto en el momento previo a la contratación como a lo largo de la vigencia del contrato, y tanto si se trata de productos a corto plazo, porque la incertidumbre de los mercados financieros es grande, como si se trata de contratos a mayor plazo porque el riesgo también puede ser mayor.

El deber de información previo a la contratación de cualquier producto financiero y máxime si es de inversión y de riesgo, debe proceder lógicamente de la entidad financiera, sea esta la que directamente gestione el producto o sea la que sirve de intermediara. En este contexto la figura del gestor bancario tiene la condición de *factor*. Puede traerse a colación aquí la doctrina que se utiliza en numerosas resoluciones judiciales y que se concreta en la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2007, en la que se recoge que el factor de una sucursal bancaria ha de ser considerado como factor de la entidad a la que representa. Según dicha resolución, *“el factor es aquella persona que está habilitada para realizar en nombre y por cuenta del*

cultura del *“donde hay que firmar”* del ciudadano que carece de conocimientos de derecho mercantil, o matemática financiera.

empresario el giro y tráfico propio (art. 281 del Código de comercio). Es por esta razón que el artículo 285 del Código de Comercio establece que el responsable de los contratos que el factor realice con terceros es el empresario siempre que se refieran al giro o tráfico de la empresa (SSTS de 22 de junio 1989, 14 de mayo 1991, 13 de mayo 1992, 18 de noviembre 1996, 31 de marzo de 1998)”. De esta forma se articula que el agente bancario, es la persona que realmente intermedia con el cliente, en todas las fases de la relación mercantil (precontractual y post contractual) y que en todo caso, actúa en nombre de la entidad a la que representa”.

Como hemos señalado más arriba, el deber de información no ha sido descuidado en general por la legislación, pero si es cierto que, en ocasiones, ha pasado desapercibido para algunos tribunales, o tal vez sería más correcto señalar que no siempre se le ha prestado la atención merecida, teniendo en cuenta que la mayor parte de los contratos bancarios se sustentan en la confianza y buena fe del cliente en el gestor de la entidad al que el cliente considera como el profesional competente para ofrecerle, dentro del negocio, el producto que mejor se ajusta a sus objetivos y necesidades.

La aceptación y el desarrollo de un negocio de intermediación en la comercialización de contratos de inversión, obligan a sus prestadores al cumplimiento de un cúmulo de obligaciones con respecto a sus clientes y por las que perciben una remuneración en forma de comisiones y resulta conocido que todo comisionista tiene claras obligaciones respecto del comitente como así se especifican en los artículos 244 a 280 del Código de Comercio.

La importancia de una idónea información y un correcto asesoramiento encuentra su razón de ser en la necesidad de protección de la que precisa el cliente bancario, pues el gran elenco de productos de ahorro e inversión que existe en la actualidad hace imposible adquirir una comprensión clara y completa de los mismos. Es misión del prestador del servicio de intermediación ejercer su función como profesional financiero en virtud del grado de conocimiento que posee- o debe poseer- no solo de la normativa propia del Mercado de Valores, sino la del mercado financiero en sí mismo.

I.6.2. Apoyo normativo al derecho y deber de información

Sin perjuicio de la normativa de carácter específico que deba aplicarse a cada relación contractual, vamos a exponer la normativa genérica dentro del ámbito del Mercado de Valores, sin olvidar el papel supervisor de que se ejerce a través de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que a través de sus circulares⁵⁷, va estableciendo pautas de apoyo que deben ser adoptadas por las gestoras con el fin de cumplir la legislación aplicable. La normativa reguladora básica de la que partimos en esta materia está constituida por la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores, modificada por la Ley 37/1998 y por el Real Decreto 629/1993 de 3 de Mayo de Normas de Actuación en los Mercados y Registros Obligatorios. Dicha legislación tenía como causa de origen, precisamente el otorgar mayor protección al cliente bancario, y ponía el acento especialmente en el correcto asesoramiento que debía prestar la entidad, con el fin de adecuar el producto al interés del cliente.

El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de Actuación en los Mercados de Valores y Registros⁵⁸, que estuvo vigente hasta el 17 de febrero de 2008, surgió precisamente en el desarrollo de la LMV con el fin de recoger una normas de conducta entre los agentes intervinientes en los mercados de valores. Muchos

⁵⁷ En cuanto a las circulares más relevantes sobre normas de conducta en los mercados de valores debemos señalar las siguientes: Circular 3/1993 de 29 de diciembre de la CNMV sobre registro de operaciones y archivo de justificantes de órdenes, Circular 1/1996 de 27 de marzo, de la CNMV sobre normas de actuación, transparencia, e identificación de los clientes en las operaciones del mercado de valores. Circular 2/2000, de 30 de mayo, de la CNMV sobre modelos normalizados de contrato- tipo de gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión y otros desarrollos de la Orden de 7 de octubre de 1999.

En esta materia resulta de interés, sobre todo a la luz del cambio de situación económica, la conferencia pronunciada por el Vicepresidente de la CNMV en 2007, dentro de los cursos de verano de la UIMP en Junio de 2007 dentro del curso de *“Por qué el sistema financiero español es más eficiente de Europa”*, y que se publica en la propia web de la entidad supervisora. Véase ARENILLAS LORENTE, C., *El papel de la CNMV en los mercados de valores y los retos del futuro*, Conferencia pronunciada en Cursos de la UIMP: <http://www.cnmv.es/Portal/AIDia/Discursos.aspx?tipo=1> , Santander, Junio 2007, pp. 1-17.

⁵⁸ Según el título 1 Ámbito de aplicación, Art. 1: *“Las disposiciones contenidas en el presente Real Decreto, incluido su anexo, serán de aplicación a las operaciones y actividades mencionadas en el artículo 71 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que realicen las Sociedades y Agencias de Valores, ya se refieran a valores negociados en algún mercado organizado, oficial o no, situado en España o en el extranjero, ya a valores no negociados en tales mercados”*.

contratos que hoy se discuten por haber generado serios perjuicios a los clientes se firmaron bajo su vigencia, y la mayor parte de las resoluciones judiciales la mencionan en sus fundamentos jurídicos.

En ella se establecían ya aspectos importantes en orden a la protección del inversor, por ejemplo en relación a la información que se debe prestar a la clientela. En el art. 16.2 RD 629/1993⁵⁹ se recogía que: *“Las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. En este sentido, dispondrán y difundirán los folletos de emisión, informarán sobre la ejecución total o parcial de órdenes, fechas de conversión, canjes, pagos de cupón y en general, de todo aquello que pueda ser de utilidad a los clientes en función de la relación contractual y del tipo de servicio prestado”*.

El mencionado Real Decreto 629/1993, contiene un Anexo que recoge un verdadero Código General de Conducta de los Mercados de Valores, con siete artículos generales, resultando de especial mención el art. 5 en el que se dispone que: *“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 adecuada para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos”*.

Se acredita pues, un marco protector para el cliente bancario, muy especialmente en el ámbito de la información exigible. Es obvio que las entidades deberán informar, bajo las premisas de rigor, claridad, corrección, precisión, suficiencia, y oportunidad del riesgo que comportan las operaciones.

De esta forma no resulta suficiente una advertencia genérica acerca del riesgo que comporta una operación, sino que según el mismo Anexo del RD 629/1993, art. 5, del Código General de Conducta de los Mercados de Valores, acerca del riesgo debe tratarse de una *“información clara, concisa y comprensible acerca de la inversión”*⁶⁰.

⁵⁹ El RD 629/1993 de 3 de mayo, sobre Normas de Actuación en los Mercados de Valores y Registros, fue desarrollado parcialmente por la Orden de 25 de octubre de 1995.

⁶⁰ R.D. 629/1993 sobre Normas de Actuación en los Mercados de Valores y Registros, Anexo Código General de Conducta del Mercado de Valores, art. 5.3: *“La información a la clientela debe ser clara,*

Como se verá a lo largo de la presente tesis, la mayor parte de los contratos que han sido objeto de reclamación jurídica, contenían “advertencias” sobre el riesgo que podían entrañar, así como cláusulas de asunción de responsabilidad por parte del cliente. Esta cuestión no será menor, pues una vez más mediante la firma del contrato, se traslada genéricamente el riesgo al cliente mediante cláusulas pre-redactadas pero cuyo contenido no ha sido objeto de verdadera información ni por lo tanto de conocimiento del cliente.

Junto al deber de información y transparencia del Código General de Conducta de los Mercados de Valores, se incluye también el cumplimiento de una labor de vigilancia y supervisión por parte de los intermediarios financieros, de forma que estos deben actuar con un grado de diligencia acorde con la relevancia y riesgos inherentes a las operaciones que se traten.

El Real Decreto 217/2008, sobre Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios de Inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003 de 4 de noviembre de Instituciones de Inversión Colectiva y por el que se derogó el RD 629/1993 de 3 de mayo, de Normas de actuación en los mercados y registros obligatorios, en el art. 64, recoge que las *“empresas que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación de cliente como minorista o profesional.*

En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a este instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tener decisiones de inversión fundadas.”

Aun así, y a la vista de la complicación de los mercados financieros y de la transnacionalidad de muchas operaciones de inversión, la UE perfila a través de

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.”

diferentes Directivas la necesidad de crear una normativa comunitaria que fuera incidiendo en el aspecto de la protección de los inversores dentro del marco UE.

I.6.3. Especial referencia a la normativa MiFID

La Directiva 2004/ 39/ CE del Parlamento Europeo y el Consejo de 21 de abril de 2004 relativa a los mercados de Instrumentos Financieros⁶¹ planteaba dos objetivos fundamentales: por una parte, proteger a los inversores y preservar la integridad del mercado, estableciendo requisitos armonizados para la actividad de los intermediarios autorizados; y por otra parte, también fomentar la equidad, la transparencia, la eficacia y la integración de los mercados financieros. En el cuerpo de esta Directiva nos interesa destacar ahora los arts. 19 y 40:

Artículo 19: Normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes

- 1. Los Estados miembros exigirán que, cuando preste servicios de inversión o, en su caso, servicios auxiliares a clientes, la empresa de inversión actúe con honestidad, imparcialidad y profesionalidad, en el mejor interés de sus clientes, y observe, en particular, los principios establecidos en los apartados 2 a 8.*
- 2. Toda la información, incluidas las comunicaciones publicitarias, dirigidas por la empresa de inversión a los clientes o posibles clientes serán imparciales, claras y no engañosas. Las comunicaciones publicitarias serán claramente identificables como tales.*
- 3. Se proporcionará a los clientes o posibles clientes de manera comprensible información adecuada sobre la empresa de inversión y sus servicios, los instrumentos financieros y las estrategias de inversión propuestas; esta información debería incluir orientaciones y advertencias apropiadas acerca de los riesgos asociados a las inversiones en esos instrumentos o en relación con*

⁶¹ <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:145:0001:0044:ES:PDF>.

Esta Directiva modifica las Directivas 85/611/ CEE y 93/ 6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/ 12/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93 / 22/ CEE del Consejo.

estrategias de inversión particulares, centros de ejecución de órdenes, y gastos y costes asociados, de modo que les permita, en lo posible, comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece y, por consiguiente, puedan tomar decisiones sobre la inversión con conocimiento de causa. Esta información podrá facilitarse en un formato normalizado.

- 4. Al prestar asesoramiento en materia de inversiones o realizar gestión de carteras, la empresa de inversión obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio, la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente o posible cliente, con el fin de que la empresa pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan.*
- 5. Los Estados miembros se asegurarán de que las empresas de inversión, cuando presten servicios de inversión distintos de los contemplados en el apartado 4, pidan al cliente o posible cliente que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, de modo que la empresa de inversión pueda evaluar si el servicio o producto de inversión previsto es adecuado para el cliente. En caso de que la empresa de inversión, basándose en la información recibida en virtud del apartado anterior, considere que el producto o servicio no es adecuado para el cliente o posible cliente, deberá advertirle de su opinión. Esta advertencia podrá facilitarse en un formato normalizado.*

Artículo 40. Admisión de instrumentos financieros a negociación

Un valor mobiliario que haya sido admitido a negociación en un mercado regulado podrá ser admitido posteriormente a negociación en otros mercados regulados, aun sin el consentimiento del emisor y de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Directiva 2003/71/CE. El mercado regulado deberá informar al emisor de que sus valores se negocian en ese mercado regulado. El emisor no estará obligado a facilitar directamente la información

requerida en el apartado 3 a ningún mercado regulado que haya admitido los valores a negociación sin su consentimiento.

En estos dos preceptos la Directiva recoge fundamentalmente un marco general regulador para los mercados financieros en la UE, estableciendo en particular las condiciones de funcionamiento relativas a la prestación de servicios de inversión, y servicios auxiliares, los requisitos de información sobre las operaciones en instrumentos financieros dentro de la UE y se profundiza en la necesidad de transparencia de las operaciones con acciones que se negocian en mercados. Con este planteamiento se estaba creando un marco idóneo para la implementación en los países de la UE una normativa común que ahondara en los principios establecidos en esta Directiva.

El legislador español lleva a cabo la trasposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los Mercados de instrumentos Financieros, coloquialmente conocida como MiFID⁶², que entra en vigor en España el 1 de noviembre de 2007.

Los productos MiFID que no están afectados, esto es que no requieren pasar por control previo de idoneidad o conveniencia serían los más habituales del tráfico bancario y resultan suficientemente conocidos por los ciudadanos en su funcionamiento básico, como cuentas corrientes, libretas de ahorro, imposiciones a plazo fijo o depósitos a plazo de rendimiento variable con capital garantizado, planes de pensiones, y seguros de ahorro. Queda claro que principal objetivo de esta norma es mejorar la protección de los clientes que no tienen experiencia inversora y ahonda fundamentalmente en el aspecto informativo previo a la contratación de un producto de inversión o especulativo.

De esta forma se confirma que la protección del inversor adquiere una relevancia prioritaria, quedando patente la necesidad de diferenciar entre distintos tipos de inversores según sus conocimientos, que es la nota características de la nueva

⁶² MiFID responde a las iniciales de la expresión: *Markets in Financial Instruments Directive*.

normativa con el objetivo primordial de garantizar que el nivel de información y asesoramiento que se preste a los clientes sea el adecuado a su perfil. La Directiva, en definitiva, establece el marco general de un régimen regulador para los mercados financieros en la Unión Europea, exponiendo, en particular, las condiciones de funcionamiento relativas a la prestación de servicios de inversión y servicios auxiliares, los requisitos de organización exigibles a quienes presten esos servicios de inversión, así como los exigibles a los mercados regulados, los requisitos de información sobre las operaciones en instrumentos financieros efectuadas en el ámbito de la Unión Europea y los requisitos de transparencia de las operaciones con acciones que se negocian en mercados regulados.

Esta Directiva se complementó con otras entre las que cabe destacar las siguientes:

.- Directiva 2006/31/CE de la Comisión de 05/04/2006, que modificó el artículo 70 de la MiFID, al objeto de ampliar hasta el 31 de enero de 2007 el plazo o fecha límite para que los Estados miembros la incorporaran a sus ordenamientos. Sin embargo, el Estado español no lo hizo hasta que se aprobó la Ley 47/2007 el 19 de diciembre de 2007. Es decir, el Reino de España no cumplió el plazo límite establecido para incorporar la MIFID a su ordenamiento interno, sin que este hecho pueda suponer una pérdida de derechos y perjudicar a los inversores minoristas o clientes bancarios.

.- Directiva 2006/73/CE de la Comisión de 10/08/2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE (MIFID) del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a *los requisitos* organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión, y términos definidos a efectos de dicha Directiva. En relación a ese deber de proporcionar una información adecuada, clara y transparente, por parte de las empresas de inversión, esta Directiva 2006/73/CE, de 10 de agosto que complementa la Directiva MIFID de 2004 dice:

“Norma 45.- Las empresas de inversión deben proporcionar a sus clientes o posibles clientes información adecuada sobre la naturaleza de los instrumentos financieros y de los riesgos asociados con la inversión en los mismos, de modo que los clientes puedan adoptar cada decisión de inversión sobre la base de una información

adecuada. El nivel de detalle de dicha información puede variar en función de la condición del cliente, esto es, según se trate de un cliente minorista o un cliente profesional, así como de la naturaleza y el perfil de riesgo de los instrumentos financieros que se estén ofreciendo, pero esa información no debe ser nunca tan general que se omitan elementos. Es posible que para algunos instrumentos financieros solo la información que haga referencia al tipo de instrumento sea suficiente, mientras que para otros la información deba ser específica al producto.

Norma 46.- Las condiciones que debe cumplir la información facilitada por las empresas de inversión a sus clientes y posibles clientes a fin de que sea imparcial, clara y no engañosa deben aplicarse a las comunicaciones destinadas a los clientes minoristas de forma apropiada y proporcionada, teniendo en cuenta, por ejemplo, los medios de comunicación y la información que la comunicación pretende transmitir a los clientes o posibles clientes. En especial, no sería adecuado aplicar estas condiciones a las comunicaciones publicitarias que consten solo de uno o varios de los siguientes elementos: el nombre de la empresa, un logotipo u otra imagen asociada con la empresa, un punto de contacto, una referencia a los tipos de servicios de inversión prestados por la empresa, o a sus honorarios o comisiones.

Norma 47.- A efectos de la Directiva 2004/39/CE y de la presente Directiva, debe considerarse que la información es engañosa si puede inducir a error a la persona o personas a las que va dirigida o que puedan previsiblemente recibirla, independientemente de si la persona que facilita la información la considera, o pretende que sea, engañosa.

Norma 48.- Para determinar qué constituye provisión de información con suficiente antelación a un momento especificado en esta Directiva, las empresas de inversión deben tener en cuenta, habida cuenta de la urgencia de la situación y del tiempo necesario para que el cliente asimile y reaccione a la información específica proporcionada, la necesidad que tiene el cliente de contar con tiempo suficiente para leerla y comprenderla antes de adoptar la decisión de inversión. Normalmente, un cliente necesitará menos tiempo para examinar la información sobre un producto o servicio sencillo o normalizado, o sobre un producto o servicio de un tipo que haya

adquirido anteriormente, del que requeriría para un producto o servicio más complejo o desconocido.”.

Respecto a la clasificación de los inversores, la MiFID recoge un catálogo de tres tipos de inversores:

A, Minorista: en cuya categoría se incluirían a todos los clientes que no tengan una experiencia inversora importante.

B. Profesional: que incluirían en algunos clientes de Banca privada, grandes patrimonios o grupos empresariales importantes.

C. Contraparte elegible, siendo incluidas en dichas categorías, otras entidades (financieras y bancos centrales).

Y esta norma establece como obligaciones de las empresas de servicios de inversión las siguientes:

- A. Solicitar información al cliente para conocer su perfil para valorar la idoneidad del producto al cliente, y poder aconsejarle en la toma de una decisión adecuada en orden a prestarle los servicios más adecuados.
- B. La entidad solo ofrecerá los productos que sean adecuados para el cliente, teniendo en cuenta sus conocimientos y experiencia para valorar correctamente su naturaleza y riesgos
- C. La entidad debe facilitar la información al cliente antes, durante y después de realizar la inversión sobre los riesgos que asume, y los costes de la misma, incluidos gastos y comisiones directos e indirectos que sean inherentes a la operación.

Para garantizar esa eficaz protección del inversor, la entidad deberá:

1. Actuar de forma honesta imparcial y profesional buscando siempre el interés de sus clientes

2. Proporcionar información imparcial, clara y no engañosa, a fin de que el cliente pueda comprender las implicaciones reales del producto y tomar decisiones informadas.
3. Prestar los servicios y ofrecer productos teniendo en cuenta las circunstancias personales de los clientes, evitando de ese modo que se contraten productos o servicios no ajustados a su perfil.

La normativa MiFID aunque no deroga la LMV de 1988, sí la modifica y la amplía sustancialmente, siendo destacable la modificación que sufre el art.78 con el fin de incluir el catálogo de inversores. Así el art. 78, bis 4 LMV delimita sobre todo aquellos clientes que puedan tener carácter de “profesionales” siendo definidos los clientes minoristas por exclusión a estos⁶³. En la categoría de clientes minoristas se recogen la mayoría de los clientes particulares que contratan productos de inversión. Cuando el cliente desee ser pasado a la categoría de profesional, deberá solicitarlo expresamente y además reunir algunas condiciones relativas a la frecuencia y volumen de operaciones que realizan, el valor de su cartera y su experiencia profesional en los mercados.

El aspecto de la información viene regulado actualmente en el art. 79 bis LMV, que establece claramente que: *“las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento adecuadamente informados a sus clientes. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara, y no engañosa: 4.-El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado...”*.

Unos meses más tarde de la entrada en vigor de la normativa MiFID se publicó el RD 217/2008 de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, que a su vez, había sido aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre.

⁶³ Art. 78 bis.4 LMV: *“se considerarán clientes minoristas todos aquellos que no sean profesionales”*.

En dicho Real Decreto se regulan en los arts. 72 y 73 la necesidad de que todos los clientes de la entidad realicen un test de conveniencia e idoneidad para poder adecuar los productos a su perfil. El art. 72 RD 217/ 2008 recoge que: “Cuando la entidad presta servicios de asesoramiento en materia de inversiones o gestión de carteras, debe obtener del cliente toda la información necesaria sobre sus conocimientos y experiencia inversora con el fin de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión que mejor le convengan”.

Para ello, como se ha dicho, se deben realizar obligatoriamente los denominados test de idoneidad y conveniencia, a través de los cuales se trata de valorar los conocimientos y experiencia del inversor esté en este momento dispuesto a contratar o no, ya que según recoge la normativa MiFID las entidades deben calificar a todos sus clientes, a partir del mismo momento de su entrada en vigor. Los citados test o cuestionarios se realizarán en la fase precontractual:

a.- Test de conveniencia, que se realiza en el caso de que el cliente vaya a contratar un producto complejo (como son los contratos de derivados, futuros y opciones): consiste en un conjunto de preguntas que las entidades realizan a sus clientes con el fin de determinar la conveniencia o no de un producto, valorando sus conocimientos y experiencia. El resultado de dicho test debe ser comunicado al cliente o potencial cliente, en dicho test se determinará si el mismo se considerará Apto o No Apto para la contratación.

b.- Test de idoneidad⁶⁴, que se realiza en los casos en que se presta asesoramiento al cliente en inversiones o se gestiona en su nombre una cartera de

⁶⁴ El contenido más completo que deben recoger los cuestionarios se establece en el art. 74 del RD 217/2008 en el que: “1. A los efectos de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, la información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previstos, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:

a. Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente.

b. La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado.

c. El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes.

valores. El cuestionario consiste en un conjunto de preguntas que las entidades financieras realizarán a sus clientes para obtener de él los datos necesarios para conocer los objetivos de su inversión y su situación financiera.

De esta forma no solo se intenta garantizar el derecho de información, sino la adecuación del producto a las necesidades y expectativas del cliente. Siendo esta segunda cuestión la que resulta más novedosa tras la entrada en vigor de la MiFID. Puesto que está claro que las entidades tienen deber de lealtad con los clientes, aunque no lo establezca expresamente una norma; pero con MiFID es una obligación normativa, pues el producto ofertado debe ser explicado con claridad al cliente, pero es que además debe mostrarse como conveniente para éste.

En la realidad de los hechos, cabe decir que el profesional jurídico se encuentra algunas veces con que dichos cuestionarios formalmente son documentos estandarizados, que no reflejan realmente la experiencia y los conocimientos del cliente concreto o que no responden a las características exactas del producto ofertado y, que son cumplimentados en no pocas ocasiones de forma unilateral por la propia entidad bancaria, y sobre todo y nuestro juicio más importante que el cliente no resulta consciente de la importancia probatoria que el documento puede tener de cara a una posible reclamación posterior⁶⁵.

Queda en todo caso claro, que a diferencia del test de conveniencia, si el cliente no cuenta con el test de idoneidad, o este se niega a realizarlo la entidad debe comunicarle la imposibilidad de ofrecerle el servicio.

La Comisión Nacional del Mercado de Valores establece un posible modelo⁶⁶ que reúne las características que deben ser tenidas en cuenta en la elaboración de los

2. En ningún caso, las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información prevista en los apartados 6 y 7 del artículo 79 bis de la Ley/1988, de 28 de julio.”

⁶⁵ Respecto al cumplimiento formal, no real del test de conveniencia, la SAP de Navarra, Sección 3ª, de 13 de mayo de 2015 (165/ 2014) recoge que: “De todas maneras lo que aporta como documento nº3 del escrito de contestación no puede considerarse un test de conveniencia, ya que en el mismo el empleado de la entidad bancaria se limitó a rellenar un formulario sin evaluar en base a los conocimientos del cliente sus conocimientos”.

⁶⁶ <http://www.gref.org/nuevo/docs/TestConveniencia.pdf>

cuestionarios, pues como se ha dicho su fuerza probatoria es importante en el supuesto de exigencia de responsabilidad a la entidad financiera. De esta forma entendemos que dicho test debería realizarse de forma personalizada y en el mismo debe quedar recogido de forma muy específica y comprensible para la clientela media sobre todo en lo referente a los riesgos que entraña la contratación de un determinado producto bancario.

En consecuencia, queda claro que el papel del intermediario es el de un verdadero asesor, y no debe limitarse a una información objetiva y superficial del producto, el asesoramiento, como rezaba el Libro Verde sobre los servicios Financieros al por menor en el mercado único de 30 de abril de 2007, es algo más: “asesorar no es lo mismo que informar” y no resulta suficiente la mera descripción objetiva del producto, que es a lo que se tiende, sino que se trata de que el contrato realmente se amolde a la necesidad del cliente y se adecue al riesgo que está dispuesto a asumir⁶⁷.

A nuestro entender en orden a la cuestión probatoria consideramos que en el caso de productos de inversión complejos la carga de la prueba sobre la existencia de un adecuado asesoramiento debe pesar sobre el profesional financiero respecto del cual la diligencia exigible no es la genérica *de un buen padre de familia* sino la específica del *ordenado empresario y representante leal* en defensa de los intereses de sus clientes, conforme al contenido del Art. 2 de la Orden Ministerial de 7 de octubre de 1999 del Ministerio de Economía y Hacienda que desarrolla el Código de Buena Conducta y Normas de Actuación en la Gestión de Carteras de inversión estableciendo *que las entidades deben solventar a sus clientes información sobre su experiencia inversora, objetivos, capacidad financiera, y preferencia de riesgo- sin que quepa*

⁶⁷ En el “Libro Verde sobre los servicios financieros al por menor en el Mercado Único”, de 30 de abril de 2007, COM (2007) 226 FINAL, analiza los problemas y las posibles vías de solución en dicho ámbito, se manifiesta, en su página 19, lo siguiente: “Asesorar no es lo mismo que informar. Mientras que la información se limita a describir un producto o servicio, el asesoramiento implica recomendar a un consumidor determinado la elección de un producto específico. El asesoramiento debe ser objetivo, basado en el perfil del cliente, y proporcional a la complejidad de los productos y a los riesgos que implican. La Directiva MiFID ya contempla esta obligación por lo que respecta a la prestación de asesoramiento en materia de inversión (es decir, las recomendaciones a los clientes deben adecuarse a sus circunstancias personales). En el caso de productos como los préstamos vivienda y el ahorro-jubilación, que inciden considerablemente en la situación financiera del consumidor, éste puede recurrir, en algunos países, a un asesoramiento independiente de calidad a la hora de adoptar las decisiones adecuadas”.

elusión de responsabilidad por parte de las entidades de inversión por razón del concepto genérico de riesgo, cuando las inversiones aconsejadas son incompatibles con el perfil inversor de un cliente y producen el resultado negativo de dañar su patrimonio...”

I.6.4. MiFID II: un paso más en la protección del inversor

El Parlamento aprobó el 15 de abril de 2014 la nueva Directiva sobre Mercados e Instrumentos Financieros, y un nuevo reglamento MiFIR (relativo a los Instrumentos Financieros). La Directiva no entrará en vigor hasta finales del 2016 y sustituye a las anteriores Directivas 2002/92/EC y 2011/ 61/EU, mientras que el Reglamento sustituye al anterior 648/2012. Este último resulta muy importante porque regula las obligaciones informativas y se relaciona con el *European Markets Infrastructure Regulation* (el denominado EMIR). El objetivo final es buscar mayor transparencia, seguridad y eficacia de los mercados financieros con el fin de proteger al inversor, pues como señalaremos más abajo, la opacidad de estos mercados, de su funcionamiento y transparencia también han sido generadores de problemas (no se sabía de su control, de su regulación y organización). Es un claro paso adelante en la mayor protección del inversor, que debe volver a recuperar la confianza en el sistema financiero, siendo la transparencia un elemento esencial de dicha recuperación intentando evitar cualquier fisura del sistema financiero que pudiera volver a poner en peligro el mismo, tal y como ocurrió en 2008.

Por otra parte y respecto a la normativa de las empresa de inversión, se produce un endurecimiento⁶⁸ con el fin de que los inversores confíen en el asesoramiento de la empresa de inversión, en cuanto a la adecuación del producto financiero a su perfil de riesgo, y que sus activos están bien protegidos. En cuanto a los consumidores cabe destacar los siguientes aspectos:

⁶⁸ BLANCO, T.: Lista la Directiva que busca proteger al inversor y acorralar la especulación, 27 Iuris Lex, 27 de abril de 2014.

- A. Prohíbe los incentivos en el marco del asesoramiento independiente.
- B. Las entidades deberán implementar procesos de transparencia en materia de incentivos a sus clientes por productos y servicios, incluyendo su análisis en una política de diseño y oferta de productos.
- C. Se exige que anualmente se entregue a los clientes información normalizada agregada de los costes de las inversiones y de cualquier pérdida de valor de sus productos MiFID no causada por el riesgo de mercado asociado a tales inversiones.
- D. Los creadores y emisores de productos MiFID deben precisar el mercado objetivo adecuado para su comercialización. La Autoridad Europea de Valores y Mercados (ESMA)⁶⁹ y los supervisores nacionales tendrán capacidad para prohibir la comercialización de productos MiFID que puedan ser considerados peligrosos para los consumidores o para un determinado mercado.
- E. Y por último, muy importante, los productos de inversión que sean comercializados bajo la forma de seguro, deberán cumplir con obligaciones de actuación en el mejor interés de los clientes, y cumplir la obligación de información a la clientela.

I.6.5. Alcance jurídico del defecto de información: la defensa del cliente

Una vez que el cliente ha prestado su consentimiento el contrato existe, siempre y cuando concurren los tres requisitos sobradamente conocidos: además del consentimiento, un objeto cierto y causa, según se establece en los arts. 1254, 1258 y 1261 del CC; y desde ese mismo momento el contrato, cualquiera que sea su forma, y

⁶⁹ La ESMA fue creada por el Reglamento de la UE 1095/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, y sustituyó al Comité Europeo de Valores (CESR) desde el 1 de enero de 2011. Entre otros, el objetivo de la nueva autoridad es proteger el interés público contribuyendo a la estabilidad y efectividad del sistema financiero de la UE a través de un nivel sólido, efectivo y coherente de regulación y supervisión, así como asegurar la integridad y transparencia, eficiencia y correcto funcionamiento de los mercados financieros.

salvo excepciones, alcanza fuerza de ley entre las partes que quedan obligadas a su cumplimiento (arts. 1091 y 1258 del Código civil).

Como se ha mencionado más arriba, se pone de manifiesto a menudo que el defectuoso asesoramiento y la falta de información ha generado un serio perjuicio al cliente, se ha producido un vicio de consentimiento, y debe defenderse el error como causa invalidante del primer requisito, esencial para constatar la existencia y eficacia de todo contrato. El consentimiento prestado con error, siempre que afecte a un aspecto esencial del contrato, puede abocar a la anulabilidad. Este es el fundamento de las reclamaciones judiciales más habituales, sin embargo como se verá, aunque son muy escasas⁷⁰ en algunos casos se estimó la nulidad radical del contrato.

La formación del contrato en condiciones que permitan la emisión de declaraciones de voluntad que lo constituyen en conciencia y libertad, requiere en estos casos, el previo conocimiento de las condiciones económicas, técnicas y jurídicas del mismo. En realidad la obligación de información resulta una manifestación más del principio de buena fe, *in contrahendo*, y en consecuencia encaja en lo recogido en el artículo 7 del Código Civil. La obligación de información se sustenta en la propia buena fe, y la confianza que rige en las relaciones obligacionales, por lo que una información escasa, parcial o incorrecta puede determinar la existencia de un vicio en el consentimiento del cliente, lo que permite enfocar la protección del cliente, no solo desde la voluntad viciada, sino desde el punto de vista de la responsabilidad y buena fe de las partes implicadas en el contrato.

El deber de lealtad de las entidades de crédito ante el cliente, impone la obligación de proporcionar la información al cliente que necesita para conocer la naturaleza del producto, características, costes y riesgos. La obligación de información encuentra también su principal razón en la desigualdad de conocimientos entre los contratantes: cliente minorista y entidad financiera, y cumple el esencial objetivo de lograr la igualdad entre los mismos.

⁷⁰ Como por ejemplo las recientes sentencias de dos Juzgados de Instancia: JPI nº 2 de Santander, de 31 de Enero de 2014 (nº 8/14) (EP) y JPI nº 3 de Salamanca, de 7 de julio de 2015 (EA) en sendos casos de swaps comercializados a pymes, y que serán objeto de comentario en el apartado dedicado a la tónica judicial de los swaps.

En los casos en los que se solicita la nulidad del contrato, resulta necesario para que prospere que recaiga sobre la esencia de la cosa, que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que hubieren dado lugar a su celebración, que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar, que no sea imputable a quien lo padece y que exista nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado. Por último, y como complemento, el error debe ser inexcusable, es decir que no pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular de acuerdo con los postulados de la buena fe.

I.7. ALGUNAS REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES ANTERIORES A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA MiFID

Con anterioridad a la entrada en vigor de la MiFID, hay resoluciones de interés en su mayoría procedentes de Audiencias Provinciales, puesto que por una parte es en estas jurisdicciones donde terminan la mayoría de procedimientos de pequeños ahorradores o clientes bancarios, y por otro lado, porque surgieron al poco tiempo del inicio de la crisis económica, y antes de que las resoluciones que pueden ser revisadas en la máxima instancia judicial. De hecho, se observa un claro avance en cuanto a la exigencia de la labor informativa por parte de los bancos en los últimos años, no solo por la entrada en vigor de la MiFID sino porque la propia jurisprudencia va perfilando el deber de información, avanzando hacia el término asesoramiento y acabando en la necesidad de que el cliente alcance el verdadero conocimiento del contrato.

Las resoluciones que se recogen aquí son una muestra elegida de modo significativo porque utilizan en su fundamentación de un modo claro e inequívoco las tesis de que sea la entidad gestora de la inversión sobre la que pese la carga de la prueba de existencia de la misma, dando la razón a los clientes sancionando la falta de diligencia en dicho aspecto esencial, con la nulidad del contrato.

Así la STS, Sala de lo Civil, Sentencia nº 28/2003 de 20 de enero⁷¹, en su fundamento segundo reza así:

“SEGUNDO.- Los motivos primero y segundo del recurso (artículo 1.692-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil precedente) apoyados en infracciones de los artículos 244 del Código de comercio, y 1.726 del Código civil y 255 del expresado Código de comercio, se encaminan, frente a la referencia genérica al "mandato", (artículo 1.726) de la sentencia de segunda instancia, a precisar, la calificación específica de comisión mercantil que tienen las relaciones contractuales habidas y, concretamente, a la determinación de la especial diligencia exigible a la entidad comisionista, en el cumplimiento de sus obligaciones. En efecto, los encargos conferidos por los ahorradores a la entidad demandada, están en función de la complejidad de los mercados de valores que, prácticamente, obliga a los inversores a buscar personas especializadas en los referidos mercados que les asesoren y gestionen lo mejor posible sus ahorros; de ahí, el nacimiento y reconocimiento legal, de empresas inversoras, cuya actividad básica, consiste en prestar, con carácter profesional y exclusivo, servicios de inversión a terceros. Ya la Ley del mercado de valores de 1988 estableció, superando la arcaica legislación existente hasta el momento, las nuevas bases del régimen jurídico español en la materia y de su regulación, en lo que al tema respecta, ha de concluirse, desde una perspectiva general, que el contrato que vincula a los compradores con la sociedad intermediaria, encargada de la adquisición, siguiendo instrucciones del principal, responde a la naturaleza del contrato de comisión mercantil (artículo 244 del Código de comercio), y desde una perspectiva más concreta, que toma en cuenta sus relaciones con el "mercado de valores", al llamado contrato de "comisión bursátil"; de manera, que, en el desempeño de su mandato, el comitente debe actuar con la diligencia y lealtad que se exigen a quien efectúa, como labor profesional y remunerada, una gestión en interés y por cuenta de tercero, en el marco de las normas de la Ley del mercado de valores, establecidas para regular la actuación profesional de las empresas de servicios de inversión en los dichos mercados, y, por ello, muy especialmente observar las "normas de conducta" (Título VII) que disciplinan su actuación, entre las que destacan, dentro del deber de diligencia, las de asegurarse que disponen de toda la información necesaria para sus clientes, manteniéndoles siempre adecuadamente informados y la de cuidar de los intereses de sus clientes, como si fueran propios, todo ello potenciado por un exquisito deber de lealtad. En este sentido, pues, de claridad y precisión, deben acogerse los motivos examinados.”

⁷¹ EDJ 2003/ 197.

En la Sentencia de la AP de Valencia de 26 de abril de 2006⁷², se recoge un fundamento muy interesante sobre la carga de la prueba de un correcto asesoramiento e información en el mercado de productos, yendo a recaer en la entidad bancaria por ser ésta la que respecto al cliente cuenta con la experiencia y la profesionalidad y conocimientos necesarios sobre los productos que ofrece los cuales deben ser puestos en conocimiento del cliente con el fin de igualar, el desequilibrio que se genera de partida en el momento en que se contrata entre un particular y una entidad financiera. Se trata del fundamento tercero:

“TERCERO.- Así; conforme a la Jurisprudencia más reciente, la obligación de probar que en el caso concreto ha sido correctamente cumplido dicho deber corresponde a la persona que debe proporcionar la información, y si bien, cierto es que el Tribunal Supremo mantuvo en un principio un criterio diferente – desde luego, con referencia al ámbito médico, pero no parece existir dificultad alguna en trasladarla e otros distintos--, como por ejemplo la Sentencia de 13 de junio de 1987, en la actualidad esta doctrina ha sido abandonada en el sentido de que ha sido señalado, como se argumenta en la Sentencia de 7 de abril de 2004, y la otras que en ellas son citadas –SSTS de 19 de abril de 1999 y de 7 de marzo de 2000-. Y por lo que se refiere a la finalidad de esa obligación, como es básicamente la de igualar los conocimientos entre quienes son partes en contrato, impidiéndola superioridad que por tal motivo pueda existir entre una y otra, prestando eficaz protección al consentimiento prestado, tampoco ha de ser inoportuna la cita de la Sentencia del mismo Alto Tribunal de 29 de mayo de 2003, de igual modo referida al campo médico pero sin que exista claro inconveniente en transponerla al contenido presente, siempre con las necesarias acomodaciones al expresar que “... Ha de ser puntual, correcta, veraz, leal, continuada, precisa y exhaustiva, es decir, que para la comprensión del destinatario se integre con los conocimientos a su alcance para poder entenderla debidamente y también ha de tratarse de información suficiente que permita contar con datos claros y precisos para poder decidir...”.

Otras sentencias- todavía no demasiadas- en las que se dilucidan reclamaciones de ahorradores que habían invertido, asesorados por la entidad bancaria, en productos de alto riesgo, como por ejemplo, en bonos de la entidad americana *Lehman Brothers* que tras su quiebra en otoño de 2008, perdieron al completo su inversión, han generado el pronunciamiento de varios tribunales europeos. Uno de los primeros fue

⁷² ED 2006/305502.

un Tribunal de Distrito de Hamburgo⁷³, al que llegó el expediente de un particular de 64 años, que demandó a la Caja de Hamburgo (*Sparkasse Hamburg*), que al parecer había adquirido bonos de la entidad americana, porque esta entidad tanto en la comercialización y posterior información no le había advertido de dichos bonos no estaban respaldados por el fondo alemán de garantía de inversiones. La condena a la Caja de Hamburgo se produce también por el hecho de que esta es una intermediaria que cobra comisiones de por la comercialización del producto. Así, la sentencia da la razón al cliente y establece que la prueba de que el asesoramiento había sido incompleto y que el perjuicio debe ser soportado por la entidad comercializadora. Se trata del fundamento cuarto:

“CUARTO: Esta última jurisprudencia sobre la causalidad al omitir información sobre comisiones, que es la que sigue el Tribunal que conoce la causa en su resultado, también es extrapolable al caso del incumplimiento de proporcionar información sobre un margen de beneficios (así se expresa el Tribunal de Frankfurt am Main, sentencia de 31.01.2008, expte. 2-04 O 388/06, aunque solo para el caso en que el banco demandado –a diferencia de lo que sucede en el caso que nos ocupa- no reveló el margen de beneficios), ya que por lo que respecta a la relación entre el banco y su cliente en este caso comparten los mismos intereses. Lo mismo es también válido en cuanto al resultado para el deber de informar sobre la falta de un fondo de garantía de depósitos.

El objetivo del deber de informar comprende entre otros el proporcionar al titular desde el principio la posibilidad de poder decidirse, en base a la información proporcionada, y así evitar que a posteriori surga un problema de tener que probar cual hubiera sido su actuación de haber obtenido la información a tiempo.

Flaco favor se le hubiera hecho al beneficiario de la restitución si pudiendo requerir a su socio por un incumplimiento culpable del deber de informar, finalmente fracasara siempre al no poder aportar la prueba más difícil de obtener, que es como hubiera reaccionado ante la información de haberla tenido. Por el contrario la parte obligada a informar no tendría mucho que temer si después de haber incumplido su deber de informar pudiera acogerse al hecho de que sería prácticamente imposible probar la actuación de la otra parte tras obtener dicha información. Si este fuera el caso, fracasaría el objetivo de

⁷³ Procedente de LH Hamburg, Urteil vom 24. Mars 2009, Zivilkammer 10, Exp 310 O 4/09. Traducción Jurada de Fernández Nebreda, María José.

protección que se persigue con el deber de proporcionar información (v. Audiencia provincial de Frankfurt del Meno, en otros lugares)..”

Respecto a la carga de la prueba, se señala en esta misma resolución que esta debe recaer sobre la entidad demandada, ya que esta al parecer se esforzaba en probar que independientemente de la información más completa, el cliente hubiera adquirido en todo caso los bonos en cuestión: Nada se opone a la jurisprudencia según la cual la carga de la prueba permanece para el beneficiario de la compensación, dado que una información correcta y transparente a falta de una única posibilidad de tener un comportamiento informativo correcto únicamente le hubiera producido un conflicto en la toma de decisión. En esta dirección, es interesante la Sentencia de fecha 5 de febrero del 2009 del Tribunal Federal Supremo –BGH, en alemán-, expte. IX ZR 6/06, sobre un caso de responsabilidad de un asesor fiscal.

Ya que así como en los típicos casos de responsabilidad de abogados y asesores fiscales sobre los que la jurisprudencia ha desarrollado la mencionada limitación de la suposición básicamente válida de un comportamiento informativo correcto, se trata “normalmente de aclarar si el beneficiario de la restitución hubiera tomado una determinada medida (por ejemplo realizar una inversión con el objetivo de ahorrar impuestos) y por ello no puede intervenir la suposición de un comportamiento informativo correcto, cuando no se produce un comportamiento correcto desde el punto de vista informativo debido a distintas posibilidades de actuación más pertinentes, en este caso la cuestión es si el cliente del banco al que se le ocultó cierta información que la jurisprudencia califica como relevante para poder tomar una decisión, hubiera desistido de realizar dicha inversión de haber contado con la información adecuada. Incluso teniendo en cuenta que hubiera habido varias alternativas de inversión lógicas, todas ellas tienen en común que en el caso que nos ocupa no se trata de la inversión realmente elegida afectada por la falta de información. Por eso para empezar es correcto fundamentar una argumentación, según la cual el beneficiario de la restitución al que se le ocultó información relevante hubiera desistido de realizar la inversión elegida y en un segundo paso comprobar si el banco que tenía el deber de informar, puede aportar circunstancias que muestren de forma verosímil que el cliente igualmente hubiera optado por dicha inversión. -/-

En el marco de lo expuesto, la parte demandada no pudo rebatir la presunción que había contra su actuación, a pesar de aportar un buen número de circunstancias que tomadas en cuenta llevan a la conclusión de que el demandante, de haber contado con la información pertinente, hubiera adquirido igualmente el certificado objeto de litigio.../..”.

Sin embargo en asuntos similares en nuestro país, fueron más reticentes y hasta el 2009 solo se ha dictado una resolución con resultado favorable a las tesis invocadas por el cliente inversor en productos *Lehman Brothers* que habían sido comercializadas por una entidad bancaria supervisada por el Banco de España. La sentencia procede del Juzgado de Primera Instancia, núm. 1 de Badajoz y es de fecha de 24 de noviembre de 2009⁷⁴, fue parcialmente estimatoria, y sabemos que devino firme pues no fue recurrida. Debe tenerse en cuenta que el contrato había sido suscrito en la primavera de 2007, por lo que todavía no había entrado en vigor la normativa MiFID ni la exigencia de los test de idoneidad, pero aun así la resolución recoge que:

“CUARTO.- (.../...) La entidad bancaria demandada no cumplió “ de forma diligente con la obligación de asesoramiento e información” que exigía la normativa en vigor desde 2007, para aumentar la protección de los inversores minoristas, durante toda la vida del contrato de gestión, Lo que se le exige es que siendo notorios en el verano del año 2008 los rumores acerca de las dificultades de Lehman Brothers, Citibank hubiera actuado con más diligencia a la hora de informar a sus clientes de las posibles operaciones de venta que se estaban realizando por si decidían vender, aun cuando ello implicar una pérdida de dinero.”

Esto es, queda claro en esta sentencia la falta de diligencia de la entidad bancaria en la incompleta o escasa información que había proporcionado al cliente, fundamentalmente, al entender el Juzgado, que el banco cuenta con los medios suficientes para conocer las previsiones del mercado y si bien no podía evitar la quiebra, podía haber minimizado las pérdidas del cliente, o simplemente en su deber de lealtad y de diligencia como profesional del sector, avisar al cliente antes de que el descalabro económico se produzca (se entiende que esta obligación se encuentra incluida en la labor de asesoramiento financiero propio de la entidad bancaria).

Por otra parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, de 7 de abril de 2010⁷⁵, pone de manifiesto que el clausulado del contrato firmado por la actora de una permuta financiera de tipos de interés no resulta suficiente para

⁷⁴ E.A.

⁷⁵ AC 2009/995

considerar que en dicho contrato se contiene toda la información necesaria para que el contratante pudiera saber en qué consistía el contrato y cuáles eran los riesgos que asumían.

“SÉPTIMO.- Cuando las entidades bancarias disponen de la ventaja de contar con recursos económicos y medios tanto personales como materiales para poder tener un privilegiado conocimiento técnico del mercado financiero que vienen a aprovechar para ofrecer a sus clientes aquellos productos que les permiten tener mayor rentabilidad.../..

OCTAVO.- Por lo que respecta a la influencia de la falta de información por parte del Banco demandado acerca de las características del producto financiero ofrecidos y suscritos por las demandantes en orden a la posible apreciación de un vicio del consentimiento, en estas últimas determinante de una situación de nulidad contractual, sirven muy bien como introducción al tema las consideraciones de la sentencia JPI núm. 6 de Gijón de 21 de enero de 2010, con ocasión de una resolución similar a la planteada aquí del siguiente tenor, “la formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo cual otorga una importancia relevante a la negociación previa, y a la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe poder obtener toda la información necesaria para poder valorar adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia.../...”

Si ello es así al tiempo de celebrar cualquier contrato, con mayor razón si cabe ha de serlo en el ámbito de la contratación bancaria y con las entidades financieras en general, que han venido mereciendo durante los últimos años una especial mención. Sin embargo existen otras resoluciones que resuelven también este tipo de contratos y en la que los tribunales se pronuncian de forma contraria.

Así una resolución procedente de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9ª, de 10 de julio de 2009, (564/2008)⁷⁶, en la que la actora demanda a la entidad por error en el consentimiento del contrato de permuta financiera de tipos de interés y se

⁷⁶ AC 2009\1852

desestima su pretensión fundamentalmente porque el acento se sitúa exclusivamente en la información que proporciona el propio contrato:

“CUARTO.- es normal y habitual que el contratante financiero incluso cuando ha leído el contrato, no llegue a alcanzar el verdadero contenido del mismo, si no se acompaña de la información y explicación detallada por parte del gestor bancario. En el presente caso alega el actor que firmó el contrato, sin siquiera leerlo, por la confianza que le ofrecía la entidad bancaria, ahora bien, con independencia de que no es habitual la firma de un contrato en general y en especial con una entidad bancaria sin que el contratante se entere de su contenido, en modo alguno puede entenderse que hubo error en el consentimiento, puesto que pudo evitarse con una diligencia mínima, pues del examen de permuta financiera de tipos de interés no se deduce que exista ninguna complejidad de sus cláusulas...”

Esta jurisprudencia ha evolucionado en los últimos años, se verá cómo los Tribunales son mucho más exigentes con el deber de información-asesoramiento por las entidades financieras, otorgando gran importancia a la asimetría existente entre las partes, y al marcado carácter técnico y complejo de los contratos que se someten al examen jurisprudencial.

CAPÍTULO II

LOS SWAPS O CONTRATOS DE PERMUTA FINANCIERA

II.1. INTRODUCCION

Las razones por las que se ha escogido este producto financiero son varias y se irán desarrollando a lo largo de este capítulo, entre otras y, tal y como se ha dicho en la introducción, se trata de los productos que en este periodo de estudio centrado sobre todo en el momento de la crisis financiera- económica⁷⁷ han generado mayor litigiosidad entre los contratos bancarios. De hecho, las reclamaciones judiciales habían comenzado ya a lo largo de 2008, obteniéndose las primeras sentencias condenatorias en el 2009.

En concreto se trata dos sentencias que se dictaron con diez días de diferencia las que abrieron el camino a la multitud de reclamaciones sobre este producto, reclamaciones que subsisten a día de hoy, tras más de siete años de jurisprudencia se han dirimido cientos de procedimientos.

Por un lado, debe mencionarse la Sentencia procedente de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 3ª, de 27 de marzo de 2009⁷⁸, que estimó la demanda de nulidad de un swap comercializado a persona física y consumidor junto al préstamo hipotecario para su vivienda habitual, la estimación de la demanda se asentaba ya en el derecho a la información del cliente bancario, que este no recibió o se acreditó que hubiera recibido, al no constar la firma en los anexos del contrato, en los que constaban parte de las definiciones técnicas y posibles escenarios sobre el funcionamiento de las liquidaciones, por otra parte, también resulta sobradamente conocida la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª, de 7 de abril de

⁷⁷ Además de lo señalado en el epígrafe dedicado a la introducción, no queremos dejar de mencionar el estudio de la incidencia de las permutas financieras en la actual crisis económica, tal y como se constata por los siguientes estudios: GUERRA PÉREZ, M.: *el abuso de mercado: Bussines as usual en las operaciones de derivados*. *Diario La Ley* Nº 8582, 2015. FERNÁNDEZ del POZO, L. Las aportaciones de créditos contra sociedad en desequilibrio patrimonial y tutela de la integridad del capital social. *Anuario de Derecho Concursal*. Nº 35, 2015 pp. 43-99; ISMAILESCU, I. y PHILLIPS, B. Credit Default Swaps and market for sovereign debt. *Journal of Banking and finance*., Vol 52, Nº 3 2015 pp. 43-61.

⁷⁸ (AC 2009/1604).

2009⁷⁹, que establecía la nulidad por vicio del consentimiento de un swap de divisa, pero esta vez comercializado a una Pyme⁸⁰.

El Tribunal ya ahondaba en las características del producto de permuta financiera y en su complejidad y aunque el contrato carecía de defectos formales (el contrato en sus condiciones generales y particulares estaba firmado) se entendió que el mismo adolecía de vicio de consentimiento. A partir de aquí la litigiosidad creció exponencialmente.

Los procedimientos judiciales de swaps, abrieron el camino jurisprudencial en cuanto a planteamiento de la demanda con solicitud de la acción de nulidad contractual en contratos bancarios complejos⁸¹ y los fundamentos jurídicos de la

⁷⁹ AC 2009/995.

⁸⁰ Se trata de la primera sentencia que aplicaba la teoría del error en el consentimiento cuando el contrato había sido comercializado a una Pyme de Álava, en este caso además se trataba de un swap de divisas, algo más complejo que el swap de tipos de interés, mucho más habitual. El cliente había entendido que el producto contratado era un “seguro de cambio” que se aleja de los swaps, algo que en su caso podía ser útil, dado que con un seguro de cambio fija un precio para la divisa en caso de que la empresa trabaje con divisa extranjera, como era el caso, puesto que esta pequeña empresa realizaba importaciones de pequeña maquinaria de China.

En este caso además el swap no había generado liquidaciones ni positivas ni negativas, por lo que al cabo de un año solicitó que se cancelara, ya que no sabía cuál era en realidad su utilidad, y fue en ese momento cuando la entidad cargó en su cuenta una cantidad superior a 30.000 euros, que el cliente no alcanzaba a comprender de dónde surgía.

Por lo tanto en este caso, fue determinante el coste de cancelación del producto, que no supo ser explicado tampoco por los empleados bancarios (el director de la sucursal, entre otros) que lo habían comercializado, algo que sin duda llamó la atención en el interrogatorio poniendo de manifiesto la dificultad no solo de comprensión del clausulado, sino incluso la de los gestores que lo comercializaban que no lo entendían tampoco. La sentencia de instancia (SJP Instancia, nº 6 de Vitoria de 5 de noviembre de 2008 (St.200/08) desestimó la pretensión, pero apuntaba ya argumentos que dejaban clara posibilidad al recurso de apelación. Por ejemplo que si bien no se acreditaba error ni dolo en la contratación se señalaba en el Fundamento Primero que, “a lo sumo existen indicios de una omisión parcial del deber de información de la que deriva una parcial comprensión por el cliente sobre el riesgo que se corre al contratar estos productos complejos” y en materia de costas se señalaba “no ha de condenarse a su pago a ninguno de los litigantes al existir claros indicios de un error de hecho propiciado por la naturaleza compleja del contrato”). El recurso culminó con la Sentencia estimatoria que se referencia y en la que se apreciaba sobre el error en este caso.

La sentencia recogía algunas cuestiones que han sido muy utilizadas en los tribunales posteriormente, no solo la legislación aplicable, sino que el propio tribunal entendió que el contrato era complejo y no se compadecían las posibles ventajas con las desventajas-riesgos que podía provocar en el contratante, añadiendo que las cláusulas eran oscuras y que no podían ser interpretadas a favor del banco, al ser un contrato de adhesión.

⁸¹ GOMÁ LANZON, F., “Participaciones preferentes, swaps y otros productos financieros complejos: análisis crítico de su comercialización y algunas propuestas”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 53, 2012-2013, pp. 425-458.

misma, sentaban las bases para la reclamación de otros productos que han sido objeto de numerosas reclamaciones, y a la vez de generadores de gran alarma social entre el cliente ahorrador, es el caso de las participaciones preferentes, obligaciones subordinadas o aportaciones financieras, pues si bien es cierto que estos productos son productos diferentes a los swaps⁸² no es menos cierto que la acción, y la normativa aplicable, además de los criterios jurisprudenciales son muy similares⁸³.

⁸² Tanto Participaciones Preferentes (PPR) como Obligaciones Subordinadas (OBS) y Aportaciones Financieras Subordinadas (AFS) han sido productos financieros comercializados, como lo swaps en la primeros años del presente siglo, siendo los destinatarios numerosos pequeños ahorradores sin experiencia financiera. Las principales diferencias se centran en:

En primer lugar mientras los swaps no generan ningún desembolso inicial, las PPR, OBS o AFS, son productos que se vendieron en muchos casos, como productos de ahorro, cuando en realidad lo son de inversión y de alto riesgo. Para diferenciar cada uno de ellos, podemos dar las siguientes definiciones:

A.- Las PPR: La Comisión Nacional del Mercado de Valores define a las Participaciones Preferentes (PPR) del siguiente modo: "Las PPR son valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho a voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada. Se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido. Con independencia de su carácter perpetuo, el emisor, tratándose de una entidad de crédito, suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del Banco de España

Las PPR no cotizan en Bolsa. Se negocian en un mercado organizado, incluso pueden contar con un contrato de liquidez. No obstante su liquidez es limitada, por lo que no siempre es fácil deshacer la inversión.

Según la situación del mercado, del emisor y las condiciones financieras del producto, su valor puede ser inferior al que pagó al adquirirlas, por lo que el inversor podría sufrir pérdidas de capital.

Las PPR tienen una remuneración generalmente fija en un primer periodo y variable durante el resto de vida del producto. Dicha remuneración está condicionada a la obtención de beneficios distribuibles por parte del emisor o de su grupo y no es acumulable, es decir, si no se percibe en un periodo, el emisor pierde el derecho a recibirla".

2.- Las Obligaciones Subordinadas son activos de renta fija que en este caso emite una entidad o empresa y que representan un préstamo que ésta entidad recibe de los inversores. Así pues, no confieren derechos políticos a su tenedor, sino sólo derechos económicos, entre los que cabe destacar el derecho a percibir los intereses pactados y a la devolución de la totalidad o parte del capital invertido en una fecha dada.

La obligación se diferencia del Bono en la fecha de vencimiento (en el Bono es a medio plazo y en la Obligación a largo) y la Obligación Subordinada se diferencia de la simple solamente en el lugar que ocupa en la prelación de créditos en caso de quiebra o situación concursal, pues la primera se sitúa después de todos los acreedores ordinarios (incluidos los titulares de bonos y obligaciones simples) y sólo antes de los titulares de Participaciones Preferentes. Podemos decir, pues, desde este punto de vista que las Obligaciones Subordinadas son los productos de más riesgo después de las Participaciones Preferentes. Estas obligaciones se emiten por las entidades de crédito porque les computan como recursos propios al calcular su ratio de solvencia.

3.- Las Aportaciones Financieras Subordinadas reguladas el artículo 57.5 de la Ley de Cooperativas de Euskadi de acuerdo con la redacción dada a la misma por Ley 1/2.000 de 29 de Junio prevé que "se consideran financiaciones subordinadas las recibidas por las cooperativas que, a efectos de prelación de créditos, se sitúen detrás de todos los acreedores comunes".

Cualquier Aportación financiera que cumpla los requisitos del artículo 57.5 de la Ley tendrán la consideración de capital social para el emisor.

Para centrar la cuestión se va a precisar el origen, definición y clasificación de los swaps.

II.2. ORIGEN DE LOS SWAPS

Cronológicamente los swaps surgieron en la década de los 70 del siglo XX como instrumentos de control de cambios entre los diferentes países dando lugar a los swaps de divisa de los que luego hablaremos.

Pertenecen a la familia de los Derivados Financieros que son instrumentos financieros cuyo valor depende del precio de otro activo financiero (al que se denomina activo subyacente). Estos activos subyacentes pueden ser: acciones, valores de renta, tipos de interés, divisas, o incluso materias primas.

-
- i. Las Aportaciones Financieras Subordinadas Fagor/Eroski (AFSF) tienen carácter subordinado, es decir que, a efectos de prelación de créditos, los créditos representados por la AFSF, se sitúan detrás de todos los créditos de los acreedores comunes o por créditos ordinarios.
 - ii. Su Vencimiento no tiene lugar hasta la liquidación de la Cooperativa, sin perjuicio de su reembolso o adquisición de cartera, mediante los mecanismos financieros de garantía previstos en el Reglamento que desarrolla la Ley de Cooperativas de Euskadi, (RCE), o en términos equivalentes a los establecidos para las participaciones o acciones en las sociedades de capital.
 - iii. La remuneración es fija, con interés variable, pudiendo ser su pago en metálico y/o en especie. Es decir que cobran el cupón con independencia de que Fagor/Eroski tenga o no beneficios.
 - iv. Están representadas por medio de anotaciones en cuenta.
 - v. Tienen la consideración de valor mobiliario.
 - vi. No otorgan derechos de voto en la Asamblea General ni de participación en el órgano de administración.
 - vi. Las Aportaciones que Fagor ofrecía a los inversores, aseguraban una alta rentabilidad un 6,877% nominal.

Como podemos observar por las características que tienen, se pueden definir como un producto híbrido entre la renta fija y variable, dado que no son deuda exigible al no tener vencimiento determinado como las obligaciones, pero tampoco se pueden considerar acciones al carecer de los derechos políticos intrínsecos de las mismas.

⁸³ En los casos de las reclamaciones judiciales por la comercialización de preferentes, subordinadas o aportaciones financieras. En estos casos se parte del mismo planteamiento de complejidad, falta de adecuación del producto al perfil de asunción de riesgo por el cliente, aleatoriedad y atipicidad del contrato.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Amurrio (Álava) de 8 de febrero de 2013, (confirmada por la SAP de Álava, Sección 1ª, de 30 de septiembre de 2012,⁸⁴ definía los derivados financieros de la siguiente forma:

“Así los instrumentos financieros derivados crean derechos y obligaciones que tienen el efecto de transferir, entre las partes implicadas, en el instrumento, uno o varios tipos de riesgos financieros inherentes a un instrumento financiero primario subyacente. En su inicio, los instrumentos financieros derivados conceden a una parte el derecho contractual intercambiar activos financieros o pasivos financieros con la otra parte, en condiciones que son potencialmente favorables con la otra parte o conceden la obligación contractual de intercambiar activos financieros o pasivos financieros con la otra parte, en condiciones que son potencialmente desfavorables y puesto que las condiciones del intercambio se establecen en el momento del nacimiento del instrumento derivado, dichas condiciones pueden convertirse en favorables o desfavorables a medida que cambien los precios en los mercados financieros (NIC nº 32, GA 16).

Además los instrumentos financieros derivados son negocios diferenciales en el que la prestación diferencial es el margen de dos flujos financieros, aquí vinculados a los tipos de interés, en los que existe una causa diferencial atípica y única, que sirve a los fines económicos de gestión del riesgo, buscando coberturas, a la especulación sobre la evolución del mercado o al arbitraje (especulación espacial que aprovecha las disfunciones entre mercados (lo que además descarta la eventual objeción del juego del artículo 1798 del Código Civil, siendo que los contratos de cambio financiero son contratos conmutativos en los que la “alega normal”(riesgo derivado de las oscilaciones del mercado y el que por ello una prestación devenga más o menos onerosa) se introduce en el negocio como “alea convencional” pero el contrato continua poseyendo una naturaleza o estructura conmutativa y no aleatoria (según define la aleatoriedad el art. 1790 CC), pues la contraprestación de los pagos en la llamada permuta financiera para cada una de las partes es, precisamente, de la otra parte de realizar sus propios pagos.”

Fundamentalmente existen cuatro tipos de derivados financieros: Futuros, Swaps, Opciones, y Forwards. En todos ellos además de la aleatoriedad y el tinte especulativo que los caracteriza, deberá tenerse en cuenta que su contratación como

⁸⁴ (Rap 264/13) JUR 2014\166373

tal, no supone un coste⁸⁵, es decir que no supone inicialmente un desembolso para ninguna de las partes, y que su cotización puede encontrarse en mercados organizados o más habitualmente en los denominados mercados “Over the Counter”, OTC, que son mercados secundarios, más opacos, y en donde las operaciones se pactan directamente entre las partes, sin que exista una contraparte central.

La figura de los swaps o permutas financieras surgió en principio con el fin de reestructurar el endeudamiento de grandes empresas o corporaciones, o incluso como “cobertura” de las relaciones económicas entre estas y organismos internacionales⁸⁶.

Respecto al documento contractual en el que los derivados quedan enmarcados, La Asociación de Banca Española (en adelante AEB) tenía recogido en su página web el marco jurídico de estos productos, a través de lo que se llama Contrato Marco de Operaciones Financieras, más conocido como CMOF ya desde el año 1992, aunque no se observa en esta época la contratación del producto por clientes minoristas, en el Contrato Marco se recoge un elenco de definiciones y fórmulas más a modo de “*thesaurus*” que de verdadero documento informativo. La primera versión del CMOF en versión de la AEB, se realizó para el año 1992, pensando en un contrato que amparara las operaciones financieras fundamentalmente orientado para grandes inversores y/ o grandes corporaciones o instituciones públicas. Este primer contrato y con la misma finalidad que el anterior fue sustituido por el de 1997, cuya versión aún permanece en la página web, y bajo del cual se han contratado la mayor parte de los swaps que han sido objeto de litigio en los últimos nueve años. Era este contrato el que la mayor parte de las entidades financieras entregaban materialmente a los clientes (o al que el producto hacía referencia) , un documento verdaderamente

⁸⁵ La característica de “carecer de coste” en el momento de la formalización del contrato, servía como argumento de comercialización, de forma que los clientes asociaban la carencia de coste con la ausencia de riesgos, lo cual evidentemente no respondía a la realidad. Puesto que al señalar que carecía de coste para el cliente, se quería en realidad decir que su contratación no debía realizarse un desembolso económico, lo cual no quería significar que en el desarrollo del contrato no se tuviera que hacer frente a los “costes” que implicaban las liquidaciones del mismo.

⁸⁶ FERRANDO VILLALBA, Lourdes, “Swap: Vicios del consentimiento y anulación del contrato”, *Diario La Ley*, nº 7523, 3 de diciembre de 2010, pp. 1-10

farragoso y de difícil comprensión⁸⁷. El CMOF permaneció sin modificar hasta el año 2009⁸⁸, momento en el que se incluyó una versión supuestamente más completa, pero que tampoco ha ayudado a la mejor comprensión de la operativa (sobre las modificaciones introducidas en este contrato⁸⁹).

Por último debemos señalar que la AEB, ha publicado una nueva versión en el año 2013, para adaptarse al Reglamento Europeo EU 648/12, pero no nos consta a día de hoy ningún contrato que se haya firmado bajo su amparo. En todo caso, el CMOF es un contrato “marco”, por lo que ampara todo tipo de operaciones financieras que tengan que ver con derivados, es un contrato por el que se regulan las condiciones que rigen en los contratos de derivados financieros, es de duración indefinida, ya que se renueva tácitamente de forma anual, por lo que a la hora de solicitar la nulidad del swap se puede-debe solicitar también la del Contrato Marco que lo “ampara” y bajo el que se firmó.

Además del CMOF se firma el contrato de swap o permuta financiera en concreto, siendo ya un modelo más específico de cada entidad financiera, este documento es el que se ha comercializado bajo diferentes denominaciones (Confirmación de swap, Clip, Cobertura de tipos, etc.).⁹⁰

⁸⁷ SJPI nº2 de Vitoria- Gasteiz, de 14 de enero de 2014 (Nº 6/14) (EP): “... *ELCMOF con contrato marco de operaciones financieras es aquel por el que la parte demandante, con la demandada, se compromete a integrar con su clausulado aquellos que no fuera expresamente previsto en los contratos de confirmación (de naturaleza eminentemente financiera, que se venga a suscribir entre las mismas en un futuro, según cuadro meramente enunciativo (estipulación segunda) para lo cual además se definen determinados conceptos o denominaciones utilizados en el argot propio de la referida contratación, con remisión a fórmulas matemáticas complejas, en algunos casos.*”.

⁸⁸ La Asociación Española de Banca Privada, en su página web define el contrato de SWAP como “*Aquella operación (léase contrato) por la que las partes acuerdan intercambiarse entre sí pagos de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante un periodo de tiempo de duración determinada. Véase el link: <http://www.aebanca.es/Deinter%C3%A9ssectorial/ContratoMarcodeOperacionesFinancieras/index.htm?pAnio=1997>*.”. Última consulta 17/07/2015.

⁸⁹ Sobre las modificaciones introducidas por el contrato tipo de la AEB de Operaciones financieras de 2009, E.Ontiveros:<http://www.auditoriapublica.com/hemeroteca/pag%2095%20a%20108.pdf>.)

⁹⁰ MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN. G., “La comercialización de swaps de tipos de interés como parte de productos financieros: comentario de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 30 de mayo de 2013”, *Diario La Ley*, Nº 8138, 2013.

II. 3. FUNCION DE LOS SWAPS: COBERTURA Y / O ESPECULATIVA

A los contratantes de estos productos financieros se les denomina “contrapartes” y en principio los swaps pueden tener dos funciones, o bien la que se denomina de cobertura⁹¹, que aunque luego explicaremos con mayor detalle, sería aquel swap que está asociado al endeudamiento que tenga el cliente (sea particular o empresa) o la puramente especulativa que será aquel swap que no está vinculado o asociado a ningún endeudamiento, sino que el producto sirve para especular con el activo subyacente.

En todo caso pensamos que en la medida que su precio fluctúa en función de diferentes acontecimientos o índices es claro que el componente especulativo se puede apreciar en cualquiera de ellos (la mayor parte de la jurisprudencia menciona al menos el “tinte especulativo” que posee este producto financiero) y debe señalarse que incluso en los swaps de cobertura, si el nocional no se ajusta al endeudamiento o este disminuye durante la vigencia del instrumento financiero, el swap se convierte en especulativo en la medida que no cubre la verdadera deuda del cliente.

II.4. DEFINICIÓN

Un concepto genérico de la permuta financiera o Swap lo define como aquel contrato por el cual las partes asumen obligaciones recíprocas de pagos de cantidades de dinero indeterminadas pero determinables en función de ciertos criterios establecidos en el momento de formalizar el contrato. Como se verá más abajo existen diferentes variantes del contrato pero son productos que si bien la doctrina es unánime al expresar que por estos contratos se intercambia flujos dinerarios o toda clase de activos financieros, durante un determinado tiempo con el fin de eliminar

⁹¹ LOHMUS. U. Contratos de permuta financiera (“swaps”) destinados a proteger las variaciones de tipos de interés correspondientes a los productos financieros. Tj Sala Cuarta S. 30 Mayo 2013. *La Ley Unión Europea*, nº 6. 2013 pp. 46-48.

obstáculos o "imperfecciones" de los mercados, al diversificar la obtención de fondos en diferentes mercados de capitales, así como para obtener determinadas divisas⁹².

La introducción del *swap*, fruto de la ingeniería financiera, y la flexibilidad del contrato que permite adaptar soluciones a la medida de las necesidades de los contratantes ha permitido a las empresas eliminar riesgos específicos ya sea en las tasas de interés, variaciones bruscas en el precio de una materia, etc. En estos casos será un producto idóneo siempre que el cliente haya comprendido los riesgos que conlleva su contratación.

Otra definición sobre la permuta de tipos de interés y siguiendo a Antonio de la Torre Gallegos⁹³ se puede definir la permuta financiera de tipos de interés o Swap como *"aquel contrato por el que dos agentes económicos acuerdan intercambiar flujos monetarios, expresados en una o varias divisas, calculados sobre diferentes tipos o índices de referencia que pueden ser fijos o variables, durante cierto período de tiempo"*. Es decir, se trata de un contrato en el que dos partes acuerdan, durante un período de tiempo establecido, un intercambio mutuo de pagos periódicos de intereses de referencia distintos. En el caso más habitual, una de las partes paga los intereses a tipo variable en función del EURIBOR mientras que la otra lo hace a un tipo fijo o bien variable, pero referenciado, en este supuesto, a otra base distinta⁹⁴.

⁹² JUAN SANJOSÉ, R. J., "Los contratos de permuta financiera (Swaps)", *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, Nº. 46, 2013, pp. 5-40.
ROQUETA RODRÍGUEZ, A., ""Swaps" o permuta financiera", *Economist & Jurist*, Vol. 20, Nº. 160, 2012, pp. 52-60; BAZ BARRIOS, S., "La problemática de los swaps o contratos de permuta financiera", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, ISSN-e 2254-2582, Nº. 8, 2013 (Ejemplar dedicado a: DERECHO SANITARIO: ACCESO A LA SANIDAD, RESPONSABILIDAD CIVIL, MEDICAMENTOS, SEGUROS MÉDICOS Y SEGURIDAD ALIMENTARIA), pp. 453-478.

⁹³ TORRES GALLEGO. A., *Operaciones de Permuta Financiera (Swaps)*. Editorial Ariel. Madrid 1996. ;
BELINCHÓN ROMO, M. R., "El contrato de gestión de riesgos financieros. Análisis jurisprudencial de los "swaps", *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa /coord. por Matilde Cuenca Casas, Luis Antonio Anguita Villanueva, Jorge Ortega Doménech*, 2013, pp. 331-352.

⁹⁴ Como ejemplo definiciones básicas del swap de tipos de interés, encontramos ésta recogida en SAP de Vizcaya, Sección 5ª, de 6 de octubre de 2013 (276/13) (JUR 2014\144392). Es más su propia nomenclatura en inglés "swap" que significa canje, trueque, o cambalache" usada para referirse a ellos del mismo modo y con igual alcance que las expresiones "permuta financiera" o "Clip de intereses", que se corresponde con el propio sentido del contrato pues en él las partes acuerdan intercambiarse entre sí pagos de cantidades resultantes de aplicar un determinado tipo de interés (fijo contra variable o variable contra variable) calculando sobre un determinado importe de capital. De tal manera que no se

Normalmente (pero no únicamente) se permutan deudas a tipo variable por deudas a tipo fijo, o deudas en una divisa por deudas en otra divisa. Esto hace que en la práctica las partes compensen las cantidades que se deben entre sí, de modo que una debe satisfacer a la otra, en su caso, el pago sólo por la diferencia entre ambas deudas.

El contrato es atípico, por carecer de una regulación específica, por lo que habrá de estarse a los acuerdos del contrato y al CC en sus fundamentos contractuales básicos y es aleatorio, y precisamente es este elemento el que le confiere el carácter de riesgo, pues los contratantes dependen de un componente (interés, divisas, inflación, contrato de opción, etc.) cuyo valor es indeterminado (aunque determinable), por lo que a mi juicio y a pesar de que se sostenga que son contratos que pueden servir de “cobertura” y por lo tanto de alguna manera protectores, cuando el cliente bancario (sea empresa o particular) cuenta con un determinado endeudamiento sometido a tipo variable, lo cierto es que el contrato tiene prestaciones que no están cuantificadas desde el principio (de ahí la aleatoriedad) y que en modo alguno puede conocer desde el principio, por lo que las liquidaciones que se deriven para las partes no están prefijadas. Por ello desde el principio de las reclamaciones, les hemos definido como una “apuesta” en el que las posibilidades de “ganar o perder”⁹⁵ no presentan el mismo equilibrio ni oportunidades para ambos agentes, pues de entrada y respecto al perfil minorista⁹⁶ entre el que se ha comercializado muy frecuentemente el swap, es obvio que los conocimientos y las

pagan intereses remuneratorios ni moratorios a consecuencia de un capital recibido, sino de acuerdo con las obligaciones recíprocas que dependiendo de un hecho imprevisto (subida o bajada de los tipos de interés) una u otra parte vendrá obligada a pagar una cantidad de dinero, pero no en concepto de intereses (Art. 1790CC).

⁹⁵ Un swap de cobertura no debe estar orientado para “ganar o perder” pues se supone que las liquidaciones que genera el producto no son ni ganancias (en el caso de las liquidaciones positivas) ni pérdidas (en el caso de las liquidaciones negativas), pero desde el punto de vista del cliente profano sí se consideran ganancias o pérdidas en su caso.

⁹⁶ GALVEZ PASCUAL, J. “La protección de consumidores y usuarios en la contratación de permuta financiera o swaps”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil- Mercantil*, nº 9/ 2013. Ed. Aranzadi. Pamplona 2013

previsiones de evolución de mercados son mucho más conocidas por la entidad bancaria que por el cliente.

Como argumentos comerciales de venta de swap entre la clientela minorista se utilizaba el hecho de que se trataba de un instrumento de “cobertura” con el fin de amortiguar los riesgos financieros de la empresa o en su caso del endeudamiento de un particular, y fijar los costes de los mismos, se señalaba que era una especie de aseguramiento, empleando en algunos casos el término “seguro”⁹⁷.

Esto resulta llamativo, puesto que por una parte la mayor parte del endeudamiento de las empresas en los primeros años del siglo XXI era fundamentalmente a tipo variable, pero sin embargo a la vez se comercializaban instrumentos de cobertura, supuestamente con la finalidad de fijar los tipos de interés por un plazo de tiempo.

Es cierto que en deudas a largo plazo, la fluctuación del tipo de interés si se ha concertado a tipo variable, supone incertidumbre, pero no es menos cierto que precisamente esa es la asunción del riesgo de quien contrata a tipo variable, la contratación de un swap es un riesgo añadido que en muchos casos se ha visto no solo innecesario, sino perjudicial.

Se advierte una contradicción que es difícil de entender, puesto que por un lado el endeudamiento que se ofertaba a la clientela bancaria eran con tipos de interés variables, y por otra, se les comercializaba a la vez un instrumento que serviría, al menos en teoría, para fijar los costes de dicho endeudamiento. Intentaremos más adelante la explicación a esta contradicción⁹⁸

⁹⁷ PAGADOR LÓPEZ, J., “Los swaps en el sistema contractual español.”, *Derecho de los negocios*, ISSN-e 2254-9013, Año nº 23, Nº 257, 2012, pp. 25-32.

⁹⁸ Mencionaremos, que tal y como lo hacen las entidades financieras en defensa de la correcta comercialización de los swaps, sobre todo, cuando se trata de swaps comercializados entre particulares que asumen un préstamo hipotecario, se amparan en la Ley 36/2003 de 11 de noviembre de Medidas de Reforma Económica: Artículo decimonoveno: Instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios:

Por otro lado la permuta financiera es un contrato autónomo e independiente de cualquier otro, con un funcionamiento propio, a pesar de que se asocie normalmente al endeudamiento del cliente. Así como indica la SAP Pontevedra, Sección 6ª de 19-7-13 (Rec. 3445/11)⁹⁹ :

“... esa finalidad financiera o económica de la permuta financiera sobre tipos de interés nada tiene que ver con sus efectos jurídicos. La permuta financiera de tipos de interés es y funciona jurídicamente y de hecho como un contrato autónomo e independiente de las operaciones de pasivo cuyo riesgo de tipo de interés pueda estar intentando cubrir. Estas operaciones de pasivo, sean préstamos o créditos, se mantienen totalmente inalteradas en cuanto a sus términos y condiciones y los Swaps, por un lado, y los préstamos y créditos, por

“Las entidades de crédito informarán a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos, productos o sistemas de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles. La contratación de la citada cobertura no supondrá la modificación del contrato de préstamo hipotecario original.

2. Las entidades a que se refiere el apartado anterior ofrecerán a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable al menos un instrumento, producto o sistema de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés, siempre que este resulte adecuado para el cliente, de conformidad con lo establecido en el artículo 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores Las características de dicho instrumento de cobertura se harán constar en las ofertas vinculantes y en los demás documentos informativos previstos en las normas de ordenación y disciplina relativas a la transparencia de préstamos hipotecarios, dictadas al amparo de lo previsto en el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito.”.

Por un lado se menciona la deber de “informar” y por otra parte se trata de una recomendación, que no obligatoriedad de contratación, de la oferta de al menos un instrumento de cobertura no implica necesariamente que éste fuera un swap, ni que ello signifique el cliente no deba ser informado de los riesgos del producto, todo lo contrario, que además se indica que se realice de “conformidad a la Ley del Mercado de Valores” y que el producto “resulte adecuado” para el cliente, esto es, respetando su perfil financiero. Por otra parte se habla de “cubrir” los riesgos de incremento del tipo de interés, y en este caso no se señala que sea limitado, sino que en principio de establece una cobertura para cualquier ascenso, cuando en realidad las coberturas limitan la cobertura a un porcentaje concreto de incremento (una media del 0,50%).

Se señala que deberá estar incluido en la oferta vinculante del préstamo, lo cual en la mayor parte de los casos de préstamos hipotecarios, ni se mencionaba ni se incluía, con lo que se incumple también la normativa en este punto. Además la obligatoriedad de la entrega de oferta vinculante se mantiene para los préstamos que no superen los 150.000 euros, siendo únicamente una mera recomendación para el resto de préstamos, por lo que el swap no constaba en general en la oferta vinculante.

Por último, ha de señalarse que existen otros “ productos de cobertura”, para esta para esta finalidad existe el denominado CAP, que son similares a un contrato de “ seguro” puesto que se paga una prima y el cliente está cubierto frente a los ascensos de tipo de interés, bien de forma limitada o ilimitada, y se puede beneficiar perfectamente de los descensos del mismo, y existe también el llamado FLOOR, en el que se cubren los posibles descensos, sin olvidar las clausulas las clausulas limitativas del tipo de interés, los conocidos como suelo y techo en un contrato de préstamo, que se han declarado en muchos clausulas abusivas por su falta de transparencia,.

⁹⁹ (JUR 2013\275432).

otro, coexisten o viven de manera independiente sin que deban verse necesariamente afectados por las vicisitudes del otro negocio jurídico...”.

En la comercialización de los swaps la entidad financiera actúa normalmente como intermediaria financiera, o comisionista¹⁰⁰, pues en realidad lo que realiza es la comercialización del swap a pymes o particulares cobrando por ello una comisión, pero en realidad se trata de una intermediación en la colocación de un swap mas “grande”, de mayor tamaño económico, que pertenece a grandes Bancos o Corporaciones, (este Swap es el que se regula o recoge a través de un denominado “contrato espejo” y al que se destinan las liquidaciones negativas que abona el cliente o a través del que se abonan las liquidaciones positivas), por esta razón la entidad bancaria una vez cobrada la comisión por su labor de intermediación, solo sufre el riesgo del impago por parte del cliente de las liquidaciones negativas, que en este caso debería hacer frente ante el titular del Contrato Espejo¹⁰¹, pero en todo caso y respecto del cliente, la entidad financiera incluso actuando de intermediaria en su calidad de comercializadora, asume una posición privilegiada, como veremos¹⁰².

Así lo reconoce la SJPI de Durango, de 30 de enero de 2012,¹⁰³ confirmada por SAP de Vizcaya, Sección 3ª, de 27 de septiembre de 2012¹⁰⁴

“Ni que decir tiene que la posición de la banca es privilegiada en la administración de valores, por cuanto parte de un sistema de confianza especial de los clientes sobre este tipo de entidades a las que confían la gestión de sus fondos de suerte que se ha llegado a afirmar que la pericia de la banca (“skill”), exigible a las entidades de crédito, es mucho mayor que la pericia exigible a

¹⁰⁰ Al igual que en el caso de la comercialización de otros productos de inversión también complejos, a los que los swaps han servido para sentar las bases de su reclamación: las participaciones preferentes, obligaciones subordinadas, o aportaciones financieras.

¹⁰¹ <https://rdmf.files.wordpress.com/2012/07/zunzunegui-negociacion-de-swaps-por-cuenta-propia.pdf>

¹⁰² SIERRA FLORES, M., “Transparencia sobre los derivados extrabursátiles”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* nº 129/2013. Centro de Documentación Bancaria y Bursátil. Madrid 2013.

¹⁰³ (Nº 15/12)

¹⁰⁴ (Nº 415/12) (JUR 2014\146548)

cualquier otra entidad administradora toda vez que se trata de un comerciante experto, que ejerce funciones de comisionista, como fuente de lucro, y que actúa utilizando todas las técnicas existentes en el momento de la ejecución en la forma y en las condiciones en que hubiera hecho cualquier otra entidad de crédito. Además de las disposiciones legales, esa diligencia exigible a las entidades bancarias como el arquetipo de las entidades de gestión de carteras, y que debe atender a unos parámetros de alta tecnificación y responsabilidad suma...”

Respecto a la mecánica que suele seguirse en la contratación de las permutas financieras podemos señalar que básicamente es la siguiente: se ponen en contacto las partes interesadas en el swap, generalmente grandes empresas o corporaciones, a través de un Banco; o bien cada parte contrata directamente el swap con el Banco, de modo que éste celebra dos contratos “espejos” entre sí, simétricos, de tal forma que las obligaciones que éste asume con respecto a cada una de las partes son exactamente inversas.

II.5. MODALIDADES BÁSICAS

Son varias las modalidades de contratos de permuta financiera existentes. A continuación presentamos algunas de las más importantes¹⁰⁵:

i . Swap de intereses o “interest rate swap”, en el que una de las partes asume el pago del tipo de interés variable correspondiente a la deuda de la otra parte, y ésta el pago de interés fijo de la deuda de la primera.

ii . Swap de divisas o currency swap, en el que una de las partes asume un pago en la divisa en que está cifrada la deuda de la otra parte y ésta un pago en la divisa de la deuda de la primera. El swap de divisas fue el origen de los contratos de swap, surgiendo a raíz del incremento de la volatilidad del tipo de cambio en los primeros

¹⁰⁵ DIAZ RUIZ.E e IGLESIAS RODRIGUEZ, J., *A propósito de los contratos de permuta de tipos de interés (Swaps)*, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 124, 2011.

años de la década de los 70 del siglo XX y la finalidad de que pudiera ser utilizado por las multinacionales para cubrir operaciones de divisas a largo plazo.

iii. Swap de divisas e interés o currency and interest rate swap, en el que se permutan tanto deudas en divisas como intereses.

La modalidad más habitual de las que han accedido a los tribunales es la primera referenciada, es decir la permuta financiera de tipos de interés, y de inflación; y la jurisprudencia ha ido recogiendo sobre dicho swap definiciones muy similares que se mantienen con un criterio unánime en cuanto a sus características más básicas: contratos bilaterales y sinalagmáticos, atipicidad, complejidad, ciertos tintes especulativos y aleatoriedad.

Una de las primeras sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, ya lo definía con dichas características:

SAP de Vizcaya, Sección 4ª, de 14 de septiembre de 2010¹⁰⁶.

“Es un contrato atípico, pero lícito al amparo del art. 1.255 C.C y 50 del C. Comercio, importado del sistema jurídico anglosajón, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir, generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones actuando cada una como causa de la otra) de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas. En su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocial) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, solo y mas simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante, un saldo deudor, o viceversa, acreedor. De otro lado, interesa destacar que el contrato de permuta de intereses, en cuanto suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de tipo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiñe de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del artículo 1.799 Código Civil atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura

¹⁰⁶ JUR 2013\18423

financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes”.

(...) Los Clip de interés, aluden a los “tintes” especulativos que caracterizan el SWAP (esta operación, si bien atípica, es válida y eficaz al amparo del art. 1.255 del Código Civil y desde luego no puede conceptuarse ni constituye un contrato de seguro, al faltar un elemento definidor del mismo cual es el pago de una prima (art. 1 de la Ley de Contrato de Seguro), no obstante, la nota semejante que puede apreciarse en la finalidad de cubrirse los riesgos de las subidas de los tipos de interés y por ende de los mayores costes financieros)”.

Esta última fue una de las primeras definiciones que recogió la Jurisprudencia menor, en la conocida SAP de Álava, Sección Primera de 7 de abril de 2009¹⁰⁷, en la que se estimó la nulidad por vicio del consentimiento por un swap de divisa.

La jurisprudencia se mantiene en la misma definición como se constata con la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección 1ª, de 5 de junio de 2015 (Rec. 114/2014)¹⁰⁸.

“Pese a la críptica rúbrica que encabeza el contrato objeto de esta “litis” (“contratos de cobertura de tipos de interés”, denominación ésta que al utilizar equivocadamente la expresión “cobertura” parece remitirnos al ámbito del contrato de seguro, cuando lo cierto es que no es así) nos encontramos en realidad es ante un contrato de permuta financiera de tipos de interés o en la terminología anglosajona “swap” (intercambio), empleándose igualmente las expresiones “IRS” (Interest Rate Swap) y permuta financiera entre otros. En ellos las partes se comprometen a intercambiar un tipo de interés fijo por otro variable, de manera tal que resultará beneficiado, en las liquidaciones correspondientes, quien haya pactado el interés fijo si el variable es superior, o por el contrario el que haya pactado el interés variable si éste es inferior al fijo contratado”

Al respecto de estos contratos, la sentencia de la Audiencia Provincial Barcelona de 25 de Julio de 2012 dice: “Con relación a los contratos de permuta financiera (swap), siguiendo la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sec.1ª, de fecha 4 de abril de 2011, podemos definir el contrato denominado swap o permuta financiera, en su modalidad de tipos de interés, como el acuerdo que consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocional), los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada

¹⁰⁷ (AC 2009/995)

¹⁰⁸ JUR 2015\181395

contratante denominados tipos de interés, (aunque no son tales en sentido estricto, pues no hay en realidad acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato y más concretamente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o viceversa, acreedor. Este tipo de contratos consisten en una permuta financiera en la que en lugar de intercambiarse dos cosas entre los contratantes, que es la forma tradicional, se intercambian (swap en inglés) dos prestaciones dinerarias. En el caso que nos ocupa, pagos futuros de intereses y de inflación, durante un periodo de tiempo establecido y sobre una cantidad determinada, que en ningún caso es objeto de entrega por alguna de las partes.

Dichos contratos son un producto complejo de elevado riesgo que requiere, tanto para su comercialización, como para su utilización, a profesionales expertos y una información clara y exhaustiva”.

Entre tanto, se pueden citar algunas sentencias que han sido especialmente destacadas:

La sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 9 de Octubre de 2012

¹⁰⁹.

“ SEGUNDO.- Así las cosas, es preciso indicar que como señala la sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo de 12 de noviembre de 2010, Ponente D. Francisco Tuero Aller, citando otras dos sentencias dictadas por la Sección Quinta de dicha audiencia con fecha de 27 de enero y 23 de julio del mismo año 2010, el contrato objeto de juicio, denominado por las partes como "contrato de permuta financiera de tipos de interés" constituye uno de los conocidos en la doctrina científica como contratos de permuta financiera en su modalidad de permuta de tipos de interés (en la terminología anglosajona "swap "). Se trata de un contrato atípico pero lícito al amparo del artículo 1255 CC y 50 del CCo, importado del sistema jurídico anglosajón, y caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir, generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones actuando con cada una como causa de la otra), de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas.

Un swap, o permuta financiera, es un contrato mediante el cual ambas partes acuerdan intercambiar flujos de efectivo sobre un cierto principal a intervalos regulares de tiempo durante un periodo dado". Normalmente los intercambios de dinero futuros están referenciados a tipos de interés, llamándose IRS (Interest Rate Swap) aunque de forma más genérica se puede considerar un

¹⁰⁹ AC 2013/335

swap cualquier intercambio futuro de bienes o servicios (entre ellos de dinero) referenciado a cualquier variable observable. Los swaps se introdujeron por primera vez al público en 1981¹¹⁰, cuando IBM y el Banco Mundial entraron en un acuerdo de intercambio. Un swap se considera un instrumento derivado.

En su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocional) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante, denominados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor. De otro lado, interesa destacar que el contrato de permuta de intereses, en cuanto suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiñe de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del artículo 1799 CC, atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma, recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes”.

En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1ª, de 18 de Junio de 2010¹¹¹:

“Se trata de un contrato atípico, pero lícito al amparo del artículo 1.255 Código Civil y 50 del Código de Comercio, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones actuando cada una como causa de la otra), de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas. Como señala la doctrina, en su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocional) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante

¹¹¹ (AC 2010\1070).

compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor. Debe destacarse, por tanto, que en este tipo de contratos sobre cobertura de riesgos de tipos de interés, no hay en puridad intereses, porque no existe principal adelantado por el acreedor de cuya disponibilidad se le esté privando. El nominal del crédito es una mera referencia nomenclativa, una ficción necesaria para un negocio de corte claramente aleatorio, en cuanto sirve de base para cuantificar y comparar las evoluciones de los tipos de interés enfrentados mediante su celebración, y fijar así la pertinente liquidación por diferencias de la que eventualmente deriva el crédito contra el deudor.”

También la jurisprudencia europea ha tenido ocasión de pronunciarse sobre estos contratos y sus características. Sobre el tema de la complejidad del contrato se ha pronunciado el Tribunal de la UE¹¹² en una sentencia de la que además de incluir la lista de lo que se consideran productos bancarios o de inversión complejos, ahondan en el deber de información de la entidad financiera, no limitando únicamente a la “oferta” del producto o a una mera labor comercial, sino que el banco debe desplegar una verdadera labor de asesoramiento como resultado de la oferta o Iniciativa comercial (parta del banco o parta del cliente) y el ofrecimiento personalizado del producto financiero.¹¹³ Se trata de la reciente sentencia del TJUE (*Sala Cuarta*) de 30 de mayo del 2013 en el asunto C-604/11 que lo define como producto complejo y en el art. 2 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, considera Instrumentos Financieros complejos entre otros, los contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos financieros derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo: *“Es decir, que el contrato tiene una finalidad que no es asegurar al*

¹¹³ La labor de asesoramiento debe entenderse en todo contrato de inversión que sea ofrecido por la entidad bancaria, de este modo la sentencia se repite en las resoluciones en las que se solicita la nulidad de Participaciones preferentes y similares.

cliente frente a una subida de intereses o inflación sino una operación bancaria atípica y con grandes componentes de aleatoriedad”¹¹⁴.

II.5.1. Funcionamiento de una permuta financiera o swap de tipos de interés

El contrato de swap de permuta de tipos de interés es el contrato que más habitualmente se ha comercializado entre los clientes de swap con categoría de minoristas ¹¹⁵, por ello consideramos conveniente establecer el verdadero funcionamiento de una permuta de tipo de intereses, con el fin de clarificar cómo se practican las liquidaciones periódicas del producto, y dónde se puede encontrar el desequilibrio de prestaciones que generan.

Como ya se ha dicho antes en este tipo de contratos se intercambian tipos de interés, entre las partes o aquella operación por la cual las partes acuerdan intercambiarse entre sí el pago de cantidades resultantes de aplicar un Tipo Fijo y un Tipo Variable sobre un Importe Nominal y durante un Período de Duración acordado.

¹¹⁴ ECLI: EU:C:2013:344. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 30 de mayo de 2013. Asunto Genil 48 SL y Comercial Hostelería de Grandes Vinos SL contra Bankinter SA y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA. Se presenta la petición de decisión prejudicial: Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Madrid en relación a la interpretación de la Directiva 2004/39/CE sobre Mercados de instrumentos financieros, Artículo 19. Normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a los clientes, asesoramiento en materia de inversión. Se valora la obligación de valorar la conveniencia o idoneidad del servicio que se ha de prestar, las consecuencias contractuales de la inobservancia de esta obligación, el servicio de inversión ofrecido como parte de un producto financiero en los contratos de permuta financiera («swaps») destinados a proteger las variaciones de los tipos de interés correspondientes a los productos financieros.

¹¹⁵ ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., “Los "Swaps" de tipos de interés y la tutela de los consumidores”, *Estudios jurídicos sobre derivados financieros / coord. por Carmen Alonso Ledesma, Alberto Alonso Ureba, María del Carmen de la Orden de la Cruz, Ana Felicitas Muñoz Pérez, Reyes Palá Laguna*, 2013, pp. 581-618.

AGÜERO ORTIZ, A., “El consumidor como inversor de alto riesgo: la impugnación por vicios del consentimiento de los contratos de adquisición de participaciones preferentes y swaps, una opción sólo al alcance de algunos”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, ISSN-e 2254-2582, Nº. 8, 2013 (Ejemplar dedicado a: DERECHO SANITARIO: ACCESO A LA SANIDAD, RESPONSABILIDAD CIVIL, MEDICAMENTOS, SEGUROS MÉDICOS Y SEGURIDAD ALIMENTARIA), pp. 479-504.

Para su definición por la jurisprudencia, nos parece ajustada la que se recoge en la SAP de La Rioja, Sección 1ª, de 5 de junio de 2015 (Rec.114/ 2014)¹¹⁶ que a su vez se sirve de otras resoluciones:

“En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 18 de Junio de 2010, “Se trata de un contrato atípico, pero lícito al amparo del artículo 1.255 Código Civil y 50 del Código de Comercio, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones actuando cada una como causa de la otra), de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas. Como señala la doctrina, en su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocial) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante, denominados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor. Debe destacarse, por tanto, que en este tipo de contratos sobre cobertura de riesgos de tipos de interés, no hay en puridad intereses, porque no existe principal adelantado por el acreedor de cuya disponibilidad se le esté privando. El nominal del crédito es una mera referencia nocial, una ficción necesaria para un negocio de corte claramente aleatorio, en cuanto sirve de base para cuantificar y comparar las evoluciones de los tipos de interés enfrentados mediante su celebración, y fijar así la pertinente liquidación por diferencias de la que eventualmente deriva el crédito contra el deudor.

Debe señalarse, que el contrato de permuta de intereses, en cuanto suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiñe de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del artículo 1.799 Código Civil atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes. La finalidad que se pretende con estos contratos es la mejora de la financiación de las empresas, sobre la base de intentar aminorar los perjuicios derivados de las fluctuaciones, lógicamente a la alza, de los tipos de interés variables. Pero sobre la base de esta finalidad lo cierto es que estamos ante un contrato de carácter aleatorio

¹¹⁶ (JUR 2015\181395).

con tintes especulativos, en el que se juega con el diferencial de los intereses que se intercambian”.

Los contratos de swap de tipos de interés comercializados bajo diferentes denominaciones se comercializaron fundamentalmente en el caso de consumidores al hilo de préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda pues es claro que en la primera década del siglo XXI la mayor parte de los préstamos con garantía hipotecaria se realizaban con interés variable y referenciado al Euribor, y en el caso de Pymes para “cubrir” su endeudamiento no solo de préstamos hipotecarios sino de cualquier producto de financiación¹¹⁷.

Compartimos la diferencia que marca Vega Vega entre un seguro y la permuta financiera¹¹⁸:

“... En los contratos de permuta financiera, aunque también existe la necesidad de cubrir un riesgo (la fluctuación de divisa, de tipos de interés o de precios), sin embargo en este contrato no existe el pago de una prima a cambio de cubrir una necesidad patrimonial futura. La permuta financiera tiene como fundamento obligacional el compromiso de hacerse pagos recíprocos, previamente determinados, si no de una forma concreta, por lo menos en base a ciertos módulos objetivos, que no existen en el contrato de seguro, en cuanto que la prestación del asegurador se dará en función del azar. Por tanto, no existe un aleas como determinante del nacimiento de la obligación de una de las partes en el contrato de permuta financiera, ya que el riesgo sólo es en cuanto a la oscilación de una divisa o de otro índice. Tampoco existe cosa sobre la que recaiga un riesgo, cuya titularidad pertenezca al asegurado. Pero es que, desde el punto de vista subjetivo, tendríamos que llegar a la conclusión de que ambas partes son a la vez aseguradoras y aseguradas, solución inviable desde el punto de vista técnico jurídico de la estructura del contrato de seguro. En suma: en el swap no se paga una prima por el riesgo asegurado, sino que ambas partes asumen una posición equivalente con la obligación de realizarse pagos recíprocos.”

¹¹⁷ Puede verse en Anexo I, un ejemplo real de funcionamiento del contrato (pág. 288).

¹¹⁸ VEGA VEGA, J.A., *El contrato de Permuta Comercial*, Ed. Reus. Barcelona 2011, pág. 63.

En la mayor parte de los casos, en el argumentario de venta de los swaps se utilizaba el término “seguro” o aseguramiento y/ o cobertura de tipos,

Por ello es evidente que el Swap dista mucho de ser un seguro frente a las subidas que pudieran producirse con relación al Euribor, pues la “cobertura” es muy limitada frente a los ascensos del Euribor o índice de referencia (tenga o no tenga barreras la permuta financiera no estaba pensada para ascensos importantes del tipo de interés), y desprotege totalmente al cliente frente a los descensos del índice, pues el cliente debe hacer frente a los mismos.

No queremos dejar de mencionar que este tipo de swap de tipos de interés ha sido uno de los habituales, pero no es de los más complejos, sino que existen muchas variantes de swap con diferentes tipos de funcionamiento de liquidaciones, pero en los que también se puede observar la asimetría de prestaciones. Aunque lo esencial sin duda es que el contrato no se explicó convenientemente en la fase precontractual, pues de ser así, y si el cliente conociendo el riesgo lo asume, no debe plantear problema alguno, es un contrato lícito, como recalca la jurisprudencia.

II.5.1.1. Especial referencia a la Cláusula de Cancelación Anticipada de los contratos de swap

Hasta ahora no se ha dedicado un especial énfasis a la cuestión de la cláusula de cancelación anticipada, que resulta importante pues forma parte del precio del contrato si este no llega hasta su vencimiento. Sobre este particular se debe señalar que por una parte dicha cláusula no siempre consta en el contrato, ya que se comercializa como un contrato de duración determinada y no cancelable, pero por otra parte es obvio que nadie tiene que permanecer obligado si no lo desea, (otra cosa será el coste de dicho desistimiento) y por otra parte en los casos en los que la cláusula sí figura en el contrato, la redacción de la misma resulta ambigua y abstracta de forma

que el cliente es incapaz de calcular el coste que verdaderamente puede resultar si decide la resolución anticipada.

En definitiva una información clara sobre los costes del producto y sobre todo la cancelación anticipada que son determinantes para la formación de un consentimiento correcto, es lo que resulta “esencial” en el contrato.

Existen varias redacciones, lógicamente en cada entidad bancaria utilizan una expresión distinta, pero básicamente coincidente en el contenido.

Como señala la Sentencia de la AP de Álava, Sección 1ª, de 3 de Diciembre de 2013¹¹⁹, en la que después de transcribir literalmente los fundamentos de la misma se señala que:

“El error esencial y excusable fue determinante para suscribir el contrato y por ello, el requisito de un nexo causal entre el error y la formalización del contrato aparece plenamente acreditado. Si la actora hubiera conocido el alcance de la cancelación anticipada es evidente que no lo habría suscrito, el comercial del banco ocultó la verdad, no facilitó datos sobre el coste real de la cancelación para el caso de que fuese anticipada, tal coste resultaba una incógnita insuperable con la genérica e inconcreta referencia al mercado, ni siquiera un experto en finanzas podría calcular el coste a la firma del contrato”.

Una cláusula que se incluye en el contrato como una cláusula tipo, abstracta y poco clarificadora que ni siquiera se recoge en todos los contratos, sino solo en algunos de ellos, pues en principio al parecer el contrato es un contrato a plazo que debe mantenerse hasta su finalización, sin embargo nadie puede mantener una obligación si no quiere.

La cláusula que permite la cancelación anticipada del contrato se recoge en algunos contratos- no en todos-, y siempre muy brevemente, en el último párrafo de las Confirmaciones de Permuta Financiera. Como se ha dicho más arriba en ella simplemente se establece que:

¹¹⁹ JUR 2014\156889

“Las partes podrán acordar la cancelación anticipada del producto se advierte que la misma se realizará a precios de mercado, lo que podrá suponer en su caso, el pago por el cliente del coste correspondiente”

Al respecto, es de resaltar la condición de contrato tipo o de adhesión del que contiene la cláusula relativa a la cancelación anticipada, y por otro lado, no puede obviarse la absoluta imprecisión de dicha cláusula, ya que resultan llamativos varios datos, que resultan totalmente abstractos e imprecisos: “precios de mercado” y “coste” son expresiones abstractas que no definen a qué mercado se está refiriendo y cuáles son los parámetros o formulas de cálculo que servirán para su valoración económica.

El Banco se reserva el derecho de poder cancelar anticipadamente el contrato, en cualquier momento alegando “variaciones del mercado” y no abonar al cliente coste de cancelación alguno. Sin embargo, cuando es el cliente el que a tenor de las “variaciones del mercado”, es el que desea dicha cancelación anticipada, en este caso, el llamado coste de cancelación que puede tener que hacer frente asciende a varios miles de euros. No es posible tal desequilibrio en las prestaciones de un mismo contrato. Máxime cuando no puede dudarse de la oscuridad de la cláusula que permite dicha cancelación, sobre la que podría alegarse lo previsto en el artículo 1258 CC.

La información y advertencia sobre dicho coste debe ser objeto de información clara y precisa, y por supuesto comprensible por parte de la entidad financiera, teniendo en cuenta que en general el swap se colocaba al hilo del endeudamiento financiero que tuviera el cliente, por lo que lo que ocurría es que con el swap se le podía producir aun mayor endeudamiento. Esto no puede resultar una cuestión accesoria del contrato, sino esencial, como lo han entendido los tribunales.

Pero hablamos de una mera suposición, toda vez que el contrato no establece que de efectuarse la cancelación anticipada, procederá liquidar la operación por el plazo que reste hasta el vencimiento. Al contrario, el contrato sólo refiere taxativamente la existencia de un “coste”, respecto del que se indica al cliente que no tiene que porqué darse (se emplea la expresión “podrá suponer, en su caso”).

A la vista de los términos empleados, resulta lógico y normal que el cliente crea que si opta por cancelar anticipadamente, a lo sumo tendrá que hacer frente a unos costes o gastos, que estarán debidamente justificados, y no dejados al arbitrio de la entidad.

Sin que por otro lado, la oscuridad que presenta la cláusula en cuestión, pueda interpretarse a conveniencia de la entidad demandada, al ser ésta la causante de tal oscuridad (art. 1.288 C.C.). Debió la entidad demandada incluir en el contrato, una mención expresa y suficiente de la contraprestación a la que en todo caso tendría que hacer frente el cliente en caso de resolución anticipada, reflejando la fórmula matemática que hubiera permitido a éste el cálculo correspondiente. Dado que se esgrime que dicho pago es condición “*sine qua non*” para el ejercicio de la facultad resolutoria, la fórmula en cuestión constituye un elemento esencial del contrato, cuya inclusión en el mismo era preceptiva.

II.5.2.Modalidad especial: Swap combinado con “Put de acciones”

Además de estos swaps, existen otros derivados financieros. Se trata de productos combinados, esto es, mezcla de swap de tipos de interés junto a un producto derivado de Opción. Estos contratos son de mayor complejidad¹²⁰ que los anteriores y a nuestro juicio solo deberían ser comercializados a verdaderos expertos financieros, que conocen y manejan los mercados.

Es el caso de los Swaps de interés junto a una “Put de acciones” que hemos analizado, por haber sido comercializados también entre el perfil de cliente minorista, siempre Pymes, pero no han sido objeto más que de forma puntual de reclamaciones judiciales, y no conocemos tampoco que hayan llegado hasta el Tribunal Supremo,

¹²⁰ El producto de swap con put de acciones en realidad esconde un producto estructurado. A propósito de la complejidad e interpretación de los productos estructurados: SABATER BAYLE, E. Interpretación de los contratos de inversión en productos financieros estructurados. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil Mercantil*. Ed. Aranzadi, Pamplona 2015 núm. 1/2015.

siendo las resoluciones fruto de la jurisprudencia menor e incluso de Juzgados de Primera Instancia.¹²¹

“PUT” es lo que en el lenguaje técnico se denomina Opción de compra, pertenece también a la familia de los contratos de “derivados” como los swap pero es aun más complejo. Es un contrato que otorga a su titular el derecho a comprar (vender) un activo subyacente a un precio determinado (conocido como precio de ejercicio o strike) en una fecha futura determinada y a cambio del pago de una prima (que en muchos casos no se producía dicho pago pues se asumía con el swap de tipos de interés)¹²².

Es pues, un instrumento financiero derivado, que se recoge en un contrato, que da a su comprador el derecho, pero no la obligación, a comprar o vender bienes o valores (el activo subyacente en este caso son acciones) a un predeterminado (strike o precio de ejercicio) hasta una fecha concreta (vencimiento).

Esta opción se va a realizar solo a vencimiento del contrato, por lo que el contrato de Put no presenta liquidaciones a lo largo de su vigencia, sino solo al final, a vencimiento del contrato.

Sin perjuicio de que este producto resulta tremendamente complicado para un profano, suele ser necesaria una prueba pericial, pues la comprensión del propio contrato y sobre todo el dar a conocer el desequilibrio de prestaciones que genera necesita de una traducción económica que es importante acreditar ante los Tribunales a la hora de la reclamación judicial.

¹²¹ La doctoranda ha defendido dos expedientes con estas características obteniendo resultados favorables al cliente sobre estos swaps combinados con contratos de Opción, siendo las actoras sendas Pymes: SAP de Guipúzcoa, Sección Tercera de 19 de noviembre de 2014 (Nº 276/14) REC 3336/14 (JUR 2015\63218) estimatoria que devino firme y en la que la actora alcanzaba unas liquidación del contrato de 7,8MM y SPI nº 2 de Vitoria- Gasteiz, de 14 de enero de 2014 (6/ 14)(E.P) estimatoria y en la que las pérdidas para la actora ascendían a mas de 5MM de euros y que devino firme sin que fuera objeto de recurso de apelación.

¹²² Existe la Opción CALL u Opción de compra que es precisamente el contrato simétrico a la Opción PUT.

En primer lugar no se puede perder de vista que el producto se incluye en el mismo contrato que el swap de tipos de interés, esto es, son dos productos en un mismo documento contractual. Supuestamente por el hecho de que el swap de tipos de interés sea más competitivo, y ofrezca mejores tipos, se ofrece a la vez la PUT de acciones por la que el cliente va a asumir un riesgo más importante que el contratante del un swap simple de tipos de interés.

El funcionamiento más elemental supone que es un tipo de operación, un contrato que otorga a su titular el derecho a vender un activo subyacente (por ejemplo, unas acciones de una entidad financiera) a un precio determinado, (conocido como precio de ejercicio o strike) en una fecha futura establecida, a cambio del pago de una prima.

La opción solo puede ejercitarse a vencimiento del contrato. Los datos que figuran en el contrato son los siguientes:

- *El importe nocional.*
- *El precio de referencia inicial: el precio fijado en la fecha de inicio de la opción*
- *El precio de referencia final: Precio del cierre oficial, fijado en la fecha de vencimiento de la opción.*
- *Existe una barrera desactivante por ejemplo del 107%, sobre el precio inicial (en principio superior al precio de referencia inicial).*

Hay que partir de dos hechos importantes para determinar que este contrato sea o no adecuado al perfil del usuario, y es que el cliente, tenga al menos de la condición de profesional a efectos de inversión. Esto es, tenga una especializada cultura financiera- como se trataría en el caso de una empresa dedicada a la inversión- y / o que posea una inversión mobiliaria en acciones que coticen en bolsa, y especialmente acciones de las que se referencian en la propia PUT. En los supuestos examinados no se cumplían ninguna de las características

El producto puede resultar de cierta utilidad a quien está cuenta con una cartera de acciones de las que se incluyen en la PUT, pues podría servir de cobertura para la exposición a la variación en la cotización de las mismas, y de ser así sería también un producto de riesgo, puesto que el precio o cotización de las acciones es volátil por definición, por lo que en todo caso se asume un riesgo con la contratación de este tipo de productos. Esto es, el producto podía en su caso, resultar idóneo como cobertura de carteras de valores si el cliente tuviera una cartera de acciones, y además fuesen parte de la composición del activo subyacente.

En el funcionamiento más básico del producto, se debería señalar que en la PUT de acciones se fija a la fecha de inicio un precio para la acción, y a la vez se señala un precio de referencia a la misma (puede ser más alto o más bajo que el de inicio de la acción). Si la acción durante la vida del contrato, alcanza en algún momento dicho precio de referencia, la PUT se desactiva, si no lo alcanza el cliente tendrá que pagar una suma que se cuantifica según una fórmula, que no resulta nada sencilla de comprender, pero cuyas cantidades pueden resultar muy importantes¹²³.

¹²³ En el anexo II se recoge un ejemplo de funcionamiento de Opción PUT. (pág. 291).

CAPÍTULO III

PROBLEMÁTICA PROCESAL DE LOS SWAPS

III.1. INTRODUCCIÓN

En este Capítulo se presentan las cuestiones técnicas que son objeto de debate judicial, en las que se deben incluir tanto las alegaciones procesales que pueden ser planteadas por las partes para fundamentar no continuación o en su caso desestimación del procedimiento como las de derecho sustantivo, que serán las alegaciones de fondo del litigio.

Para el análisis de la problemática judicial que han generado las demandas sobre los productos financieros complejos, se va a tener en cuenta las más habituales, sin perjuicio de que se han discutido otras cuestiones, pero que no han sido las más frecuentes o no han tenido repercusión en este producto, como se ha dicho al principio se pretende una exposición del problema jurídico que se presenta o se ha presentado como propio de estos contratos cuando han sido objeto de un litigio.

III.2. PROBLEMAS DE COMPETENCIA OBJETIVA: JURISDICCIÓN CIVIL O MERCANTIL

En la tramitación de las demandas de las permutas financieras y en las que fundamentalmente se solicita la nulidad del contrato por vicio del consentimiento, algunas entidades bancarias, planteaban inicialmente la cuestión declinatoria por falta de competencia objetiva bajo el amparo de los arts. 63 y ss LEC, solicitando que el procedimiento, que se presenta ante los juzgados de Primera Instancia, fuera dirimido en los Juzgados de lo Mercantil.

Las resoluciones sobre este particular no fueron unánimes en todas las sedes judiciales del país, sino que realmente se produjeron divergencias entre unos y otros, de forma que a todas luces la cuestión se presentaba como polémica, aunque parece que la balanza se inclinó definitivamente a favor de la jurisdicción civil, frente a la mercantil, salvo en los swaps dentro de concursos de empresa.

En cuanto a la argumentación que se utiliza las entidades demandadas planteaban la cuestión declinatoria fundamentalmente con los siguientes argumentos:

En primer lugar se invoca el art. 86, ter 3, d) LOPJ, ya que este precepto permite al Juzgado de lo Mercantil conocer de las acciones relativas a las Condiciones generales de la contratación, la defensa de los Consumidores y Usuarios, y la publicidad. Esto es, se parte de entender que la acción que se solicita se plantea en base a lo establecido en el TRLGDCU, esto es, la nulidad de determinada o determinadas cláusulas tenidas por abusivas y /o una posible publicidad engañosa que provocó el vicio del consentimiento del demandante.

En segundo término, se alega que el hecho de que la controversia verse sobre una cuestión civil, no es óbice para que la misma pueda sustanciarse en los juzgados especializados de lo Mercantil, ya que volviendo al mismo artículo 86 ter de la LOPJ, en él se recoge de forma literal que *los juzgados de lo mercantil conocerán asimismo de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil*, y con esta expresión se permite entender que los juzgados mercantiles forman parte de la jurisdiccional civil, lo cual supone, en ocasiones, que se realice una interpretación “amplia” del precepto, incluyendo materias de competencia de los Juzgados de Instancia y haciendo incluir en el mismo otras cuestiones que no están expresamente previstas de forma expresa.

Por último, se defiende también que en realidad se trata de un procedimiento con acumulación de acciones, de tal manera, que la acción de nulidad se insta junto a otras como la de responsabilidad contractual, así que resulta aplicable el precepto del art. 75 LEC, que establece que el Tribunal que debe conocer de la acción principal lo debe hacer también de las acciones que ella se acumulen.

Sin embargo, los argumentos expuestos tienen a nuestro juicio claros motivos de desestimación, como así sucede en la mayoría de las resoluciones y que vienen a desestimar el incidente, ya que:

Lo que debe tenerse en cuenta en primer lugar a la hora de dirimir la jurisdicción competente es el *petitum* de la demanda, ya que si bien es cierto que la fundamentación jurídica que se invoca en el cuerpo del escrito puede ser variada, y la pretensión solicitada puede apoyarse desde distintos cuerpos legales, será siempre el suplico del escrito de demanda el que con claridad determine el fin último del

procedimiento. Y queda claro que cuando se solicita la nulidad contractual por vicio del consentimiento (error, dolo o violencia), la cuestión de debate afecta a la esencia misma del contrato, recogido a todos los efectos en el art. 1261 y ss. del CC, y por lo tanto deben ser los Tribunales de Instancia los que tramiten el procedimiento entendiendo además, que el art. 86 ter, 2 d. LOPJ, tiene un carácter exclusivo y excluyente no pudiendo realizarse una interpretación extensiva del mismo, de forma que puedan tener cabida otros supuestos de los que se encuentren expresamente previstos.

Y en este mismo sentido, no puede obviarse lo que determina el propio artículo 45 LEC (artículo que habrá que enlazar con el art. 85 LOPJ):

“Corresponde a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento en primera instancia, de todos los asuntos civiles que por disposición legal expresa no se hallen atribuidos a otros tribunales.”

Queda claro que en las demandas sobre permutas financieras lo que se reclama es la falta de validez del propio consentimiento del cliente de la entidad, y si bien siempre se parte de un contrato de adhesión -como todos los bancarios- sin embargo, no se cuestiona sobre la existencia de una cláusula en concreto abusiva, ni la fundamentación sustancial es la recogida en la TRLCGC, sino que en la mayoría de los supuestos, sin perjuicio de la existencia de variedad situaciones y pedimentos distintos, se parte de la defectuosa información precontractual recibida acerca de los riesgos que genera el contrato.

No dudamos tampoco de la utilidad de la normativa expuesta en la LCGC pues esta ley de protección frente a condiciones generales de la contratación, vino a concretar en el ordenamiento jurídico español, la directiva impuesta por la UE a todos los estados miembros (Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993), que aunque inicialmente prevista para una eficaz protección a los consumidores, sobre cláusulas abusivas incluidas en los contratos, sin embargo la LCGC va más allá incluyendo también en su ámbito subjetivo a los profesionales, siempre que la cláusula invocada como abusiva reúna los requisitos: contractualidad, predisposición, imposición unilateral, y uniformidad.

Pero es más, es que la propia LCGC prevé las acciones para la protección específica de dichas cláusulas. Son las de los arts. 12 y 9, no tratándose en la mayoría de las demandas de alguno de dichos supuestos.

En el punto relativo a la posible existencia de acumulación de acciones, debe apuntarse que tampoco y en todos los casos se insta la acumulación de acciones, sino que se insta la acción de nulidad como acción única y solo con carácter alternativo y/o subsidiario las de anulabilidad y en su caso la resolución. Por lo que no se cumple lo previsto en el art. 75 LEC respecto de la acumulación de acciones.

En conclusión, se corrobora la polémica abierta tanto jurisprudencial como doctrinal, desde el mismo momento en que se publicó la LO 8/2003 de 9 de Julio, para la Reforma Concursal, ley que se redactó con ocasión – y al mismo tiempo- que entraba en vigor la Ley Concursal, y que en principio tenía el objetivo de crear los Juzgados de lo Mercantil, con el fin fundamental de que estos fueran los encargados de tramitar los procedimientos concursales que estuvieran dirigidos por magistrados especialistas, y que a la vez se pudieran descongestionar los juzgado de primera instancia que antes se encargaban de dirimir además del resto de materias de derecho privado, los que afectaban a la situación de las suspensiones y quiebras. Junto a esta loable finalidad sustancial de la LORC, en la exposición de motivos, ya se hacía mención de *“que la compleja realidad social y económica de nuestro tiempo, aconsejaba avanzar decididamente en el proceso de la especialización”*, lo que provocó que se articularan para los juzgados mercantiles *“otras competencias”* que no están bien delimitadas y que generan como se ha señalado, y se constata a diario, problemas de interpretación.

En consecuencia y a nuestro entender, si la pretensión que se insta en las reclamaciones por contratos de permuta financiera resulta como acción principal la de nulidad por vicio del consentimiento, invocando el error o dolo debe ser resuelta ante los tribunales de Primera Instancia, sin perjuicio de afirmar que la cuestión tampoco exige formación específica en el ámbito mercantil, dado que son los elementos esenciales del contrato, cuestiones que siempre han sido básicas en la jurisdicción civil y en definitiva del Derecho Privado.

A nuestro juicio debemos defender la interpretación estricta del precepto más invocado en estos casos el 86. Ter 2 d) LOPJ y sobre todo, que si bien es cierto que son derechos de la parte procesal, el poder plantear la cuestión declinatoria, no es menos cierto, que en este caso, la decisión lejos de aclarar las competencias, lo que con seguridad siempre se consigue es la dilación innecesaria del procedimiento, en perjuicio del cliente bancario, sea este consumidor o profesional.

III.3. CLÁUSULA DE SUMISIÓN DE ARBITRAJE

La cuestión de sumisión a arbitraje para la resolución de determinados conflictos derivados del contrato de swap, se plantea a través de una cláusula expresa introducida lógicamente en el contrato de adhesión redactado por la entidad bancaria, y en el que el cliente tiene poca o nula capacidad de negociación, normalmente se introduce dentro del elenco de posibilidades que ofrece el CMOF, y en la mayor parte de los casos pasa totalmente desapercibido para el cliente bancario.

Debe partirse de que en estas reclamaciones lo que se solicita es la nulidad del contrato y el problema radica en la sumisión expresa al arbitraje en los contratos firmados con determinadas entidades bancarias cuando la citada cláusula incluye por ejemplo el arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid y obliga a la mercantil, a renunciar a la jurisdicción ordinaria, y a la vez a desplazarse, en muchas ocasiones, con el coste y desequilibrio de posiciones aun mayor que se genera ya de por sí, en el hecho de iniciar un procedimiento con una entidad bancaria (desplazamientos, costes y ausencia de jueces expertos).

Por un lado, debe ponerse de manifiesto que en la mayor parte de las resoluciones judiciales en las que una Pyme es parte del proceso frente a una entidad financiera o bancaria y el objeto del litigio es un producto financiero complejo ,salvo que la mercantil tenga como objeto social la prestación de servicios de inversión y / o su representante legal tenga conocimientos específicos en productos de inversión complejos (los que se apartan de los contratos bancarios habituales), la situación de la

Pyme en cuanto a protección legislativa se refiere debe ser merecedora de la máxima protección que otorga la legislación, pero sin embargo –salvo excepciones que vamos a comentar- la pyme no es considerada propiamente “consumidora” a pesar de que la legislación que ampara al usuario de servicios financieros es cada vez más protectora de este y no deja de llamar la atención que aun así, siga habiendo un importante desequilibrio de posiciones entre los bancos y los clientes.

Debe señalarse que la controversia gira en torno a la propia eficacia del contrato, su validez (se reclama nulidad / anulabilidad) por lo que la jurisdicción debe ser la civil y no la mercantil en la que si cabría solicitar únicamente la nulidad de la propia cláusula de sumisión a arbitraje.

Centrándonos en el análisis legislativo y jurisprudencial, partiendo de los casos concretos y las diferentes resoluciones que se están dictando en los tribunales a propósito de la cuestión planteada, recogiendo las diferentes posiciones y la diversidad de argumentos jurídicos y doctrinales que se recogen en ellos, no existiendo hasta la fecha un criterio único.

III.3.1 El convenio arbitral. Su redacción tipo y su contenido

Como ya se ha mencionado, partimos de situaciones en las que lo que se reclama es la nulidad de un contrato, lo cual provoca que lo que se cuestione sea la propia existencia y eficacia del mismo. La demanda pues como ya hemos dicho más arriba, debe ser interpuesta ante los Tribunales ordinarios y en la jurisdicción civil y no en la mercantil y es la entidad bancaria la que plantea, una vez interpuesta ya la demanda y contando ya con el correspondiente decreto de admisión a trámite, cuestión declinatoria señalando la existencia en el contrato de una estipulación expresa y voluntaria de sumisión a arbitraje privado.

La redacción estándar de la cláusula de renuncia a fuero es analizada al detalle en cada interposición de cuestión declinatoria¹²⁴.

“CONVENIO ARBITRAL. Las partes intervinientes acuerdan que todo litigio, discrepancia, cuestión o reclamación resultante de la ejecución o interpretación del presente contrato u operación relacionada con él, directa o indirectamente, se resolverán definitivamente mediante arbitraje de Derecho, por un único árbitro, en el marco de la Corte de Arbitraje de Madrid, de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, a la que se encomienda la administración del arbitraje y la designación de los árbitros de acuerdo con su Reglamento y Estatutos, sin más excepciones o derogaciones que las contempladas en la presente cláusula arbitral.

El lugar del arbitraje será Madrid y el idioma castellano.

Con derogación o exclusión expresa de lo dispuesto en el art. 15.1 de la Ley 60/2003 y en el artículo 21 del reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid por virtud del presente acuerdo expreso de las partes en contrario, el árbitro único deberá ser persona con amplio conocimiento de los mercados de productos financieros y derivados, no precisándose, pues, la condición de abogado en ejercicio.

De considerarlo necesario, el árbitro único podrá nombrar, de oficio, o a instancia de parte, a uno o varios peritos, y deberá dictar el laudo en el plazo de tres meses siguientes a la fecha de presentación del escrito del demandado a que se refiere el art. 34 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid, o la expiación del plazo para presentarlo, excepto en aquellos casos en que el procedimiento arbitral se desarrolle en un periodo del año que incluya total o parcialmente, el mes de agosto, en cuyo caso el plazo para dictar el laudo será de cuatro meses.”

Esta cláusula normalmente figura como última estipulación del contrato, después del clausulado específico del mismo y con carácter previo a la firma.

¹²⁴ Las diferencias pueden estar en el número de árbitros que se van a nombrar para dirimir la controversia.

La cuestión que recoge la estipulación controvertida no es menor, porque lo que es obvio es que al contratante se le priva de forma anticipada de la posibilidad de acudir a la justicia ordinaria y a que el asunto se sustancie ante los Juzgados¹²⁵, en lugar de ante un arbitraje cuyas características también dan lugar a discusión. La cláusula obliga al justiciable a someterse a una justicia privada, y además costosa (se puede introducir los costes que se calculan para una cuantía indeterminada de un mínimo de 9.000 euros anticipados para el abono de honorarios de árbitros y tasas), privándoles pues, del acceso a la Justicia Pública que recoge el art. 24 de la CE, en el que obviamente no se diferencia si el derecho a la tutela judicial efectiva lo invoca un particular o una persona jurídica.

El art. 24 CE en el que se reconoce que el justiciable tiene derecho a una justicia posible, eficaz y accesible, las formalidades procesales han de entenderse siempre para servir a la justicia, jamás como obstáculos a la actuación de lo que constituye la razón misma de la jurisdicción, de forma que se obstaculice en derecho del demandante

A la vez no puede obviarse que al adherente se le impone un arbitraje que no obliga a que el dirimente sea un abogado en ejercicio sino un experto en mercados financieros y derivados, cuando lo que en realidad se está discutiendo es una cuestión puramente jurídica y no económica. En todo caso y dada la disparidad de resoluciones, podemos analizar tanto los argumentos que sostienen a la validez y aplicabilidad plena de la cláusula como aquellos que puede rebatirlos plenamente.

III.3.2 Argumentos a favor de la aplicación de la cláusula de arbitraje

¹²⁵ La cláusula de sumisión a arbitraje se contiene en otros contratos bancarios complejos, como el supuesto de las Participaciones Preferentes (NAVAS, J. Cláusula de convenio arbitral en las participaciones preferentes. *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 6/ 2012. Ed. Aranzadi. Pamplona 2012).

La resolución alternativa de conflictos (ADR) por medio del arbitraje privado, es uno de los objetivos de la Ley Modelo UNCITRAL / CNUDMI¹²⁶, y del modelo social y económico actual que defiende este sistema con el fin de descongestionar los Tribunales de justicia y proporcionar un sistema de solución de controversias que sea más rápido, menos costoso (supuestamente) e incluso “más cercano”, menos imbuido de la solemnidad y de la ardua tramitación que exige un proceso ante los tribunales públicos. Pero no es menos cierto que este sistema debe ser decidido voluntariamente por el justiciable, debe ser una verdadera “opción” y no una imposición del predisponente del contrato y a la sazón la parte más fuerte del mismo.

Centrándonos en nuestro objeto de análisis, la cláusula de sumisión a arbitraje introducida en el contrato genera las siguientes alegaciones a favor de su aplicación:

- i. Por un lado, podría señalarse la plena aplicabilidad del art. 22 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje (en adelante LA) y podría incluirse en principio Kompetenz- Kompetenz¹²⁷ que viene recogido en el mismo Preámbulo de la ya mencionada Ley Modelo UNCITRAL en cuyo artículo 7º se recoge que: el Tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones o la validez del acuerdo de arbitraje. A este efecto el acuerdo de arbitraje que forma parte de un contrato se considerará un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo, no conlleva la nulidad del acuerdo de arbitraje. Del tenor literal de este texto se deriva, que son los árbitros mismos los que están capacitados para poder decidir sobre su propia competencia, la cual sin embargo no escapa al control jurisdiccional mediante la solicitud de nulidad del laudo que se dicte, siguiendo el procedimiento previsto en los artículos 40 y ss.

¹²⁶ El acrónimo UNCITRAL responde a las siglas de United Nations Commission on International Trade Law, que en su traducción al castellano pasan a CNUDMI, eso es Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional entre cuyos objetivos se encuentran los de armonización y unificación del derecho mercantil internacional, defendiendo la normalización del arbitraje como forma alternativa de resolución del conflicto. http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/general/06-50941_Ebook.pdf.

¹²⁷ Literalmente la expresión en alemán significa “competencia por competencia” y se contiene en el propio art. 7 de la Ley modelo UNCITRAL, se trataría de dotar de total autonomía al modelo de arbitraje como sistema de resolución de conflictos, dotando al tribunal arbitral de capacidad para poder resolver sobre “su propia competencia”.

- ii. Por otra parte, podría resultar aplicable también lo previsto en el artículo 9 LA ya que, por una parte, la cláusula se encuentra incorporada a un contrato, y recoge la voluntad de las partes de someter a arbitraje las controversias- veremos si todas o solo algunas de ellas- derivadas del contrato, y además la sumisión consta por escrito, está firmada por ambos contratantes, teniendo pues carácter “voluntario” (que habrá que matizar).
- iii. Podríamos también traer colación el propio Art. 11 LA en el que queda claro que el convenio obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria, como es el caso.
- iv. Y respecto al perfil del árbitro y su idoneidad para el supuesto discutido, parece que a tenor de lo que en la cláusula se recoge respecto al perfil que deberá tener el árbitro es el de *una persona con amplios conocimientos de los mercados de productos financieros y derivados, no precisándose, pues la condición de abogado en ejercicio*. Así que dándose el caso de que el contrato objeto del litigio es precisamente un contrato financiero complejo, parece prudente, al menos en apariencia que se garantice que quien dirima el conflicto sea un experto financiero, y no necesariamente un abogado en ejercicio.
- v. No deberíamos invocar la aplicabilidad de la legislación propia de los Consumidores y usuarios en cuanto al perfil del contratante (la Pyme), pues no tiene la consideración de consumidor a los efectos de resultarle aplicable la normativa propia de estos, ya que el contrato litigioso forma parte de su actividad mercantil, y por lo tanto la pyme no es la destinataria final del producto financiero.

La mercantil, por el mero hecho de serlo, no tiene la consideración de consumidor (no debe identificarse consumidor con el concepto de minorista a los efectos de la Ley de Mercado de Valores, el cliente minorista puede ser una empresa) de forma, que si resulta aplicable al caso, de tal manera que aunque el cliente bancario sí que ostenta dicha condición de minorista a los efectos de la MiFID¹²⁸, le resultará aplicable la normativa propia de dicho inversor, que a la sazón es la merecedora de una mayor protección ya que se entiende que carece de experiencia inversora y el producto y su comercialización se deben adecuar a dicha tesitura, pero ello no debe confundirse con el concepto de consumidor *stricto sensu*.

- vi. Por último podría también entenderse que el convenio arbitral no está contenido en un contrato de adhesión, puesto que el clausulado ha sido negociado por las partes, y aunque puede haber cláusulas predispuestas, también la hay negociadas.
- vii. La cláusula que contiene el pacto de sumisión a arbitraje no resulta abusiva, dado que a la luz de lo recogido en la propia LCGC, la cláusula abusiva tiene su propio ámbito en relación con los consumidores y siempre que no haya existido una negociación individual, señalando que el cliente bancario podría haber solicitado antes o al momento de la firma podría haber sustituido la cláusula de sometimiento a arbitraje por una cláusula de jurisdicción, como parte de la negociación del contrato.

Para todos y cada uno de estos argumentos existen alegaciones que los rebaten, pero aun así, los Tribunales no sostienen un criterio unánime, como ya hemos

¹²⁸ La normativa protectora del inversor, considerando como tal el que contrata un servicio de inversión, sin diferenciar si es persona física o jurídica se centra básicamente, aunque no únicamente, en la normativa recogida en la ley 44/1988 del Mercado de Valores.

La Directiva 2004/39/CE del Parlamento europeo y el Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre mercados e instrumentos financieros que fue traspuesta a nuestro ordenamiento a través de la Ley 47/2007 de 28 de julio del Mercado de Valores y que introdujo sustanciales modificaciones en orden a la transparencia que debe regir en la comercialización de productos de inversión, y calificando según su perfil a los diferentes tipos de inversores de tal forma que se adecuen los productos ofertados con el perfil de riesgo del cliente.

señalado y a día de hoy la controversia sigue planteándose sin que exista una doctrina jurisprudencial asentada entre la Jurisprudencia menor¹²⁹, y ya existe más de un centenar de autos judiciales en ambos sentidos.

III.3.3 Argumentos en contra de la aplicación del arbitraje cuando se solicita la nulidad del contrato por una Pyme

La cuestión de la renuncia al fuero no resulta problemático cuando se ha recogido en un contrato de adhesión concertado con consumidores, puesto que podría calificarse de abusiva¹³⁰, porque la cuestión es clara y data desde la Directiva de la CEE nº 93/13 de 3 de abril de 1993¹³¹, que las incluyó en una lista de posibles cláusulas abusivas¹³², sin perjuicio de poder argumentar también la doctrina del abuso del derecho.

En este mismo sentido el art. 54.2 LEC prevé el carácter no dispositivo de las normas de competencia territorial cuando se contenga en contratos de adhesión o en condiciones generales impuestas por una de las partes. Obviamente se observa cómo el legislador pretende proteger a la parte débil de los contratos de adhesión o en las condiciones generales impuestas unilateralmente, para evitar la imposición de un fuero de competencia territorial distinto.

Sin embargo, la cuestión no es clara cuando es una empresa la afectada carente de protección a través de la TRLGCU. Como cuestión previa no puede dudarse al menos de que la empresa frente a la entidad bancaria, salvo que se trate de una gran empresa

¹²⁹ Incluso las diferentes Secciones de algunas Audiencias Provinciales tienen resoluciones contradictorias por mencionar algunas que estiman la cuestión declinatoria podemos mencionar: AAP de Barcelona, de 30 de junio de 2011; AAP Burgos de 7 de junio de 2011, AAP de Murcia de 15 de marzo de 2011 (JUR 2011, 190628).

¹³⁰ Ver http://www.elderecho.com/tribuna/civil/clausulas-sumision-contratos-consumidores_11_822430002.html

¹³¹ (EDL 1993/15910)

¹³² http://consumo-inc.gob.es/publicac/EC/1999/EC48/EC48_04.pdf

(por ejemplo, una multinacional o una empresa dedicada a la gestión de patrimonios), parte *ab initio* de una posición de desequilibrio puesto que de lo que no puede dudarse es de que la entidad bancaria frente a la Pyme ostenta una posición de dominio y en la mayor parte de los casos el contrato financiero se oferta por parte del banco que será quien haya redactado el clausulado del mismo.

- i. A la vez, el desequilibrio se pone de manifiesto para empezar porque lo más lógico es que la entidad tenga sucursales abiertas en numerosas jurisdicciones y un equipo de asesoría jurídica que atiende los diferentes contenciosos abiertos, y lo más habitual es que en el lugar designado para el arbitraje haya una sede de la entidad y asesoría jurídica propia, sin embargo la pyme no cuenta con los mismos medios, normalmente ejercerá su actividad en una localidad determinada y no contará con sucursales repartidas por toda el país y por su propia denominación de “pequeña o mediana empresa” no cuenta con una gran infraestructura, que le permita sin aumentar costes plantear un procedimiento judicial o arbitral en cualquier sitio, sino que lo más lógico es que en caso de tener que presentar una reclamación la realice en la jurisdicción más cercana a su domicilio y no le obligue a demandar a gran distancia.

En un caso en el que la mercantil (un pequeño comercio) era la demandada por la entidad financiera, que había incluido en el contrato bancario de permuta de tipos de interés, una cláusula de sumisión expresa a los Tribunales de Madrid, y fue allí donde interpuso la demanda. Al interponerse la declinatoria, el Juzgado de primera Instancia nº 13 de Madrid, entendió, mediante el Auto de 28 de noviembre de 2011, que reza así:

“En primer lugar al tratarse de persona jurídica la demandada (un comercio) el fuero aplicable es el del artículo 51.1 LEC, en el que se contempla que la competencia territorial debería ser la de los de Navarra (por encontrarse allí ubicado el domicilio social de la demandada). Sin embargo la aplicación de este fuero tiene carácter dispositivo, pero no es menos cierto el pacto contenido en el contrato no es válido como pactos a estos efectos al tratarse de una cláusula

inserta en un contrato de adhesión, ya sea el adherente consumidor o no consumidor, tal y como con claridad se establece en el artículo 54.2 de la LEC. Por lo que se procede a estimar la declinatoria y establecer que el Juzgado competente para conocer la controversia es el del domicilio de la demandada”.

- ii. Respecto a la aplicabilidad del art. 9 LA¹³³, lo debemos poner en relación a lo que también señalan los arts. 1.281 y 1.288 CC en referencia al verdadero contenido que debe dotarse a la cláusula arbitral, lo que realmente recoge este artículo 9 LA es que a través del convenio arbitral pueden ser sometidas a arbitraje todas o algunas de las controversias que surjan en relación al contrato, de forma que si la cláusula delimita expresamente el contenido del convenio, la interpretación no debe ser amplia. Así que incluso aceptando la validez de la estipulación de arbitraje, nos preguntamos que si la misma cláusula incluye expresamente que “*se someterán a arbitraje*” todas las cuestiones-controversias que se deriven de la “*interpretación o ejecución del contrato*” ¿se está haciendo una mención expresa a estos aspectos o la interpretación que hay que hacer de los términos es que en realidad es voluntad del redactor del contrato que se sometan a arbitraje “todas” las cuestiones controvertidas y no solo aquellas que deriven de la interpretación o ejecución? O preguntado de otra forma ¿la solicitud de nulidad del contrato quedaría incluida en la misma expresión?

Las resoluciones que proceden a estimar la declinatoria que plantea la entidad bancaria se inclinan en su mayoría a entender que en los términos “interpretación o ejecución” deben quedar incluido el propio concepto de eficacia¹³⁴.

¹³³ El art. 9 LA recoge que:

1. *El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.*

2. *Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato.*

¹³⁴ La eficacia del contrato siempre debe analizarse con carácter previo, a discutir sobre la interpretación o ejecución del contrato.

Esto es algo que no se comparte por nuestra parte, puesto que en su caso la redacción de la estipulación podría haber sido mucho más genérica.

- iii. Así que respetando la cláusula y atendiendo a su tenor, se puede invocar el art. 1.288 CC, de forma que ante una cláusula oscura, su interpretación no puede favorecer a quien la ha redactado (en este caso la entidad bancaria). En el mismo sentido puede volver a ser traída a colación la LCGC, puesto que partimos de un contrato bancario de adhesión, que en su artículo 6.2 viene a recoger que las dudas de interpretación de una condición general oscura se deben resolver a favor del adherente.

De esta forma y utilizando en la redacción unos términos tan delimitados, no dudamos de que la cuestión de la nulidad contractual es una controversia que debe dirimirse ante los tribunales ordinarios, siendo además la eficacia una cuestión previa a la propia *“interpretación o ejecución del contrato”* pues lo que en realidad se está discutiendo es su propia existencia. Traemos a colación alguna de las resoluciones que sostienen esta teoría, a nuestro entender con una argumentación impecable que justifica perfectamente la delimitación que la propia cláusula recoge.

En primer lugar, el Auto de 7 de julio de 2011, del Juzgado de Primera Instancia nº 56 de Barcelona ¹³⁵ que recoge en su fundamentación que:

“El objeto litigioso fijado en el convenio arbitral “ejecución y/o interpretación del presente contrato y operación...” y siendo como es que se alega error en el consentimiento y por ende la posible ausencia de causa, no hay duda acorde con lo expuesto que queda fuera de lo convenido la materia litigiosa a debatir; si es cierto que no podemos obviar que las cláusulas discutidas, como oscuras en cuanto a interpretación se estudiarán bajo los parámetros establecidos en su caso en los Art. 1288 y 6.2 de la Ley 7/98, de modo que queda vedada su interpretación “favor redactor” de modo que la citada cláusula de sumisión, impide el acceso a la jurisdicción ex artículo 24 CE, estando vedado las limitaciones de derechos fundamentales en una interpretación extensiva favor redactor”.

¹³⁵ E.A.

O el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Córdoba, de 14 de mayo de 2010¹³⁶, que desestima la declinatoria por falta de jurisdicción presentada por la entidad y que se pronuncia en los siguientes y contundentes extremos:

“1.- Aún cuando la cláusula utilice la fórmula omnicomprendiva “todo litigio, discrepancia, cuestión o reclamación resultantes...”, debe entenderse referida, como señala la propia cláusula, a la “interpretación y ejecución” del contrato. Estos últimos conceptos parten de un contrato eficaz, en cuyo desarrollo o aplicación surgen discrepancias entre las partes. La nulidad es justo lo contrario. Con ella lo que se pretende es la no aplicación del contrato. Por tanto, se trata de conceptos totalmente distintos.

2.- En el mejor de los casos para la demanda, se trataría de una cláusula oscura, de modo que su interpretación (art. 1.288 CC y 6.2 Ley 7/1988) nunca podría favorecer a Banco que es quien ha dado lugar a la oscuridad y quien, lógicamente, se vería favorecida de manera evidente por la sumisión.

3.- Hay ciertos apartados del convenio arbitral que favorecen la interpretación que se lleva a cabo en la presente resolución. Nos estamos refiriendo a las cualidades del árbitro. Según el convenio, el árbitro debe ser “una persona con un amplio conocimiento de los mercados de productos financieros y derivados, no precisándose, pues la condición de abogado en ejercicio”.

Ello es coherente en un arbitraje que solo tenga por objeto cuestiones relativas a la ejecución del contrato, por que se trataría de extremos con un fuerte contenido económico y financiero. Pero resultaría incoherente cuando lo que se pretende ventilar es la propia existencia del contrato, ya que para decidir esa cuestión lo fundamental son los conocimientos jurídicos. Conforme a la interpretación que se acaba de hacer, resulta más comprensible que el árbitro no tenga porque ser abogado en ejercicio.

3.- Se trata de una cláusula que está impidiendo el acceso a la jurisdicción, por lo que conforme a la doctrina constitucional emanada del art. 24 CE, no puede hacerse una interpretación extensiva de la citada cláusula.”

Y especialmente destacable el Auto de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección Primera, de 6 de mayo de 2011¹³⁷, en el que se procede a la desestimación de la cuestión declinatoria planteada por la entidad apoyándose en la redacción de la propia cláusula en el punto en el que se establece que las cuestiones que serán sometidas a arbitraje serán aquellas que tengan que ver con la “*ejecución o interpretación del contrato*” Así frente a la reiterativa alegación por parte de la entidad

¹³⁶ E.A.

¹³⁷ (JUR 2011\225771)

de que invoca la aplicación del art. 1.284 CC por el que si una cláusula admite varios significados deberá entenderse el más adecuado para que produzca efecto, de tal suerte que aplicándola al caso, a juicio de la entidad debe entenderse que en dicha expresión se muestra la voluntad omnicomprendiva del convenio de recoger cualquier controversia que suscite el propio contrato, incluyendo la posible validez o eficacia del mismo. Y es aquí en donde la Audiencia discrepa al entender que subsumir en los términos “interpretación y ejecución del contrato” la validez del mismo no resulta acertado. Ya que de hecho la validez, eficacia, y nulidad del contrato se regulan en capítulos diferentes de los dedicados a regular su interpretación¹³⁸. A la vez tampoco procede la invocación del artículo 1284 del CC, (precisamente en el que se regula la interpretación de las cláusulas, porque el hecho de limitar la cláusula de arbitraje únicamente a las cuestiones derivadas de la interpretación y ejecución (excluyendo la validez o eficacia) no provoca que la cláusula quede sin efecto, más bien al contrario, sino que se acota su aplicación.

Dicho precepto “no obliga a que las cláusulas de los contratos tengan los “máximos efectos” sino que trata de evitar interpretaciones absurdas de las mismas¹³⁹. Como argumentos denominados “secundarios” pero que a nuestro modo de ver no lo son, porque son consideraciones muy importantes que reafirman más si cabe lo más arriba ya expuesto se afirma que el contrato litigioso *ha sido redactado por profesionales del Derecho, cuidadosos lo cual se pone -de manifiesto en la corrección gramatical y precisión de las estipulaciones*. Por lo que el “olvido” de la inclusión de las cuestiones derivadas de la propia eficacia del contrato en el convenio arbitral, no se trata un olvido involuntario sino una muestra más de la precisión en la redacción.

Y por último y respecto al perfil del árbitro, no se requiere que sea un abogado en ejercicio sino un conocedor de los mercados financieros y derivados, “*evidencia la voluntad de las partes de dejar al margen cuestiones complejas como las relativas a la*

¹³⁸ Tanto la interpretación como la eficacia de los contratos se regulan en el Libro 4º, título II del Código civil, pero mientras la eficacia y validez se regula en los capítulos III y IV, mientras que la interpretación es objeto de regulación en el capítulo IV.

¹³⁹ En apoyo de esta tesis se debe mencionar al Tribunal Supremo se inclina claramente por la interpretación literal de los convenios arbitrales (STS, Sala 1ª, de 5 de septiembre de 2006. Nº 844/2006, ROJ STS 5032/2006).

validez del contrato” y de poner el acento en cuestiones de interpretación y ejecución, para los que es obvio que se pueden requerir conocimientos de mercados financieros y derivados a los que hacen referencia en la redacción de la cláusula.

Una cuestión de vital importancia, que ya hemos mencionado más arriba resulta la renuncia anticipada al ejercicio de acciones ante los Tribunales de Justicia, (entre otros, el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Albacete, de 30 de marzo de 2012)¹⁴⁰ que se rechaza de acudir a la justicia ordinaria, con fundamento en el art. 24 de la CE, por lo que deberá siempre ser interpretada con carácter restrictivo. Queremos en este sentido destacar el Auto de 10 de enero de 2011, del Juzgado de Primera instancia nº 2 de Córdoba ¹⁴¹ en el que con claridad meridiana se fundamenta esta cuestión, poniendo el acento en que se debe ser especialmente cuidadoso en la inclusión de las cláusulas de arbitraje, en las que la renuncia a poder acudir a la jurisdicción ordinaria debe ser: expresa, conocida, voluntaria y no impuesta y todo ello enmarcado en una situación de equilibrio entre las partes del contrato.

Así, el citado Auto de la Audiencia de Córdoba recoge que:

“SEGUNDO.-... “Ahora bien, al configurarse la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos de los justiciables como unas de las funciones esenciales del Estado, es lógico que se establezcan unos mecanismos de defensa de carácter riguroso de suerte que, la posibilidad que tienen los particulares de sustraerse a la misma cuente con las debidas garantías. Como el arbitraje comporta una excepción al monopolio de la justicia estatal y una inevitable derogación de normas de carácter imperativo, la sumisión de las partes a tal procedimiento debe ser sometida a un estricto control para verificar la auténtica voluntad de las partes de renunciar a la tutela jurisdiccional, sobre todo cuando en la relación jurídica se encuentra una parte débil. Nos hallamos ante la posibilidad de que los denominados contratos de adhesión incluyan una cláusula de arbitraje con un claro desequilibrio para las partes. La frecuente presencia de cláusulas de arbitraje que son impuestas en determinados contratos; póliza de seguros, contratos de transporte de mercancías o contratos bancarios, pone la voz de alarma contra la institución arbitral por considera que no existe una voluntad de aceptación por parte de quien los suscribe dado su carácter coactivo e insustituible y que, con ello, ésta queda despojada de su derecho de acudir a la jurisdicción estatal reclamando justicia. Son situaciones

¹⁴⁰ E.A.

¹⁴¹ E.A.

en que se rompe el equilibrio entre las partes contratantes y donde pueden vulnerarse las exigencia de la seguridad jurídica y que suponen una clara perversión de las reglas mínimas que deben inspirar la redacción de los denominados contratos tipo o cláusulas tipo y que únicamente puede ser corregida a través de la acción del Estado o de determinadas Organizaciones Internacionales. Esta es la razón de que ciertas legislaciones de arbitraje declaren nulo el convenio arbitral que coloque a una de las partes en una situación de privilegio con respecto a la designación de los árbitros, siendo de destacar la innovación de algunas legislaciones de contemplar normas expresas relativas a la inclusión de un convenio arbitral en contratos de adhesión.

De ello, es buena muestra el art. 9.2 de la LA 60/2003 al establecer que cuando el convenio arbitral esté contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato.”

En punto a la abusividad o no de la cláusula, debemos recordar que el hecho de que esté introducida en un contrato de adhesión no implica obviamente que la cláusula sea por sí misma abusiva, como bien define la Ley 7/1998 de LCGC señala claramente la diferencia entre una condición general y una condición general “abusiva” estableciendo que esta puede perfectamente aparecer en un contrato celebrado entre profesionales recogiendo en el párrafo octavo de su Preámbulo que estas últimas se definen como siendo aquellas que sean “*contrarias a la buena fe y generen desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios*”¹⁴².

Tal como se conceptúan las condiciones generales, una de las partes impone a otra una serie de condiciones para poder contratar con ella, lo cual implica que no ha aceptado libremente sumisión territorial, sino que dicha sumisión viene impuesta unilateralmente por una de las partes. Es decir, una de las partes contratantes no ha intervenido en la redacción de dicha cláusula ni la ha aceptado libremente, por lo que no se le puede imponer en ningún momento la mencionada cláusula, al faltar el

¹⁴² En este sentido, cabe citar igualmente la resolución dictada por la Audiencia Provincial de Asturias en Auto nº 54 /2011 de 18 de mayo. Nº 54/2011. JUR 2011/268853) en el que se señala que: “*con el fin de conseguir una interpretación más adecuada para la defensa de la igualdad contractual entre las partes, tanto cuando se trate de contratos entre profesionales como de los celebrados entre consumidores, a ambos deberá aplicarse el concepto de abusividad entendido como desequilibrio contractual o desigualdad de condiciones entre las partes.*”

elemento esencial como es la voluntad manifiesta de someterse a un fuero diferente del lugar en que se celebró el contrato.

La Audiencia Provincial de Jaén, Sección Segunda, en sentencia de 22 de julio de 2004¹⁴³, declaró al respecto:

“Como ya hemos dicho en reiteradas sentencias sobre similar cuestión a la que aquí debatida, de 11 de noviembre de 2002, 22 de abril de 2004 o la más reciente de 2 de julio de 2004, en aplicación de la Ley 7/ 1998 de Condiciones Generales de la contratación, la protección y el control judicial de contenido de las cláusulas de sumisión incorporadas a contratos de adhesión en los que la autonomía de la voluntad se ve poderosamente comprometida en su libertad contractual, que no en al de contratar se amplía, o no excluye como proclama el propio preámbulo de la misma, a cualquiera que utilice condiciones generales, incluso de su actividad profesional.

“... por todo ello y considerando que en el contrato de adhesión objeto de autos, existe una clara posición dominante por parte de BBVA S.A., frente a una empresa que aunque no tenga la condición de consumidor SI está en un plano inferior con el consiguiente desequilibrio de sus derechos que esa situación comporta. Se está en situación de declarar abusiva la cláusula de sumisión a arbitraje...”

Efectivamente, en el Preámbulo de la Exposición de Motivos de la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación, se establece la diferencia que existe entre una cláusula como condición general y una cláusula abusiva, disponiendo: *“una cláusula es una condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares.”*

¹⁴³ JUR 2004\256064

Igualmente establece que *“las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores...”* el concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condición generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual.” Y se añade en el párrafo octavo del Preámbulo: *“Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que esa abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios”*

Se plantea entonces la consideración de si una Pyme puede tener la consideración de consumidor. La cuestión resulta no solo interesante en debate teórico, sino también porque condiciona la aplicación de la legislación propia de los consumidores, que ciertamente ha ahondado en que se otorgue la mayor protección posible en las contrataciones no solo de servicios financieros, sino cualquier otro producto y servicio. La jurisprudencia habitualmente delimita el concepto de consumidor asociándola a persona física y en caso de ser persona jurídica solo en contadas ocasiones puede alcanzar dicho calificativo, aun cuando el contrato no tenga por destino ser integrado en el negocio.

Aun así, en una resolución de un Juzgado de la Rioja, el juez asumió la condición de *“consumidor financiero”* para una pyme demandante frente a una entidad Bancaria. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Logroño, Sentencia 80/2012, de 30 de abril de 2012 ¹⁴⁴:

“La demandante (una empresa familiar) no es una Sociedad financiera o inversionista, ni hay datos para calificarla como apta para tomar sus propias decisiones de inversión, valorando correctamente sus riesgos (art. 78 bis LMV).

¹⁴⁴ E.P.

Es por tanto un cliente minorista, que le hace acreedor de las obligaciones informativas expuestas en la directiva 2004/39CE.

Pero la condición de cliente profesional, no solamente le hace acreedor del Derecho a obtener una información clara y transparente de los productos financieros contratados, sino que debe ser considerado como consumidor a efectos de la aplicación de la legislación tuitiva de consumidores y usuarios. La debida interpretación conjunta de la normativa antes expuesta, y el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios permite que la mercantil demandante pueda ser calificada como consumidor financiero, en tanto que al adquirir o contratar un producto se halla en situación de desigualdad en relación a la entidad que le proporciona o vende tal producto, de modo muy similar a la situación de un consumidor, entendido como destinatario final de un producto o servicio ordinario, se encuentra en relación a un productor o prestador de servicios”.

A continuación se analiza el perfil del representante legal y se conviene que “no se acredita que tuviera la formación académica o experiencia profesional para conocer la naturaleza de este tipo de productos” (refiriéndose a permutas financieras), por lo que se concluye que:

“la consecuencia de ello será, pues, que la mercantil de mandante es merecedora de la consideración de consumidor de productos financieros, lo que conllevará la aplicación de la legislación de la legislación tuitiva en materia de consumidores y usuarios”.

Entendemos que el concepto de “consumidor financiero” se ajusta perfectamente a la realidad de la mayoría de las situaciones en las que el litigio no versa sobre los productos bancarios propios del tráfico mercantil habitual de la empresa, sino que, como en este caso apuntado más arriba, la Pyme y su representante legal cuando contrataron el producto controvertido eran los destinatarios finales del mismo, si bien les falta la consideración de actuación ajena a profesión o empleo que establece la normativa europea.

La mayor parte de los autos judiciales que en España solventan el tema estimando la declinatoria no les presenta dudas la cuestión de que la cláusula controvertida se encuentra inmersa un contrato de adhesión, pero sí se generan resoluciones contradictorias en cuanto a la interpretación que se le debe otorgar al

contenido de la cláusula, creo que partiendo de la protección a la posición contractual más débil es defendible la interpretación que debe otorgarse a la cláusula si se le quiere otorgar verdadera protección a la pyme como parte más necesitada de tutela.

De esta forma, no dudamos de que la cuestión de la nulidad contractual es una controversia que debe dirimirse ante los tribunales ordinarios, siendo además la eficacia una cuestión previa a la propia *“interpretación o ejecución del contrato”* pues lo que en realidad se está discutiendo es su propia existencia.

En definitiva, en cuanto al fuero general de las personas jurídicas y entes sin personalidad, y según el art. 51.1 LEC, pueden ser demandadas las primeras en el lugar dónde radique su domicilio social o en el lugar dónde la situación o relación jurídica a que se refiera el litigio haya nacido o deba surtir efectos, condicionada esta última posibilidad a que en dicho lugar tenga establecimiento abierto al público o representante autorizado.

III.4. CUANTIFICACIÓN DE LA DEMANDA

La cuestión de la cuantificación de la demanda generó un problema procesal sobre todo en los inicios de las primeras reclamaciones judiciales de swap. Por una parte, y como se ha recogido más arriba, en estos contratos la cuestión del nominal o nocional, que figura en el documento de swap, no es más que una referencia sobre la que se van a aplicar los tipos de interés si es un swap de tipos de interés o en los demás casos sobre el que se aplicará el valor subyacente del swap, no es una cantidad que ni se entrega ni se recibe por ninguna de las partes, sino que es la cantidad que va servir de referencia para el cálculo de las liquidaciones del producto. Entendemos que esta cantidad no es en ningún caso el precio del contrato, como enseguida detallaremos.

No hace falta explicar que la cuestión de la cuantía de la demanda, es importante a efectos de costas procesales, sobre todo para aquellos casos en los que pudiera desestimarse la pretensión y el cliente tuviera que hacer frente a las costas¹⁴⁵.

Por ello, y a efectos del artículo 253.1 LEC, era necesario cuantificar la demanda, en base a los verdaderos costes que se derivaran del contrato, en este caso coincide la cuantía de la demanda con el precio del contrato. Por ello y para aquellos casos en los que la reclamación judicial se presentaba antes de la consumación del contrato, la opción más lógica era la cuantificación como “inestimable”, o lo que se viene en llamar “cuantía indeterminada”, ya que hasta la finalización del contrato, no es posible determinar todos los costes que este supone, no se puede establecer por lo tanto su “precio”. En consecuencia si el contrato ha finalizado, deben computarse todas las liquidaciones del mismo (tanto las positivas como las negativas) y añadirse en su caso los denominados “costes de cancelación” cuya abstracción y aleatoriedad también hemos puesto de manifiesto. Este es el “precio” del contrato, al que no se puede llegar de forma concluyente sino cuando el contrato ha finalizado bien por su vigencia o bien por su cancelación anticipada.

En algunos casos se cuantificaba el proceso con la cantidad que en el momento de presentar la demanda se había originado como coste fruto de las liquidaciones (negativas a las que se restarían las positivas), todo ello sin perjuicio de que pudieran seguirse devengando cantidades a lo largo del procedimiento. A nuestro entender no es la mejor forma de cuantificar un swap que no ha vencido en el momento de presentar la demanda, pues no es el “precio” real del contrato. Por ello y bajo nuestro criterio, entendemos que el precio del contrato lo constituyen el total de las liquidaciones practicadas a las que se debe añadir, en su caso, el coste de la cancelación anticipada, En consecuencia y siempre que el contrato no haya finalizado la cuantía de la demanda debe ser la propia del artículo 253.2 LEC (cuantía indeterminada).

¹⁴⁵ RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA D., “La cuantía de los pleitos de swaps: a propósito de los Autos de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 15 de junio y de 7 de septiembre de 2010.”, *Diario La Ley*, Nº 7549, Sección Doctrina, 18 Ene. 2011, Año XXXII, Editorial LA LEY, en el que se defiende que la cuantía de los pleitos de nulidad de Swap debe ser la de su interés económico: importe de las restituciones a favor del demandante.

Cuestión distinta será la cantidad que se haga constar en el *petitum* del escrito de demanda en los casos en los que el swap no ha finalizado y cuando se presenta el procedimiento, deberá hacerse constar la cantidad resultante de la resta de los abonos a los cargos si estos son superiores o a la inversa, estableciendo como “Suplico” del escrito de demanda, la cantidad resultante de realizar la compensación. Ello es así debido a que en virtud del art. 1303 CC en caso de declaración de nulidad las partes deben restituirse recíprocamente las prestaciones, todo ello sin perjuicio y dejando constancia de que deberán tomarse en consideración y cuantificar, en fase de ejecución de sentencia, las cantidades que se hayan seguido devengando durante la tramitación del procedimiento.

El tema de la “cuantía” del procedimiento y el “precio” del contrato generaron cierta controversia. No olvidemos que la cuantía del procedimiento puede o no coincidir con el precio del contrato, siendo la primera necesaria a efectos de establecer las costas del asunto, mientras que el precio lo constituye la valoración económica de las prestaciones que se reclaman. A pesar de tener claros los conceptos, los primeros asuntos de swap que llegaron hasta el Alto Tribunal, plantearon y dejaron abierta una polémica, que tiempo mas tarde fue zanjada por la modificación de la LEC, como vamos a explicar a continuación.

El Tribunal Supremo en Auto de 15 de junio 2010¹⁴⁶ estimó el recurso de queja presentado por una entidad financiera en un recurso sobre swaps comercializados a una empresa, proveniente de la Audiencia Provincial de Asturias, por la que se pretendía el acceso a casación a pesar de que el coste del contrato ascendía a la cantidad inferior a 150.000 euros que permitía el acceso a casación en aquel momento y también a pesar de que el procedimiento se había planteado conforme a cuantía y no a materia, teniendo en cuenta que no se habían producido la reforma introducida por la Ley 37/ 2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal. En el Auto citado mas arriba se señalaba:

“Resulta evidente que la cuantía del procedimiento, conforme a lo dispuesto en la regla 8ª del art. 251 LEC, la constituye el precio del contrato y tratándose de dos contratos de permuta financiera en torno a los cuales giran las

¹⁴⁶ Rec. 237/2010. ROJ: ATS 8736/2010. Ponente Marín Castán.

acciones ejercitadas, la cuantía se corresponde con 1.000.000 y 2.000.000 euros fijados como valor nominal de los mismos, superando por tanto, la cuantía legalmente establecida para el acceso a los recursos extraordinarios.

En definitiva estaba tomando como “precio” del swap el nominal del contrato a pesar de que el nominal a nuestro parecer no lo es, y que ya hemos reiterado que es la cantidad que ni se entrega ni se recibe, lo cual resultaba tremendamente perjudicial para las demandas si se fijaba esta cantidad- siempre superior- a efectos de costas del proceso (pues nunca iba a coincidir con los verdaderos costes del producto)”.

En aquellos momentos y en el contexto del año 2010, es cierto que estaban ya siendo muy numerosas las reclamaciones de swap, y la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales estaba siendo contradictoria, por lo que resultaba necesario un pronunciamiento por parte del Supremo y la cuantía fijada en los procesos no alcanzaba la cuantía fijada para el acceso a recurso extraordinario de casación. Lo cierto que esta estimación del recurso de queja, permitió el acceso a casación del recurso planteado por la entidad demandada, y tiempo después, la estimación del recurso, pues a través del recurso de Casación se revocó la Sentencia de la Audiencia otorgando el fallo a favor a la entidad demandada, pero a la vez centrando las bases doctrinales de lo que debía entenderse por error en el consentimiento, centrando la teoría y requisitos del error, como se verá.

Las resoluciones que inicialmente no eran recurribles, porque manteniéndose el procedimiento siempre como de “cuantía indeterminada”, sin que la demandada-recurrente presentara oposición alguna, se mantuvieron como tales, después de que se dictara la Ley de Medidas de Agilización Procesal.

Cuando se presenta un recurso ante el Tribunal Supremo sobre swaps habrá de analizarse, si se ampara entre otros en el art. 477.2.3º LEC, e interesa destacar que el procedimiento del que trae causa y si éste se sustanció, sin controversia, los Fundamentos de las respectivas demanda y contestación, por los cauces del Procedimiento Ordinario conforme al artículo 249.2 de la LEC 1/2000 en razón de la cuantía y no en razón de la materia. Por esta razón, la vía de acceso al recurso de casación (máxime teniendo en cuenta que si la resolución que se recurre, es de fecha anterior a la entrada en vigor de la Ley 37/11 de 10 de octubre) es la del ordinal 2º, del

artículo 477 LEC. De forma que conforme a la redacción de dicho artículo en el momento de dictarse la Sentencia de la Audiencia Provincial (anterior también a la entrada en vigor de la Ley 37/11) establecía que quedaban excluidos del recurso de casación aquellos asuntos que se seguían en razón de la cuantía que no superaran los 150.000 euros, y los de cuantía indeterminada.

Y según dicho artículo, quedaría vedado el “interés casacional” del ordinal 3º del artículo 477 LEC, para procedimientos que no superaran la cuantía fijada en el ordinal 2º o lo fueran de cuantía indeterminada o inestimable, antes de la reforma sufrida con la Ley 37/11. Y ello es así porque si cualquier procedimiento independientemente de la cuantía pudiera tener acceso al recurso de casación, carecería de sentido o quedaría vacío de contenido el citado precepto. Los asuntos de interés casacional se reservan a aquellos procedimientos que se siguen en función de la materia, según la redacción de la LEC anterior al 2011. Por lo que si el procedimiento se ha seguido según la cuantía y no según la materia, el acceso a casación estaba limitado.

Así lo establecen numerosas resoluciones del Tribunal Supremo, recogiendo a su vez la doctrina reiteradamente expuesta por nuestro Tribunal Constitucional entre otros en sus Autos 191/2004, de 26 de mayo¹⁴⁷, 201/2004, de 27 de mayo¹⁴⁸ y 208/2004¹⁴⁹, de 2 de junio, así como en las Sentencias 150/2004, de 20 de septiembre¹⁵⁰, 164/2004, de 4 de octubre¹⁵¹, 167/2004, de 4 de octubre¹⁵² y 3/2005, de 17 de enero¹⁵³.

¹⁴⁷ JUR 2004/175236.

¹⁴⁸ JUR 2004/175285.

¹⁴⁹ JUR 2004/187213.

¹⁵⁰ RTC 2004\150.

¹⁵¹ RTC 2004\164.

¹⁵² RTC 2004\167.

¹⁵³ RTC 2005\3.

Con el fin de dar cabida al recurso de casación en materia de swaps se consideró por parte del Alto Tribunal que el nocional debía ser el precio del contrato, a pesar de que no todos los Magistrados de la Sala Primera, tenían la misma opinión. Los diferentes Autos que a partir del año 2010 dictó el Supremo en la admisión de los recursos a casación, fueron divergentes, dependiendo del ponente y observando dos posturas contrarias¹⁵⁴, respecto a qué debería entenderse por precio del contrato: el nocional o las liquidaciones practicadas con ocasión de la permuta.

Sin embargo en recursos posteriores, donde ya las reformas introducidas por la Ley de Medidas de Agilización procesal, permiten el acceso a casación basado en el interés casacional basado fundamentalmente por la divergencia de posturas entre las diferentes Audiencias Provinciales, la cuestión de debate sobre la cuantía ha quedado zanjada, pues ya en las mismas sentencias procedentes de las Audiencias Provinciales se recogía la posibilidad del acceso a casación.

En un reciente Auto del TS de 17 de junio de 2014 (Rec 1403/11)¹⁵⁵, en el que la demanda se había planteado como cuantía indeterminada, y con carácter previo a la entrada en vigor de la mencionada Ley de Medidas de Agilización procesal:

“En consecuencia, con arreglo a esta doctrina, las partes no pueden plantear a esta Sala la superior cuantía del litigio a los solos efectos de acceder al recurso de casación, si en la fase alegatoria inicial del proceso, como es el caso que nos ocupa, no se ha planteado controversia alguna relativa a su determinación. En ocasiones, esta Sala ha contemplado supuestos concretos en los que no se advierte la voluntad deliberada de las partes de seguir el proceso como de

¹⁵⁴ATS, Sala 1ª, de 16 de junio de 2010 (JUR 2010\264406), en el que se estima recurso de queja contra la Audiencia Provincial de Asturias por el que se permite presentar recurso de casación estimando que los nocionales de los contratos son la cuantía del procedimiento. Ponente: Francisco Marín Castán; ATS, Sala 1ª, de 7 de septiembre de 2010, Rec. 1698/2009 (ROJ ATS 10466/2010) No admite el recurso de casación por ser de cuantía insuficiente. Ponente: Encarnación Roca Trias; ATS, Sala 1ª de 18 de enero de 2011, Rec. 512/2010 (ROJ ATS 1043/2011) Estima recurso de queja contra la Audiencia Provincial de León por el que se permite presentar recurso de casación estimando que los nocionales de los contratos son la cuantía del procedimiento. (Audiencia Provincial de León). Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Presidente de la Sala Primera; ATS, Sala 1ª, de 18 de enero de 2011, Rec. 456/2010 (ROJ ATS 572/2011) por el que se permite presentar recurso de casación estimando que los nocionales de los contratos son la cuantía del procedimiento. (Audiencia Provincial de Pontevedra) Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos.

¹⁵⁵ (JUR 2014\181895)

cuantía indeterminada (a los que se refiere el ATS de 11 de noviembre de 2008, RC n.º 100/2008). En este ámbito deben situarse las resoluciones citadas por la entidad recurrente en apoyo de la procedencia del recurso. No es ese el caso de este recurso en el que -como se ha visto- las partes no desarrollaron una actuación efectiva dirigida a fijar la cuantía, siendo que, en todo caso la condena al pago fijada por la Audiencia Provincial era muy inferior a los 150.000 euros exigidos por la legislación aplicable para el acceso a la casación.”

Por ello, y tras la entrada en vigor de la Ley 37/ 11, de 10 de octubre, la mayoría de los asuntos sobre swaps que han llegado ante el Tribunal Supremo, no han tenido problemas para el acceso a casación. Como resulta sabido en esta cuestión, las modificaciones que se introdujeron colaboraron a dicho acceso, modificándose el artículo 477.2 y 3 LEC¹⁵⁶, que tras dicha reforma quedó redactado de manera diferente:

Art. 477.2. Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales en los casos siguientes:

- 1. Cuando se hayan dictado para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la CE.*
- 2. Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 Euros.*
- 3. Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 Euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional.*

- 3. Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.*

¹⁵⁶ La Ley también suprime la necesidad del trámite de preparación del recurso, y respecto de la cuantía se eleva hasta los 600.000 euros para que el proceso sea admisible en Casación por razón de la cuantía.

A partir de este momento, esta última vía es la que ha permitido el acceso de la mayoría de los recursos tramitados ante el Supremo, sin crear problema alguno ni en cuanto a cuantía, ni en cuanto al “precio”. A pesar de lo expuesto, ha habido alguna que otra reciente excepción y prueba de ello podemos recoger una Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Baracaldo (Bizkaia) de 26 de diciembre de 2014¹⁵⁷, en cuyo procedimiento no había sido en ningún momento objeto de controversia el precio del contrato, aunque sí es cierto que había un cierto debate en relación a la cuantía que se reclamaba (al existir alguna liquidación que no había sido correctamente cuantificada), pero en la que se discrepaba únicamente si la cifra debía incluir aquella liquidación controvertida o no debía hacerlo, dado que esto se podría precisar en fase probatoria del procedimiento, o en ejecución de sentencia. Sin embargo la Juez optó en su resolución por entender que se había planteado una discusión sobre el “precio” del contrato, y la zanjó recogiendo la tesis del Supremo de las primeras resoluciones, y que había reconocido en el citado Auto de 15 de junio de 2010¹⁵⁸:

“SEPTIMO.- La resolución anterior enlaza con la cuestión relativa a la cuantía de la demanda principal y demanda reconventional presentada por la representación de D.ª XXX y D.ª YYY, cuantía que alega BANCO SANTANDER SA, debe fijarse en la cantidad de 2.405,19€ en atención a las cantidades que deben restituirse las partes. La actora, siguiendo el mismo criterio, fija la cuantía del procedimiento en la cantidad de 16.634,23€ (escrito de 11 de octubre del 2013). Pues bien, ninguna de las pretensiones puede prosperar toda vez que la cantidad a considerar para fijar la cuantía de la demanda es el nominal de los contratos, tal y como recuerda la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9ª, en sentencia de 6 de mayo del 2013:

Segundo.- Examinado que ha sido el contenido de las actuaciones y visionado el acto del juicio que por soporte de grabación audiovisual consta en las mismas, la Sala no acepta los razonamientos de la sentencia apelada, en atención a las consideraciones jurídicas que a continuación se exponen y por las que se da contestación a los distintos motivos del recurso de apelación (art. 465.5 LEC). Con carácter previo al examen del recurso de apelación ha de ponerse de manifiesto la circunstancia de que, no obstante ejercitarse la acción de nulidad de un contrato de permuta financiera por un nominal de 169.000 €, se instó por la actora un juicio verbal por razón de la cuantía (fijada en la demanda en

¹⁵⁷ E.P.

¹⁵⁸ ROJ: ATS 8736/2010.

5.390,93€, ex art. 253, regla 3ª-2ª LEC- habrá de entenderse el art. 252-), procedimiento éste que ha sido admitido y consentido tanto por la parte contraria como por el propio juzgado a quo.

En relación a esta cuestión tiene declarado nuestro Tribunal Supremo que en los pleitos entablados solicitando la nulidad de los contratos de permuta de tipos de interés por encontrarse viciado de error el consentimiento del cliente, el procedimiento a seguir será por razón de la cuantía la que será fijada a tenor de lo establecido en el art. 251 regla 8ª LEC, siendo la cuantía la del precio del contrato, no la de las respectivas indemnizaciones solicitadas o la del quebranto económico argüido por el recurrente (ATS 18/01/2011). Dado que el nominal del contrato objeto de autos era de 169.000 €, debió haberse instado el procedimiento supuesto de defecto procesal que permita (...).

Así, el Auto del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2010¹⁵⁹ es del tenor siguiente en su Fundamento de Derecho segundo:

2.- A pesar de que la cuantía del pleito fuera fijada como indeterminada por el actor en su escrito de demanda, debe ponerse de manifiesto que la cuestión relativa a la cuantificación económica del procedimiento pertenece al orden público y en consecuencia puede ser fijada o establecida por los Tribunales de oficio. En el presente supuesto, aún cuando la resolución de la Audiencia Provincial de Oviedo (sección 5ª), declara que la cuantía del procedimiento fue fijada por la parte actora como indeterminada, tratándose de un pleito tramitado en atención a la cuantía, conforme a lo dispuesto en el artículo 251 de la LEC 2000, la cuantía del procedimiento la constituye el precio del contrato y tratándose de dos contratos de permuta financiera en torno a los cuales giran las acciones ejercitadas, la cuantía se corresponde con 749.000 y 1.803.000 euros fijados como precios de los mismos, superando por tanto, la cuantía legalmente establecida para el acceso a los recursos extraordinarios”.

Salvo alguna contada excepción, como se ha relatado, en los últimos años no se han producido mayores controversias sobre la cuantía, y en su caso, no hemos encontrado resoluciones que entiendan que el precio del contrato de swap es el nominal del mismo.

¹⁵⁹ ROJ ATS 8736/2010.

III.5. EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

Esta excepción procesal *ad causam* es la más recurrente y utilizada por las entidades frente a las que se dirige la acción de reclamación por una permuta financiera. Es una excepción perentoria o de fondo que reiteradamente se utiliza con el fin de provocar la desestimación de la pretensión, sin que se pueda entrar al aspecto sustantivo del litigio.

Normalmente, salvo excepciones, la cuestión de la caducidad, que se alega en el escrito de contestación al a demanda, no se discute en el acto de Audiencia Previa, cuando se trata de un procedimiento ordinario, sino que es una cuestión procesal de las que deberá ser analizada y resuelta en sentencia de forma que de estimarse el juez no entrará en el fondo de la cuestión litigiosa.

El argumento esencial de la entidad financiera es partir de que el contrato es de tracto único y por lo tanto se perfecciona y consume en el mismo acto, esto es, en el momento de la firma. Esto es así en contratos de tracto único, pero no en los de tracto sucesivo como son los swaps (al igual que ocurre en el caso de las participaciones preferentes u otros productos complejos en los que el banco no se limita a ejecutar la orden inicial de adquisición sino que el contrato continua en el tiempo, cuando se producen por ejemplo los rendimientos del producto contratado). En cuanto al tema de la caducidad, como bien se argumenta ya en numerosas resoluciones, el plazo de la posible caducidad de un contrato de swap que en su caso afectaría a la nulidad relativa o anulabilidad, debe comenzarse a computar cuando se ha producido la consumación del contrato swap, por lo que la interposición de la demanda queda perfectamente enmarcada en los plazos propios no solo de la nulidad que se presenta como imprescriptible, sino de la anulabilidad a la que la doctrina y jurisprudencia le otorgan el citado plazo de caducidad contado a partir de la consumación (entendida como agotamiento de las prestaciones). Entendido por perfeccionamiento el momento de surgimiento de las obligaciones y por consumación el momento de la extinción de las prestaciones como bien entiende la doctrina civilista y la jurisprudencia.

La jurisprudencia considera estos contratos como de tracto sucesivo, diferenciando perfectamente el momento de su perfeccionamiento del de la

consumación que ex artículo 1.301 CC, siendo el momento de la consumación el del inicio del cómputo del plazo de cuatro años. Es obvio que estaríamos hablando del momento de la consumación o agotamiento de prestaciones del contrato, y que daría pie al momento o *dies a quo* de cómputo del plazo de caducidad¹⁶⁰ por lo que habría un plazo máximo de cuatro años tras la citada consumación, lo cual no implica que no pueda reclamarse antes, que en realidad es lo que ha ocurrido en muchas ocasiones. (SAP de Vizcaya, Sección Tercera, sentencia de 8 de julio de 2014 RAP 193/14)¹⁶¹:

“Quinto.- En cuanto al tercer motivo, esta Sala respecto de la caducidad de la acción ha mantenido en la sentencia de esta sala de fecha 15 de noviembre de 2012 se señaló que: “se estima oportuno traer a colación lo referido en la STS de 11 de junio de 2003, que dispone que el artículo 1.301 del Código Civil establece que en los casos de error, dolo o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el artículo 1969 del citado Código. En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio del 1984 que es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión de anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que el artículo 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr “desde la consumación del contrato”. Este momento de la consumación no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que solo tiene lugar, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes, criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice “en el supuesto de entender no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligaciones que generó....”

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 pactadas”.

¹⁶⁰ De forma muy aislada se ha considerado que el plazo es de prescripción pero se trata de una tesis muy minoritaria, con lo que una mera reclamación extrajudicial interrumpiría el plazo.

¹⁶¹ JUR 2014\267703.

Por lo tanto, y a nuestro modo de ver, no hay duda de que estamos ante un contrato de tracto sucesivo, y no ante un contrato que se consuma en el momento del perfeccionamiento, como en los tribunales suelen alegar la defensa de las entidades financieras, y ya resulta hoy una cuestión pacífica ante los tribunales. En esta cuestión debe tenerse también en cuenta los contratos que durante su vigencia han sufrido un proceso de reestructuración antes de llegar a su vencimiento natural. Esto es, en muchas ocasiones y a pesar de ser contratos a plazo (la vigencia de 2, 3, 5 años son las más habituales, salvo el caso de las permutas de inflación cuyo plazo se alarga a veces hasta los 8 años), cuando el contrato comienza a generar liquidaciones negativas o bien cuando las barreras de tipos de intereses reflejadas en el contrato son sobrepasadas por los mercados (subidas de tipos más allá de los límites que se han fijado en el contrato) la propia entidad bancaria ofrecía un nuevo contrato, con la idea de ajustarse mejor al vaivén del mercado financiero, muchas entidades denominaban el negocio como “reestructuración del swap”.

En realidad supone una cancelación anticipada del anterior contrato, realizada en unidad de acto con una nueva contratación de otro swap. Normalmente la nueva contratación implicaba mayor plazo y nuevas referencias del subyacente que figuran en el primero, pero no hay duda que el primer contrato subsiste en el segundo, o en los sucesivos, puesto que como se ha dicho la cancelación anticipada el primer contrato está sujeta a la contratación del siguiente. Las entidades financieras alegan en estos casos que las reestructuraciones son nuevas contrataciones lo que permite- a su juicio- alegar la excepción de caducidad en cada uno de ellos.

La jurisprudencia ha recogido en numerosas ocasiones esta cuestión, para centrar el momento del *dies a quo* para el cómputo de la caducidad en el de la consumación.

En este sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección 3ª, en sentencia de 15 de mayo del 2013, que a su vez cita la sentencia de 5 de marzo de 2013¹⁶²:

¹⁶² JUR 2013\278382.

“Sin embargo, esta caducidad no va a ser estimada pues como ya hemos dejado indicado en muy reciente sentencia de 5 de marzo de 2013 con ocasión de analizar idéntica cuestión en relación a contratos de permuta financiera cual los de autos, cada uno de ellos reestructuración de la operación anterior, el citado precepto señala que en los casos de error de consentimiento el cómputo temporal de referencia comenzará a correr desde la consumación del contrato, lo que es bien distinto de la fecha de su celebración, siendo que en los contratos de ejecución sucesiva, el plazo no empieza a correr hasta la realización de todas las obligaciones y consiguiente extinción total del crédito como tiene señalado la doctrina jurisprudencial: por todas STS de 11 de junio de 2003 que expresa “dispone el art. 1.301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el artículo 1969 del citado Código. En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que “es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (sentencia, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928) .

Así, y como se ha venido manteniendo sin fisura por las Audiencias Provinciales que estos contratos son de tracto sucesivo, y la cancelación anticipada de uno de ellos, siempre y cuando haya sido sustituido por otro, no constituye la consumación del primero, sino el mantenimiento de la vigencia hasta que el último de los swaps cumpla su vencimiento, en realidad estamos más bien ante una novación del primer contrato. Esta consideración la hacemos teniendo en cuenta el Fundamento Tercero de una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3ª, de 12 noviembre 2012 (Nº 328/12)¹⁶³ en el que se solicitaba la nulidad de tres contratos de Permuta financiera, considerando la Sala, que al traer causa uno de otro, el cómputo a efectos de caducidad, sería desde el momento de la consumación del último de todos ellos.

¹⁶³ JUR 2014\154616.

En este sentido, debe mencionarse la Sentencia del Tribunal Supremo, *Sala Primera*, de 11 de junio de 2003¹⁶⁴ declara que:

“Dispone el art. 1.301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el artículo 1969 del citado Código. En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que “es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (sentencia, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928) y la sentencia 27 de marzo de 1989 precisa que “el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr “desde la consumación del contrato”. Este momento de la “consumación” no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que solo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes”, criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice, “en el supuesto entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligaciones que generó...”.

“Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que “el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquel ha sido satisfecho por completo”, y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que “la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó”.

Por lo que el plazo para el cómputo no se inicia:

- Ni desde la fecha de la suscripción del primer contrato “operación de Permuta Financiera de tipos de interés con tipo fijo creciente y convertible a tipo variable con subvención” que lo fue a fecha 29-07-2004.

- Ni desde la fecha de la suscripción del segundo contrato “Operación de Permuta Financiera de tipos de interés con tipo fijo creciente en rango” que lo fue a fecha 26 de octubre de 2005.

- Ni desde la fecha de la suscripción del tercer contrato “Operación de Permuta Financiera de tipos de interés con tipo de interés con tipo fijo creciente convertible a tipo variable” que lo fue el 24 de octubre de 2006.

Sino que, de conformidad a la Doctrina jurisprudencial precedente, lo sería desde la fecha de la consumación del tercer contrato firmado el 24-10-2006,

¹⁶⁴ RJ 2003/5347.

esto es, desde la finalización del plazo para el que se concertó, que lo es cinco años después, esto es, el día 25 de octubre de 2011 que equivaldría a la fecha en la que se produciría la última de las liquidaciones semestrales a realizar.

Segundo.- Caducidad. La alegación de la caducidad obliga a determinar el tipo de nulidad que concurre, si es radical o absoluta o si estamos ante una anulabilidad o nulidad relativa, pues la caducidad solo es aplicable al segundo caso. A juicio de quien resuelve estamos ante un caso de anulabilidad o nulidad relativa, que se produce cuando, existiendo consentimiento, objeto y causa, y no siendo contrario a ninguna norma imperativa o prohibitiva, existen vicios del consentimiento, en este caso, el error. El término inicial del cómputo es el de la consumación del contrato según el art. 1301 CC, pero debe ponerse en relación con el hecho de que se está ante un contrato de tracto sucesivo, en el que las prestaciones continúan sucediéndose, de tal modo que no puede identificarse esa consumación con la fecha de cancelación del swap inicial. En este sentido, la SAP de Valencia, sección 9ª, de 11 de julio de 2011 (ROJ SAP V 4372/2011) hace un estudio sobre la jurisprudencia recaída en relación con el cómputo del plazo del art. 1301, destacando la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2008- en relación a un contrato de préstamo-que no puede entenderse cumplido ni consumado el contrato hasta la realización de todas las obligaciones. En la contestación se parte de una total independencia de los contratos de swap litigiosos, de forma que los mismos, al ser cancelados iban quedando sin efecto, suscribiéndose uno nuevo como si de un contrato diferente se tratara. Desde el punto de vista formal puede entenderse así, pues es su tenor literal, pero si tenemos en cuenta el resultado de la prueba resulta que estamos ante una reestructuración que solo pretendían modificar las condiciones de los contratos anteriores. Así lo reconocieron los empleados del Banco que declararon como testigos, y así le fue indicado a la actora. Por tanto debe entenderse que estamos ante una prolongación del mismo pacto, mediante un sistema ficticio creado por el banco de sucesivas cancelaciones y reestructuraciones a su libre iniciativa y voluntad según las fluctuaciones del mercado, así que no puede pretender ahora ampararse en cancelaciones y suscripciones concatenadas para defender que son independientes y calcular los plazos de caducidad de manera independiente para cada uno de ellos. De esta forma, el contrato de 2005 continúa en el 2006 y éste en 2007, bajo unas nuevas condiciones, pero constituyendo en realidad el mismo negocio, de tal forma que sólo cuando se consuma el firmado en último lugar, en junio de 2009, puede comenzar el cómputo de la acción de nulidad, no habiendo transcurrido 4 años desde entonces hasta la interposición de la demanda.

En similar sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección 5ª en sentencia de 15 de mayo del 2013¹⁶⁵ que a su vez cita la de 5 de marzo de 2013¹⁶⁶:

¹⁶⁵JUR 2013\278382.

¹⁶⁶ JUR 2014\144215.

“Sin embargo, esta caducidad no va a ser estimada pues como ya hemos dejado indicado en muy reciente sentencia de 5 de marzo de 2013 con ocasión de analizar idéntica cuestión en relación a contratos de permuta financiera cual los de autos, cada uno de ellos reestructuración de la operación anterior, el citado precepto señala que en los casos de error de consentimiento el cómputo temporal de referencia comenzará a correr desde la consumación del contrato, lo que es bien distinto de la fecha de su celebración, siendo que en los contratos de ejecución sucesiva, el plazo no empieza a correr hasta la realización de todas las obligaciones y consiguiente extinción total del crédito como tiene señalado la doctrina jurisprudencial: por todas STS de 11 de junio de 2003 que expresa “dispone el art. 1.301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el artículo 1969 del citado Código. En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que “es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (sentencia, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928) y la sentencia 27 de marzo de 1989 precisa que “el art. 1301 del Código (...)”.

A la vista de las anteriores resoluciones, que no son sino un ejemplo de la mayoría de las sentencias, parecería que la cuestión de la caducidad en el caso de los contratos de swap, estaba claramente delimitada. Sin embargo una reciente sentencia del Tribunal Supremo ha vuelto a provocar un resurgimiento del debate, aunque limitado, de la problemática del cómputo de plazos en casos de nulidad relativa de contratos financieros especialmente. Por ello en este punto resulta esencial analizar la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, del Pleno 629/2015, de 12 de enero de 2015¹⁶⁷, que entre otras cuestiones, clarifica el cómputo de los plazos a efectos de caducidad de los contratos bancarios complejos, en principio sin diferenciar entre los que ya presentan un plazo de consumación (los swaps) de los que no lo hacen (PPR, OBS o AFS), por lo que ha desencadenado una polémica que no existía a nivel jurisprudencial en el caso de los swaps.

Nuestra impresión personal es que dicha resolución quiere fijar doctrina y poner fin a los casos de contratos complejos no sometidos a plazo como los contratos

¹⁶⁷ RJ 2015\608.

de participaciones preferentes, obligaciones o aportaciones financieras subordinadas. En estos contratos no es discutido su carácter “perpetuo”, lo que complica el cómputo de plazos para establecer el momento del *dies a quo* de la caducidad y por ende de la “consumación” o también para considerarlos o no contratos de tracto sucesivo, por lo que de tener dicha consideración como los swaps el contrato se consuma cuando el banco ejecuta la orden de compra del producto de PPR, OBS o AFS.

En el caso de la resolución de STS 629/2015, de 12 de enero, se trataba de un producto en el que la consumación del contrato no se produjo a vencimiento del mismo, sino debido a un acontecimiento externo, que fue la suspensión de su cotización pues se había visto afectado por el caso Madoff que salió a la luz a finales del 2008 (debemos señalar que básicamente el producto discutido era un bono bancario que a su vez estaba referenciado otro producto¹⁶⁸).

Parece ser que la intención del Supremo era terminar con la polémica sostenida durante los últimos años y precisamente con la cuestión del cómputo de plazos en punto a la caducidad de la acción de anulabilidad, pero sin delimitar a qué contratos les podía afectar expresamente pues dentro de la complejidad contractual bancaria, hay que diferenciar los productos que están sometidos a plazo de vencimiento de los que no lo están.

Sin embargo, y como venimos señalando, la misma cuestión había sido objeto de polémica inicialmente con los contratos de permuta financiera, pero sin embargo se

¹⁶⁸ SANCHEZ MARTIN, C.: *La correcta determinación del dies a quo para el ejercicio de la anulación de los contratos bancarios complejos- El final de una larga polémica. Comentario de la STS del Pleno de la Sala Primera de 12 de enero de 2015 —rec. 2290/2012—* Disponible en:

<http://pdfs.wke.es/2/6/9/2/pd0000102692.pdf>. Se trata de un breve comentario de un Magistrado Letrado adscrito al Gabinete Técnico del Tribunal Supremo. El supuesto recogido en la sentencia tenía como antecedente a su vez una resolución dictada por la Audiencia Provincial, que confirmó en su día la de primera instancia, que habían apreciado la caducidad de la acción y argumentó, entre otras razones, que no puede confundirse lo que es la consumación del contrato con el agotamiento o producción de los efectos propios a que está destinado y la configuración del vicio de consentimiento se deriva, en su caso, al momento de celebración y no una vez producido el conjunto de prestaciones a lo largo del contrato y de sus anexos.

Por estas razones, la sentencia de instancia había fijado como fecha de consumación de este contrato la del pago de la prima, el 6 de julio de 2005. Con este planteamiento, habrían transcurrido más de cuatro años a la fecha de presentación de la demanda, el 13 de octubre de 2009, y en cuanto a la interrupción de la caducidad por la presentación de unas diligencias preliminares, la sentencia rechazó esta posibilidad al estimar que la caducidad no está sujeta a actos de interrupción a diferencia de la prescripción.

había ido solventando sin mayor problema y de hecho no ha sido objeto de modificación jurisprudencial en las sentencias que sobre swaps ha dictado el mismo Tribunal Supremo. No obstante, sí lo estaba siendo en otros productos financieros complejos.

Consideramos que, aunque con reservas, la doctrina que fija el Tribunal en la referida sentencia no puede resultar aplicable al supuesto de los swaps, donde existe un plazo de consumación previsto en el propio contrato, ya que son contratos a plazo, y por lo tanto con fecha fija de consumación y de *dies a quo* para el cómputo de la caducidad. Sin embargo, no es menos cierto que esta misma sentencia de enero de 2015, se está utilizando para hablar de un inicio del cómputo anterior al momento de la consumación que es lo que prevé el artículo 1301 CC que resulta aplicable en todos los casos que se invoque la nulidad relativa por vicio en el consentimiento.

El Alto Tribunal incide precisamente en la problemática que a día de hoy generan los contratos financieros complejos, realizando un análisis del contexto en el que se publicó el CC, por lo que la cuestión en modo alguno podía estar contemplada en el Código Civil a su fecha de redacción en el siglo XIX, partiendo de la base de que es cierto que el tema ha generado controversia en las reclamaciones judiciales de algunos productos, pero no en los sometidos a plazo, como es el caso de los swaps.

Así en el Fundamento Quinto, punto 5 de la resolución del Tribunal Supremo, se recoge que:

“Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a «la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas », tal como establece el art. 3 del Código Civil.

La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversiones actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general,

caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones 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."

Es en estas últimas líneas donde a nuestro modo de ver se está recogiendo la doctrina mediante la que se quiere fijar el cómputo de plazo de caducidad siendo, el día inicial del plazo de ejercicio estos tres supuestos concretos:

- i. Suspensión de las liquidaciones de beneficios
- ii. Suspensión del devengo de intereses
- iii. Aplicación de medidas de gestión de instrumentos financieros acordados por el FROB.

La consideración que nos merecen los tres supuestos es que tal vez, en realidad a falta de prueba en contrario, se fijan criterios objetivos en los que el contrato inicial se ha transformado y ha agotado sus prestaciones, por lo que a nuestro juicio parece clara la consumación tras la suspensión de las liquidaciones de beneficios o del devengo de intereses o la intervención de la entidad por el FROB, que el cliente puede ya ser consciente de que el producto contratado adolece de las características que creía que tenía el contrato en su inicio y por lo tanto estaría ya siendo consciente del error y se podría cuantificar los daños sufridos con precisión.

Si aplicamos la anterior doctrina al caso de los swaps, ninguna de estas tres situaciones es susceptible de producirse, puesto que no se conciben como un producto para producir rentabilidad, no devengan intereses (las participaciones preferentes, las obligaciones o aportaciones subordinadas sí los generan) e incluso aunque la entidad fuera intervenida por el FROB, el swap seguiría su vigencia, siempre que la entidad titular del mismo fuera diferente de la comercializadora (no puede olvidarse lo mencionado más arriba sobre el contrato espejo). Por ello en principio ninguno de estos tres casos resulta aplicable en el caso de los productos de swap.

Sin embargo en la misma resolución y en el último lugar se recoge el supuesto más genérico según el cual debería considerarse consumación cualquier:

- iv. “Evento similar que permita *la comprensión real* de la características y riesgos del producto complejo”.

El problema se plantea en la explicación de qué se entiende por “evento similar”. La entidad financiera alega en su defensa en los casos de reclamación de swaps, que en el momento en el que empiezan y se acepta una primera liquidación negativa del swap ya se puede estar incurriendo en el conocimiento del error, como un gesto de claro reconocimiento por el cliente de que el producto no siempre es “beneficioso”, lo cual entendemos que no resulta cierto, porque realmente hay muchos swaps, que se concebían con liquidaciones positivas y negativas que se iban compensando, o bien se le aseguraba al cliente que la liquidación negativa era una

mera incidencia que se iba a solventar en breve espacio de tiempo o bien al incurrir en liquidaciones negativas la entidad ofrecía una solución “contratando” un nuevo producto que novara y mejorara las condiciones del anterior, sin contar que hasta el vencimiento de producto no se puede conocer el coste del mismo, o en los casos de cancelación anticipada, es este el momento en el que se puede determinar el coste total del producto para el cliente y el verdadero perjuicio que le ha ocasionado, creo que no es necesario forzar más la interpretación del artículo 1301 CC para los casos de swap, donde tienen una duración determinada por lo tanto el agotamiento de las prestaciones del contrato es el que debe marcar el cómputo del plazo de caducidad, hecho que se puede producir a término del mismo o en su caso en el momento de la cancelación anticipada.

En este sentido, una sentencia que dirime un conflicto sobre swaps procedente de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Primera, 16 de julio 2015 (324/15)¹⁶⁹ y que resuelve en el tema de la cuestión de caducidad tomando como fundamento la sentencia del TS de 12 enero de 2015 señala que ésta resolución no altera de forma alguna el concepto de consumación que se recoge en el artículo 1301 del CC en cuanto al cómputo de plazos, sino que lo matiza, para aquellos contratos en los que la consumación no pueda apreciarse más que por otros hechos que no sean el vencimiento del plazo.

“La argumentación ofrecida por la STS no altera en modo alguno los propios términos del art. 1.301 del C.C, sino que, de forma nítidamente contraria a la tesis aquí defendida, lo que viene es a interpretarlos a favor del cliente por vía de retrasar la determinación del día inicial, cuando, tal y como aquí acontece, se trata de relaciones contractuales complejas en el recurso; lo cierto y relevante es, como no podría ser de otra forma, que el referida as que nada tienen que ver con la comprensión de los negocios jurídicos más simples existentes al tiempo de la redacción del referido precepto. En suma desde la consumación del contrato – esto es, desde la fecha de vencimiento antes indicada – hasta el día de la interposición de la demanda, no ha transcurrido el plazo de caducidad de cuatro años fijado en el art. 1.301 del CC: En el Fundamento Segundo:

Recientemente se ha entrado a examinar la cuestión por el Tribunal Supremo en la sentencia del Pleno de 12 de enero de 2015, nº de sentencia 769-14, nº de recurso 2290/12 (ROJ STS 257/15) acudiendo a una interpretación del art. 1.301

¹⁶⁹ E.A.

CC acorde con la realidad social actual y en concreto con la complejidad de la contratación bancaria, concluyendo lo siguiente: “ en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia los derivados de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo del ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones 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 error.”

De la lectura del Fundamento de derecho quinto de la sentencia se deduce que el Alto Tribunal está indicando la interpretación que ha de darse al art. 1301 del CC cuando se trata la acción por vicio de consentimiento en contratos bancarios o instrumentos financieros complejos, con independencia de la calificación de las obligaciones como de tracto único o sucesivo, por lo que es un razonamiento aplicable a la suscripción de unas AFS. Siendo una sentencia dictada por el Pleno sienta jurisprudencia sobre este particular, por lo que atendiendo a sus razonamientos, se desestima la caducidad de la acción, dado que la parte actora en el hecho sexto de su demanda, refiere el año 2012 como la fecha en la que acudió a la sucursal para recobrar su dinero y se percató de la verdadera naturaleza del producto al comprobar que no se podían vender, por lo que sería desde este momento cuando pudo tener conocimiento del error y se iniciaría el plazo de cómputo de la caducidad.

Sin embargo, para el caso de los productos de inversión que carecen de un plazo determinado de vencimiento o presentan carácter perpetuo (por ejemplo las PPR, OBS y AFS) el Tribunal Supremo acierta con la doctrina en la que se realiza una interpretación de la norma acorde con la realidad social del tiempo en que se aplica (ex art. 3.1 CC) y por lo tanto en dichos contratos la tesis sería la aplicable y podría fijarse perfectamente el *dies a quo* para el cómputo de la consumación del contrato, el de dichos acontecimientos externos (suspensión de las liquidaciones de beneficios, devengo de intereses, aplicación de medidas de

gestión de instrumentos financieros acordados por el FROB o cualquier otro que acredite que el cliente fue consciente del error padecido).

En los casos de los contratos de preferentes y subordinadas la cuestión de la caducidad había sido objeto de controversia entre las diferentes Audiencias Provinciales, por un lado por la confusión que generaba el propio producto, no tanto en cuanto a su naturaleza, sino más bien en cuanto al verdadero papel que era realizado por la entidad bancaria en estos contratos, ya que si se trataba de un mero mandatario, podía entenderse que firmada la orden de compra del producto se producía la consumación del mismo (siendo el momento de consumación el de ejecución de la orden y por lo tanto en la mayor parte de los supuestos de hecho la acción de anulabilidad habría caducado en el momento de la interposición).

Sin embargo, una vez probado que el banco no se limitaba a la labor de intermediación, sino que además es el que tiene que asumir la obligación de información, se planteaba una situación peculiar a la hora de entender cuándo se produciría la consumación del contrato, partiendo del hecho de que el banco no se desvincula en absoluto del cliente una vez que cumple con la orden de compra de valores, sino que necesariamente el cliente debe contar con una cuenta abierta en la entidad para el “ depósito y administración de valores”, cuenta en la que se irán cargando gastos y comisiones por su mantenimiento y en la que se ingresarán los rendimientos del producto u otras vicisitudes (como la compra o la venta de dichos valores).

El proceso de formalización de un swap no se lleva a cabo a través de una “orden de compra” sino a través de un contrato independiente bilateral y de obligaciones recíprocas, por lo que el papel de la entidad no es discutido, pero podría serlo ya que como se ha dicho, en el swap la entidad financiera solo actúa de intermediaria en la comercialización del swap, pero en todo caso, con esta postura que afirmaba que las PPR o las OBS eran contratos que realmente vinculaban al cliente con la entidad financiera más allá de la ejecución de la orden de compra de valores, se ponía de manifiesto que el contrato era de tracto sucesivo con una duración indeterminada, que generaba problemas de cómputo de plazo, y se optaba por tener por *dies a quo*, el momento en el que el cliente fue o pudo ser consciente

del error¹⁷⁰ (siendo esta tesis precisamente adoptada por la reunión de magistrados de las cuatro Audiencias Provinciales de Galicia en diciembre de 2013 pues era evidente que se estaba generando un serio problema de dispersión judicial), y el criterio se fue aplicando en otras plazas judiciales con el fin de poder dar cobertura a las reclamaciones de muchos ahorradores que querían reclamar por la pérdida de sus ahorros y por último y ya una vez publicada la doctrina que sobre la caducidad en estos productos financieros estableció el Tribunal Supremo en enero de este año, se está adoptando el criterio recogido en ella.

En este sentido y antes de que se publicara la Sentencia del Alto Tribunal, existían ya muchas resoluciones que recogían los supuestos que han acabado incluyéndose como doctrina. Por ejemplo, en Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Cáceres, de 4 de junio de 2014¹⁷¹, se asume dicha tesis, de entender que la caducidad en su caso empezaría a computar en la fecha del “sustitución del contrato” en los casos de canje obligatorio, o como en este caso en el momento en que Caixa Galicia- NCG Banco fue intervenida y el producto dejó de producir intereses: *“La intervención del FROB de fecha 5 de abril de 2013, se constata ya que el plazo de caducidad, a la fecha de presentación de la demanda (junio de 2013) no estaba todavía cumplido. En este caso estando prevista la amortización para el 30 de marzo de 2014 Según resulta del tríptico del folleto informativo aportado por la demandada como documento nº 3 de la contestación a la demanda, está claro que no ha caducado la acción ejercitada”*.

Queremos recoger en este punto la sentencia dictada del Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Bilbao, en sentencia de 16 de marzo de 2015 (65/15)¹⁷² que fue dictada muy poco tiempo después de la publicación de la Sentencia del Tribunal

¹⁷⁰ Conclusiones de los Magistrados y Magistradas de las AP de Galicia. Jornadas sobre “PARTICIPACIONES PREFERENTES Y DEUDA SUBORDINADA”, Santiago de Compostela, 4 diciembre de 2013: “Al hallarnos ante contratos de duración perpetua, existiendo de forma continuada en el tiempo obligaciones pendientes de cumplimiento, para la determinación del dies a quo del comienzo del cómputo del plazo del ejercicio de la acción correspondiente, debe acudir principalmente a lo dispuesto en el art. 1969 CC, y, por lo tanto, fijar el comienzo del plazo desde que se tiene conocimiento de la existencia del error”.

¹⁷¹ E.A.

¹⁷² (65/15) E.P.

Supremo de 12 de enero, y que analiza de forma estructurada las diversas posturas existentes hasta la fecha en cuanto a estos productos de duración “indeterminada” o perpetua:

“1 Se consuma en la fecha de la orden de compra, considerando que en ese momento se agotan las pretensiones de las partes derivadas de ese contrato, que es distinto del depósito y administración de valores. Pueden citarse a título de ejemplo las sentencias de la AP de Zaragoza, Secc. 4ª. 35/2013, de 31 de enero, de Madrid Sec. 19ª, 167/2013, de 24 de abril; de Asturias, Secc. 7ª, 344/2013 de 29 de julio, y sección 5ª de la AP de Vizcaya en sus sentencias De 14 de mayo de 2014, nº 56 /14 y de 1 de abril de 2014, nº 76/14 (ROJ: SAP BI 723/2014). Este es el criterio que postula la parte demandada en su contestación, alegando en conclusinnes que ha sido también seguido recientemente por la sección 4ª de la AP Vizcaya en la de 20 de febrero de 2015.

2 Se consuma cuando se han agotado las prestaciones de las partes considerando que es un contrato de tracto sucesivo que se vincula necesariamente al de depósito y administración de valores. La consumación puede producirse bien cuando se produce la última de las liquidaciones de intereses(SAP de Salamanca, Sección 1ª de 19 de junio de 2013, o la SAP de Guipuzcoa, sección 3ª de 25 de noviembre de 2013) o la de fecha de vencimiento del contrato,incluido el contrato de depósito y administración de valores (SAP de Madrid, sección 10ª, de 28 de febrero de 2014, SAP de Alava 357/2012 de 28 de junio [ROJ: SAP VI 435/2012;RA 5/2012, SAP de Barcelona, Seccion 16, 631/2012 de 26 de septiembre [ROJ B 9930 /2012];RA 496/2011) o incluso cuando se produce una novación del producto, es decir la fecha de canje de obligaciones por acciones o bonos (SAP de Valencia, Sección 9ª, de 25 de febrero de 2014, AP de Palencia 110/2013 de 14 de junio [RPJ SAP P 233/2013:RA 138/2013]).

3 Lo relevante es el momento en que se detecta el error invocado y no la consumación, dado que son productos perpeutos (SAP de Tenerife, Secc. 3ª de 24 de enero de 2013, SAP de Baleares, Secc. 4ª 2009/2013 de 10 de mayo y la SAP de Guipuzcóa, sección 3ª, de 25 de noviembre de 2013. Es también el criterio seguido por la AP de Pontevedra, sección 1, en sus sentencias de 13 de enero de 2014 (ROJ SAP PO 39/2014 nº Recurso 563/2013 y en la del 07 de febrero de 2014 (ROJ SAP PO 285/2014) nº de Sentencia:4272014 nº Recurso 505/2013, que asumen las conclusiones adoptadas sobre esta cuestión en las jornadas de Magistrados de Las Audiencias Provinciales de Galicia sobre participaciones preferentes y deuda subordinada celebradas en Santiago de Compostela el 4 de diciembre de 2013. A este criterio se adhiere la Sección 3ª de nuestra AP en la sentencia de 12 de junio de 2014, nº 172/2014.

Recientemente se ha entrado a examinar esta cuestión a sentencia del Pleno de 15 de enero de 2015, nº de sentencia 769-14 nº recurso 2290/12 (ROJ STS 257/15) acudiendo a una interpretación del art. 1303 CC acorde con la realidad social actual y en concreto con la complejidad de la contratación bancaria, concluyendo lo siguiente: “en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de deterinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto el de la suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de la aplicación de medidas de gestion de instrumentos híbridos acordadas por el FROB,o, en general, otro evento similar que permita la comprensiónn real de las características y riesgos del producto complejo, adquirido por medio de un consentimiento viciado por error.”

De la lectura del fundamento de derecho quinto de la sentencia se deduce que el Alto Tribunal está indicando la interpretación que ha de darse al art. 1.301 CC cuando se trata de la acción por vicio de consentimiento en contratos bancarios o instrumentos financieros complejos:

“Con independencia de la calificación de las obligaciones como de tracto único o sucesivo, por lo que es un razonamiento aplicable a la suscripción de unas AFS. Siendo una sentencia dictada por el Pleno sienta jurisprudencia sobre este particular, por lo que atendiendo a sus razonamientos se desestima la caducidad de la acción, dado que la parte actora en el hecho sexto de su demanda refiere el año 2012 como la fecha en la que acudió a la sucursal para recobrar su dinero y se percató de la verdadera naturaleza del producto al comprobar que no se podía vender, por lo que sería desde el momento cuando pudo tener conocimiento del error y se iniciaría el plazo de cómputo de la caducidad. Pues bien aplicando la anterior doctrina al caso que se examina, resulta obvio que no cabe entender caducada la acción ejercitada en la demanda, aunque la demanda no se presentara hasta el 30 de diciembre de 2013, porque según se puso de manifiesto en el Juicio, a través del testimonio de D. Pedro, interventor de la sucursal bancaria donde se comercializó el producto financiero, fue en el año 2012 o en el 2013, cuando al dejarse de pagar los bonos a la cliente, esta reclamó alarmada por tener un producto que no le daba nada, por lo que ciertamente la tesis sostenida por la referida sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, la acción de nulidad no puede considerarse caducada.

De esta forma se zanja la cuestión, por dejar de ser controvertida. En este sentido: SAP de Bizkaia, Sección Tercera, de 30 de marzo de 2015¹⁷³, SAP de Bizkaia, Sección Quinta de 16 de marzo de 2015¹⁷⁴; SAP de Bizkaia, Sección Tercera, de 5 de marzo de 2015¹⁷⁵, que desestiman la excepción de caducidad.

No hemos mencionado la posibilidad de considerar el plazo previsto en el art. 1301 CC como de prescripción, pues es un criterio absolutamente restrictivo, sin embargo no queremos dejar de mencionar que así es considerado por la Audiencia Provincial de Navarra, incluso tras la publicación de la STS de enero de este año, tal y como se reconoce en esta sentencia de AP, Sección 3ª, de Navarra en la que se hace mención del criterio que fue adoptado por el TSJ de Navarra en la resolución de 8 de septiembre de 2014¹⁷⁶.

III.6. LA CUESTIÓN DE LA FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA

En este punto no se han generado, salvo excepciones que vamos a comentar a continuación, grandes controversias puesto que en el caso de los contratos de permuta financiera se asume por la entidad comercializadora la posición de contratante del swap frente al cliente. Sin embargo debemos mencionar que la posible falta de legitimación se ha hecho constar en reclamaciones que no han sido objeto de recursos de casación, pero sí dieron lugar a disparidad de criterios en las Audiencias Provinciales.

¹⁷³ (105/2015) JUR 2015\132265.

¹⁷⁴ (54/2015) JUR 2015\132016.

¹⁷⁵ (63/ 2015) JUR 2015\109592.

¹⁷⁶ (ROJ: STSJ NA 2887/2014) que en su fundamentación así lo señala encontrando apoyo en la STS de 27 de marzo de 1987, y la de 27 de febrero de 1997, señalando que el plazo previsto en el art. 1301 CC es de prescripción y no de caducidad., siendo esta la posición por la que optaron los autores de la Recopilación Privada del Fuero de Navarra en la ley 34 de la misma.

Se trataba de los swaps que comercializaba el grupo de Cajas Rurales, todas ellas integradas en el Grupo de Banco Cooperativo¹⁷⁷, que como tal no cuenta con sucursales abiertas al público, sino que los productos de esta última entidad son comercializados por las Cajas Rurales. Por ello los clientes de las Cajas Rurales contrataron permutas financieras de tipo de interés porque fueron ofrecidas por estas, y no por el Banco Cooperativo, aunque no se puede negar que el contrato que se firmaba era con esta última entidad, que fue quien diseñó el producto y lo ofreció a su vez a las Cajas Rurales para su comercialización, sobre todo entre clientes particulares que habían contratado con la Caja Rural un préstamo con garantía hipotecaria.

La cuestión se planteaba sobre la base de demandar en litisconsorcio a ambas entidades o hacerlo únicamente frente a una de ellas, o bien con el Banco Cooperativo puesto que era el firmante del contrato, aunque no el comercializador, o bien, a la Caja Rural no por ser el firmante del contrato pero sí por ser el obligado a cumplir la labor informativa. Cabe añadir que obviamente ambas entidades cuentan con personalidad jurídica propia, que también debe ser tenida en cuenta en el fundamento de este debate.

Sobre la cuestión de la legitimación, debe entenderse que se está refiriendo a la legitimación *ad causam*, y no *ad procesum* puesto que esta última se refiere únicamente a la capacidad procesal, esto es, contar con las condiciones necesarias para ser parte de un proceso judicial, mientras que la legitimación *ad causam* es el presupuesto de la acción o la cualidad o posición de un sujeto que fundamente o sostiene el reconocimiento de la pretensión que se sostiene.

¹⁷⁷ Banco Cooperativo Español, según la propia información que proporciona la entidad bancaria en su página web: *El Banco Cooperativo Español, constituido en 1990, es un grupo financiero cuya vocación es prestar los servicios de una central bancaria a sus Cajas Rurales asociadas. Desde este principio, considerando las singulares características de los negocios realizados y las diferentes necesidades de la clientela, la estructura adoptada obedece a un principio de segmentación, simplificando así, la conducción de los negocios al tiempo que se incrementa el nivel de calidad de los servicios y se mejora la eficiencia en los costes. Su accionariado lo componen 72 Cooperativas de Crédito Españolas y una Entidad de Crédito Alemana. El Grupo Banco Cooperativo Español lo integran las siguientes sociedades: Rural Inmobiliario S.L. (Sociedad de Tenencia de Inmuebles), Gescooperativo S.G.I.I.C. S.A. (Gestora de Fondos de Inversión), Rural Informática S.A., Espiga Capital Gestión S.G.S.C.R. (Gestora de Sociedades de Capital Riesgo) y BCE Formación.*

La legitimación queda configurada en nuestro ordenamiento jurídico como cualidad de un sujeto consistente en ser titular de un derecho subjetivo, crédito, deber u obligación, en una situación que fundamenta en derecho el reconocimiento a su favor de la pretensión que ejercita en el caso de la legitimación activa, o la exigencia, respecto del mismo, del contenido de una concreta prestación en el caso de la legitimación pasiva.

A estos efectos conviene recordar lo que se recoge en el artículo 10 de la LEC en el que literalmente se establece que: *“serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en un juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso¹⁷⁸”*.

Por ello, no podía dudarse que el cliente lo era de la entidad comercializadora, y obligada al derecho a la información que eran las Cajas Rurales, sin embargo, como hemos dicho, el firmante del contrato era otra entidad, Banco Cooperativo. En las demandas que se ejercitaron considerando la existencia de litisconsorcio, no era Banco Cooperativo que asumía ser el firmante del contrato, sino Caja Rural, quien se pretendía eximir de la reclamación.

Estando las cosas así, resultaba mucho más sencillo, para evitar problemas de interpretación, establecer la legitimación pasiva de la demanda únicamente fundada en la participación como titular de la relación jurídica con Banco Cooperativo, que como se ha dicho la relación jurídica estaba sólidamente fundada. Sin embargo no dejamos de preguntarnos por la participación de Caja Rural, y su responsabilidad en la fase de comercialización, todo ello sin perjuicio de ser conocedores que en su caso podía Banco Cooperativo establecer las correspondientes acciones de repetición frente a las Cajas Rurales si era necesario.

En todo caso, la cuestión resultó inicialmente controvertida y en el foro de la Comunidad del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra se asumía sin mayor

¹⁷⁸ A estos efectos resulta ilustrativa la STS, Sala de lo Civil, de 21 de abril de 2004 (294/2004) (RJ 2004\2334) en cuanto a la legitimación *ad causam*, *“se determina en función de la relación existente entre una persona determinada y la situación jurídica en litigio”... Es decir consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte y que se define en el art.10 LEC.”*

dificultad la legitimación pasiva de ambas instituciones financieras, constituyendo un litisconsorcio. Como ejemplo de ello se puede relacionar la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Bergara (Guipúzcoa) de 19 de abril del 2012 (30/2012)¹⁷⁹ que habiendo planteado la demanda frente a las dos entidades, entendió que no contaba con legitimación pasiva la entidad de Caja Rural, sin embargo consideró la pretensión estimatoria de nulidad frente al Banco Cooperativo. En su fundamentación encontramos lo siguiente:

“Sentado lo anterior, en cuanto a la falta de legitimación pasiva ad causam alegada por Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito, la propia parte demandante constata en su escrito de demanda que la referida Caja se trata de una entidad participada del Banco Cooperativo, la cual ofertó, comercializó y dirigió la venta del producto litigioso.

No siendo este hecho objeto de controversia, debe tenerse en cuenta que Caja Rural de Navarra ostenta una personalidad jurídica distinta de Banco Cooperativo Español S.A. y siendo ésta última entidad, junto con la demandante, la parte contratante del negocio litigioso cuya nulidad se ha declarado, los efectos de la declaración de nulidad corresponden únicamente a estas partes sin que pueda afectar a la entidad comercializadora del producto.

Por tanto procede estimara la excepción de falta de legitimación pasiva ad causam planteada por la demandada Caja Rural de Navarra en relación a la acción de nulidad planteada de contrario y que ha sido estimada en el presente procedimiento, y por consiguiente procede dictar un pronunciamiento desestimatorio de la demanda en relación a los pedimentos dirigidos frente a ésta entidad”.

La anterior resolución fue objeto de recurso de apelación únicamente en este punto relativo a la legitimación pasiva de la entidad comercializadora, habida cuenta de que la pretensión de nulidad había sido estimada, y la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Tercera, en Sentencia de 19 de octubre de 2012 (Rec. 353/11)¹⁸⁰, revocó en este punto la sentencia de instancia, otorgando la legitimación pasiva a Caja Rural, basándose en los siguientes argumentos que probaban una relación directa del contratante también con el comercializador, que a nuestro juicio es acertado.

¹⁷⁹ E.P.

¹⁸⁰ JUR 2014\152312.

“De lo anterior se infiere que la iniciativa para la suscripción del contrato, las gestiones y firma del mismo se efectuó en la sucursal de la entidad bancaria y con empleados de la misma, que las reclamaciones posteriores se canalizaron, igualmente con la misma, como consta de la documental antes mencionada. En sentencia de esta Sala de 22 de marzo en un supuesto similar en que se mantiene la legitimación dado que las gestiones y negociaciones para suscribir el contrato se efectuaron con empleados de caja Rural, e incluso las reclamaciones se dirigieron a la misma, que respondió a las mismas. En supuestos similares, también se ha admitido, la legitimación de Caja Soria en sentencia de AP Soria de 10 de octubre de 2011 y de 1 de junio de 2012. Por lo que procede estimar que la misma se hallaba legitimada pasivamente y estimar el recurso de apelación”.

En todo caso, en los supuestos del resto de swaps, donde el banco o entidad financiera comercializadora y firmante del contrato es la misma, no se plantea la cuestión de la posible falta de legitimación, a pesar de que la entidad no es más que mera intermediaria financiera, como ya hemos mencionado antes, pues lo que hace es comercializar lo que en realidad es parte de un swap que forma parte de otro contrato, el contrato espejo.

Sin embargo en el caso de las PPF, OBS o AFS no ocurre lo mismo, la entidad comercializadora del producto mantiene habitualmente su falta de legitimación pasiva, aunque con escasa acogida jurisprudencial, pero reiteradamente alegada y con necesidad de ser resuelta por los jueces. Se plantea sobre la misma base de excusar la responsabilidad de la entidad financiera basándose únicamente en una labor únicamente de intermediación en la contratación, al igual que en los swaps, pero obviamente el desplazamiento patrimonial que realiza el inversor no va a parar a la entidad comercializadora sino a la emisora del producto de inversión. Alegando pues una falta de vinculación contractual de la entidad bancaria con el cliente, a través del documento “orden de compra de valores” entendiéndose que el contrato que únicamente le vincula con el cliente es el de depósito y administración de valores, por lo que se carecería de acción frente al banco, siendo éste quien coloca-comercializa, informa y tramita la orden.

La pregunta se plantea en el sentido de cómo articular el vínculo jurídico en estos casos, puesto que no es jamás la entidad emisora (cuando emisor y comercializador producto no son los mismos) quien tramita y ejecuta la orden de compra de valores, sino el banco, es más, tanto las PPF como las OBS o las AFS deben necesariamente adquirirse a través de una entidad financiera.

En el caso de estos productos la entidad financiera no se limita a la mera custodia de los valores, sino que precisamente para ejecutar la orden de compra de valores, es necesario además contar con una vinculación a través de la entidad, contando con una cuenta abierta en la misma (cuenta de depósito y administración de valores en la que se ingresará los rendimientos del producto), poniendo de manifiesto que el banco no actúa como mero intermediario (que también tendría responsabilidad como comisionista), sino que es necesario que exista por parte de la entidad, una labor de información profunda que es a lo que está obligado, (no solo verbal, sino con la entrega de folletos, del tríptico, y explicando con claridad el funcionamiento del producto haciendo especial hincapié en los riesgos de la operación.

En una sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Palencia, de 22 de febrero de 2013¹⁸¹ se entendía que la única relación que mediaba entre el cliente y la entidad bancaria en la compraventa de valores era la de intermediación financiera, sin mayor obligación por parte del banco que la de ejecutar la orden de compra de valores.

“ Siendo así las cosas, resulta obvio que en el caso de autos, el actor, es parte de dos contratos: un contrato de compraventa en que por mediación de la entidad bancaria DEUSTCHE BANK S.A.E. D. José Luis, adquirió valores por importe de 100.000 € del Banco Europeo de Inversión y un contrato de Orden de compra de valores, en virtud del cual Deutsche Bank SAE adquirió las participaciones del Banco Europeo de Inversión para D. José Luis y por mandato suyo, actuando por tanto, como intermediador en la compraventa por no como parte de la misma. La nulidad del contrato de compraventa en el caso que llegara a declararse, si conllevaría como restitución las prestaciones, que el Banco Europeo de Inversión devolviera a D. José Luis los 100.000 € invertidos en la compra de las participaciones y a su vez, la obligación de éste último de devolver al Banco las

¹⁸¹ (28/13) E.A.

participaciones recibidas, así como los intereses correspondientes a todas las cantidades conforme a lo dispuesto en el artículo 1.301 CC.

La nulidad del contrato que liga a D. Jose Luis con Deutsche Bank y que hemos calificado de mera intermediación en el contrato de compraventa en ningún caso puede conllevar la devolución de los 100.000 € porque no es esta una prestación derivada de este contrato. De este contrato podría derivar una indemnización de daños y perjuicios por falta o defecto de información, en el caso de que de la valoración de toda la prueba practicada y a la luz de la amplia normativa estatal y comunitaria aplicable, que existía en el momento de la celebración del mismo, así como de la Jurisprudencia que sobre la aplicación de la misma existe en el momento actual, se llegase a tal conclusión. El actor podría haber exigido judicialmente mediante el ejercicio de una acción de daños y perjuicios la responsabilidad del Banco, que con su asesoramiento erróneo o información sesgada, incompleta o incluso falsa, le llevó a comprar unos valores financieros que por su consideración de inversor conservador, o por su falta total de conocimientos bursátiles no debería en ningún caso, haber adquirido. En tal supuesto, quien suscribe, podría entrar a resolver sobre tales alegaciones a la luz de la valoración de la prueba, las reglas de la carga de la prueba la normativa aplicable y la Jurisprudencia existente, pudiendo llegar o no, esa ya es otra cuestión, a determinar que Deutsche Bank debía indemnizar a D. José Luis por los perjuicios sufridos por la adquisición de los valores financieros adquiridos, perjuicios derivados de la actuación negligente de Deutsche Bank en el cumplimiento de su deber legal y contractual de información al actor. O a la conclusión exactamente contraria a la expuesta. Mas lo cierto es que eso no es posible desde el momento en que no se ha ejercitado la acción de daños y perjuicios contra Deutsche Bank, lo que impide entrar a resolver sobre esta cuestión. Sólo ha ejercitado una acción de nulidad, que en realidad es de anulabilidad por vicio del consentimiento, como ya se ha dicho, contra quien sea declarado No legitimado pasivamente para responder de ella.

El análisis de la anterior resolución aboca a entender que en ningún caso la entidad financiera queda exenta de responder frente al cliente, sino que lo que plantea el juzgado es hacerlo a través de una indemnización de daños y perjuicios ex art. 1101 CC, pero no a través de la acción de nulidad, pues entiende que hay dos planos contractuales diferentes, el que une al cliente con el Banco comercializador y el cliente con el emisor de los valores (en el presente caso el Banco Europeo de Inversión). Es más, el Juzgador reconoce claramente la labor de asesoramiento por parte de la entidad intermediaria, que conlleva el análisis de la información que ofreció al cliente y la adecuación o no del producto al perfil financiero de éste, pero sin embargo entiende

el juez *a quo* que debería realizarse a través de la acción indemnizatoria, y no a través de la nulidad, pues finalmente la consecuencia de otorgarse dicha nulidad implica la restitución de prestaciones, y dichas prestaciones implican a su vez la devolución de unas cantidades (las invertidas) que no son titularidad del intermediario financiero, sino del emisor de los valores.

Por lo tanto, en ningún momento se exime de responsabilidad al banco en su papel de comercializador del producto, sino que ésta debía plantearse a través de la acción de daños y perjuicios y no tanto en una reclamación fundada en la acción de nulidad. La acción de daños, al parecer, no se instó en el procedimiento del que trajo causa la sentencia mencionada¹⁸².

Sin embargo, la base de la legitimación pasiva de la entidad financiera, cuando se insta la nulidad de la orden de compraventa de valores, se encuentra en la jurisprudencia reciente, y de forma contundente. Así en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 4, de Baracaldo, sentencia de 21 de mayo de 2015¹⁸³ que fue declarada firme, se recogía la fundamentación sobre la legitimación pasiva de la entidad comercializadora:

“En este sentido, la Audiencia Provincial de Alava, Sección 1, en sentencia de 1 de septiembre de 2014 expone “Como ya hemos puesto de relieve en anteriores sentencias de esta Sala, entre otras la dictada en el rollo 141/12, la demandada, en la contestación a la demanda opone la excepción de falta de legitimación pasiva “ ad causam” por su condición de intermediaria. Alega que actuó como intermediaria en el mercado bursatil a cambio de una comisión, la misma que obtendría por intermediar en la adquisición de cualquier otro valor en el mercado. Caja Laboral no percibió el capital invertido ni abonó los intereses que dice habrían de serle devueltos. Que el contrato le era ajeno,

¹⁸² Una cuestión procesal interesante en estos casos es si el planteamiento de la excepción de falta de legitimación pasiva debe o no ser resuelta en el Acto de Audiencia Previa, pues tanto en virtud de lo dispuesto en los arts. 414 y 416 LEC, entre las finalidades del acto previo al juicio oral, se deben examinar las “cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución del proceso y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto.../...” pero sin embargo entre las cuestiones procesales expresamente referidas en el art. 416 LEC pero tampoco se puede decir que se trate de un *numerus clausus*, pues la expresión “cuestiones procesales” permite la inclusión de cualquier cuestión de tipo procesal que puede impedir la consecución del proceso. En la mayor parte de los procesos que conocemos en la fase de Audiencia Previa se han realizado las alegaciones correspondientes y se ha resuelto con la desestimación de la misma, continuando el procedimiento, haciéndose constar en sentencias las alegaciones pertinentes y la resolución de la cuestión.

¹⁸³ (83/2015) E.P.

se limita a una labor de custodia de los títulos valores mediante su anotación en una cuenta valor creada para depositar en ella cualesquiera títulos que el matrimonio tuviera en cada momento, y la remisión de los extractos correspondientes al cobro de intereses derivados de esos productos.

A propósito de esta cuestión decíamos en la reciente sentencia de 12 de marzo de 2014, “..el cliente pacta con el banco un contrato de gestión de carteras de inversión definido por la doctrina como aquel por el cual una persona, mandante, encarga a otra, gestor, que mediante operaciones sobre valores mobiliarios, administre el patrimonio del mandante constituido por dinero, títulos o un conjunto de ambos. Como regla general, en la ejecución de la actividad de administración de valores, la entidad de crédito deberá observar una actuación diligente, prudente, y ordenada de conformidad con el artículo 255.2 C.Com, que ordena que se hará lo que dicte la prudencia y sea mas favorable al uso de comercio, obligación general que tiene apoyo para la administración desempeñada en el ámbito del mercado de valores. El art. 259 C.Com, aade que el intermediario financiero debe cumplir las normas de conducta establecidas en leyes y reglamentos frente al cliente, pudiendo éste exigir responsabilidad en caso contrario.

En casos como el que nos ocupa el banco no opera como simple intermediario, no se trata de colocar una emisión de valores anunciada en prensa o en televisión, en la que el cliente demanda la compra al banco, sino que existe una labor profunda. Es el banco quien recomienda el producto al cliente, lo que supone su implicación, debiendo procedera a una explicación clara y exhaustiva de todos los riesgos de la operación y asumiendo la necesidad de efectuar los test de idoneidad o alternativamente de convenientcia a que se refiere el artículo 79 bis.7 de la mencionada Ley.

Además debe mostrar supuestos o escenarios posibles, comprendiendo tanto las hipótesis mas favorables de la inversión, como las mas desfavorables, incluida desde luego la posibilidad de pérdida íntegra del captial o menoscabo grave del mismo en el supuesto que se alcance a la baja el umbral señalado en el contrato. Y esa información debe ser explicada al cliente y asegurarse el banco de que la misma le ha sido ofrecida, explicada convenientemente, entregando los folletos pertinentes y recabando la firma del cliente que garantice la recepción de esa información, especie de consentimiento informado. En suma, el banco en supuestos como el presente, tiene un papel relevante y una misión que cumplir, no se limita a vender, sino que asesora y gestiona las participaciones despues de convencer al cliente con sus explicaciones pues de lo contrario éste no habría comprado, por tanto, tiene legitimación pasiva y debe responder hasta los límites impuestos por la ley.

En la reciente sentencia de 21 de febrero de 2014 decíamos y repetimos ahora que “...tal falta de legitimación pasiva no resulta apreciable pues en toda actividad de intermediación (como es el mandato, la comisión, o cualquier otra relación por la que se comercializan productos ajenos) se dan dos planos diferenciados: el propio de la intermediación entre el mediador y el cliente, en el cual se gesta el contrato proyectado, y del que deriva las consecuencias del acto al cliente, en el cual se gesta el contrato proyectado, y del cual deriva las consecuencias del acto al definitivo titular de la obligación, de tal forma que en

ambas relaciones jurídicas se dan derechos y deberes distintos y en la intermediación, y por lo que aquí interesa, la información de las características del producto la ha de dar aquel que tiene relación con el cliente y comercializa el producto, siendo otra cosa distinta que el emisor, a su vez, esté obligado a publicar los datos precisos que exija la normativa aplicable”.

En el mismo sentido se expresan en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Bilbao, de fecha 20 de marzo de 2015¹⁸⁴ que aludía al criterio mayoritario sobre la legitimación de la entidad comercializadora, frente a las emisoras del producto:

“... Si bien es cierto que algunos Juzgados de Primera Instancia o Audiencias Provinciales han estimado que la entidad comercializadora no está legitimada pasivamente (la demandada cita en su contestación varias sentencias en este sentido) el sentir mayoritario no es ese, y desde luego no lo es en las Audiencias Provinciales de esta comunidad autónoma. En la AP de Vizcaya es unánime el criterio de las secciones 3,4, y 5 al respecto, pudiendo citarse entre las más recientes la sentencia de la sección 3 del 12 de junio de 2014 (ROJ:SAP BI 1141/2014) Sentencia 172/2014 Recurso 137 /2014 en un caso de AFS de Fagor comercializadas por Banco de Santander o bien la sentencia de la sección 5ª de 1 de abril de 2014 nº 76/14 en un supuesto de AFS Eroski comercializadas por BBVA. En ambas se dice que el contrato por el que el cliente adquiere las aportaciones es la orden bancaria y está otorgado entre éste y la entidad bancaria, no la emisora. Toda vez que la infracción de los deberes de información es el hecho base por el que se acciona la nulidad, resulta que la entidad bancaria a quien se imputa es la legitimada pasivamente para soportar las acciones y sus consecuencias pues es su conducta la que está siendo objeto de enjuiciamiento.”

En la misma línea la SAP de Guipúzcoa, Sección 3 del 19 de diciembre de 2014¹⁸⁵ añade que: *“La comercializadora de las AFS, en aquel caso BBVA actúa en su propio nombre y sin indicación alguna que actuase por cuenta Eroski, obteniendo un beneficio por ello, de tal forma que debe asumir las consecuencias de su actuación.*

¹⁸⁴ (Nº 65/ 2015) E.P.

¹⁸⁵ JUR 2015\63218.

También ante esta cuestión resulta interesante la doctrina que fija el Alto Tribunal en la comentada sentencia de 12 de enero de 2015¹⁸⁶, que recoge en este aspecto que se acredita la legitimación de la entidad financiera comercializadora del producto financiero, aun cuando su actuación sea de intermediación, es obvio que es también el responsable de la obligación informativa, por lo tanto el causante en su caso, del error y /o dolo en el cliente que finalmente contrata bajo la percepción de lo que ha recibido de la entidad financiera. Por otro lado no puede obviarse que el cliente no entra en contacto con la entidad emisora, sino que la orden de compra de valores se realiza siempre a través de la entidad comercializadora, portando el membrete y firma de esta, y es sobre este contrato sobre el que se proyecta la nulidad.

En la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 (629/15), se señala que: *“la consecuencia de lo expuesto es que Banco Santander está legitimado pasivamente para soportar la acción de anulación del contrato por error vicio del consentimiento, que además habría sido motivado por error vicio del consentimiento, que además habría sido motivado por su actuación y no por la de Cardif”*.

Por ello, la sentencia a la que antes hemos hecho referencia del Juzgado de Instancia nº 13 de Bilbao¹⁸⁷ concluye tras considerar acreditado la existencia del error en la contratación que las consecuencias deben ser asumidas por el comercializador del producto:

“Plantea el BBVA en su contestación que no puede ser condenada a restituir lo percibido porque no es ella la destinataria de la inversión, alegación que ya ha sido contestada en el fundamento de derecho segundo en el que se ha abordado su legitimación pasiva para responder de la acción de nulidad, dado que el vicio del consentimiento es provocado precisamente por el incumplimiento del deber de información que solo a ella le competía en su labor de comercialización, y por tanto es quien debe asunir las consecuencias económicas que prevé el art. 1303 CC”.

¹⁸⁶ RJ 2015/608.

¹⁸⁷ E.P

Todo ello sin perjuicio de que la entidad comercializadora y la destinataria de los fondos pertenezcan o no al mismo grupo empresarial. Subsidiariamente y en el caso de no prosperar la falta de legitimación, se sostiene, en su caso, el posible litisconsorcio pasivo necesario al entender que debería llamarse a juicio no solo a la entidad comercializadora sino también a la emisora del producto, pues al final la cuestión de la restitución de prestaciones, si se opta por la acción de nulidad (y no por la indemnizatoria) resulta controvertida, pues la entidad financiera no ha sido la destinataria del dinero de la inversión (al igual que en los swaps). Sin embargo el argumento procesal se desestima por entender por el mismo motivo que la falta de legitimación pasiva de la comercializadora, esto es, que realmente quien incumple es el comercializador y no el emisor, quien no participa en el proceso informativo. Esto es, en definitiva, hay dos relaciones obligacionales centradas por una parte en la relación del cliente con el intermediario financiero, y otra la del banco comercializador con la emisora del producto, y como señala la SAP de Álava, Sección 1ª, de 1 de septiembre de 2014¹⁸⁸:

“No sería correcto exigir los efectos de la nulidad a quien no ha negociado con los clientes, y nada tiene que ver con el incumplimiento de obligaciones innatas a la contratación de estos productos cual es la información necesaria”.

Posición que entendemos que es la correcta, sin perjuicio de que cabría también, como ya hemos recogido antes, que se reclamara por la acción indemnizatoria.

¹⁸⁸ (199/2014) JUR 2014/224296.

CAPÍTULO IV

PROBLEMÁTICA SUSTANTIVA DE LOS SWAPS

IV.1. INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo trataremos las siguientes cuestiones relacionadas con los aspectos sustantivos más importantes que generan la litigiosidad de este tipo de contratos, empezando por la cuestión principal de fondo, esto es, acción de nulidad en sentido amplio o incluyendo solo la posible nulidad relativa.

IV.2. FONDO DEL ASUNTO: NULIDAD O ANULABILIDAD¹⁸⁹

Es sabido que a pesar de la diferencia entre nulidad de pleno derecho y anulabilidad o nulidad relativa, ambas categorías en la práctica no siempre se utilizan de modo correcto. Los contratos de swaps generan la necesidad de determinar la diferencia entre las consecuencias derivadas de detectar vicios del consentimiento (existe consentimiento pero nace viciado), lo que comprendería situaciones de anulabilidad con un periodo de caducidad de cuatro años ejercitable únicamente para proteger los intereses de la parte contratante que ha sido víctima del vicio contractual.

Sin embargo, una valoración de la anulación total del consentimiento, como elemento esencial (aunque mencionaremos la posible indeterminación del objeto o la falta de causa) avoca a una acción de nulidad de pleno derecho en aquellas circunstancias en las que no se presta el consentimiento sobre lo que es objeto de contratación (artículo 1.261 CC), habida cuenta de que cabe decir que es imposible prestarlo en tanto no se ha puesto en su conocimiento desde el principio claramente las características y condiciones particulares del producto. En tal caso estaríamos ante una situación de nulidad radical, cuya acción para hacerla valer judicialmente es

¹⁸⁹ Sobre el enfoque de las demandas de nulidad de contratos de permuta financiera se han escrito numerosos artículos, desde las primeras resoluciones hasta la actualidad en los que se analizan las posibles alternativas de fundamentación jurídica de la demanda, sin embargo no se puede hablar de un único enfoque, pues como se presenta en el trabajo de tesis hay diferentes posibilidades y todas ellas con argumentación que ha sido valorada por la Jurisprudencia menor. En todo caso deben tenerse en cuenta los siguientes artículos doctrinales: RODRIGUEZ ACHUTEGUI, E. La alegación de nulidad en los contratos bancarios, *Revista Aranzadi Doctrinal numero 3/ 2014*. Ed Aranzadi. Pamplona 2014.

imprescriptible. Además, la anulabilidad puede ser subsanada, en cambio la nulidad “*ipso iure*” no admite tal subsanación, extremo que en este tipo de contratos también puede ser una cuestión a tener presente.

Ambos supuestos de ineficacia tienen en común los efectos “*ex tunc*” que lleva consigo la declaración de nulidad o anulabilidad. Estos efectos se tratan en el apartado relativo a las consecuencias jurídicas de la declaración de nulidad.

IV.2.1. Enfoques de la acción de nulidad absoluta

Trataremos diferentes posibilidades judiciales de enfocar este remedio jurídico que afectaría a la esencia misma del contrato de swap cuya estimación provocaría la inexistencia del contrato.

IV.2.1.1. Nulidad absoluta por infracción de normas imperativas ex art. 6.3 CC

El artículo 6.3 CC prescribe la sanción de nulidad de pleno derecho para todo acto que se celebre en contraposición o ignorancia de las leyes imperativas. No se puede negar que la mayor parte de los casos litigiosos de swaps se han analizado en el foro partiendo de la existencia o no de error y/o dolo como vicio del consentimiento. Sin embargo, aunque con mucha cautela, existen algunas, pocas, resoluciones judiciales que han considerado la nulidad absoluta del contrato por la posible falta de objeto en el contrato. La jurisprudencia menor se encargó de centrar el debate en el error del consentimiento y/o dolo antes de que llegaran las primeras resoluciones ante el Tribunal Supremo. La dificultad para aceptar la aplicación del art. 6.3 CC, se encontraba en que mayoritariamente se consideraba que la normativa bancaria era de carácter administrativo, y por lo tanto no debía ser objeto de sanción por el Derecho civil.

Como destaca Fernández de Araoz el argumento de que cuando en estos casos se trata valorar si en el proceso de contratación ha existido vulneración de normas de conducta de las entidades bancarias, la jurisprudencia ha sido vacilante. Por una parte, existen numerosas resoluciones judiciales que entienden que estas normas de conducta, especialmente en lo relativo a los deberes de información al cliente, deben ser consideradas «esenciales» por afectar al proceso de formación de la voluntad para la contratación y que contienen un «mandato imperativo» destinado a proteger a los inversores que protegen en los mercados financieros. Es por ello que su infracción, aunque sea una «norma administrativa», es susceptible de conllevar la nulidad del negocio jurídico estipulado por aplicación de lo previsto en el art. 6.3 CC¹⁹⁰.

Dicha tesis fue confirmada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 22 de diciembre de 2009¹⁹¹. Sin embargo, muy al contrario, ha habido otras sentencias que han entendido que no es procedente decretar la nulidad, bien por el carácter «menor» o «formal» (no material) de la infracción, bien por entender que se trata de «normas administrativas» cuya infracción debe llevar aparejada, en su caso, la imposición de sanciones mediante el procedimiento sancionador correspondiente, o bien por entender que el objetivo del legislador ya se había cumplido por otros medios. Dicha sentencia citada arriba ya mencionaba la posibilidad de que la violación –infracción de normas administrativas puede suponer la nulidad contractual en virtud de lo dispuesto en el artículo 6.3 CC¹⁹².

En definitiva, consideramos esencial abordar la litigiosidad que ha generado esa

¹⁹⁰ FERNANDEZ de ARAOZ GOMEZ-ACEBO, A., “Repensar la protección del inversor: bases para un nuevo régimen de la contratación mobiliaria”, *Diario La Ley*, Nº 8549, Sección Doctrina 28 de Mayo de 2015, pp. 18 y 19

¹⁹¹ STS (Sala 1ª) de 22 de diciembre de 2009 (Recurso 407/06) JUR 2010 \703.

¹⁹² La Sentencia que dispone: “DUODÉCIMO.- c) No es aceptable la afirmación de la parte recurrente en el sentido de que la infracción de normas administrativas no puede dar lugar a la nulidad de un contrato, pues esta Sala, en aplicación del artículo 6.3 CC, invocado como infringido, tiene declarado que cuando, analizando la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico deben aplicarse las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez (STS de 25 de septiembre de 2006. RJ 2006\8643 y no es obstáculo a la nulidad que la prohibición administrativa no tenga carácter absoluto.

posible nulidad del contrato que se asienta sobre la posible infracción de normas imperativas ex artículo 6. 3 CC. En principio, cabe decir que se ha considerado que la normativa bancaria es de naturaleza administrativa, y que por lo tanto la idea de principio es que no se podía considerar la nulidad absoluta del contrato, puesto que no se entendían violadas normas de carácter imperativo. En su apartado 57, la reseñada STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil, (C-604/2011) ¹⁹³ ya señalaba que *"si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, esta no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que traspone el artículo 9, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39, ni cuáles podrían ser esas consecuencias"*. En consecuencia, *"a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad [vid Sentencia de 19 de julio de 2012, caso Littlewoods Retail (C-591/10), apartado 27]"*.

Con este fundamento, la interpretación del alcance del deber de información quedaba al arbitrio de los Tribunales nacionales, que mayoritariamente no se han decantado tanto por la nulidad absoluta sino por la relativa. En estos términos cabe citar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Santander, sentencia de 31 de enero de 2014 ¹⁹⁴, confirmada por la SAP de Cantabria, Sección 4ª, de 4 de marzo de 2015 ¹⁹⁵:

¹⁹³ ECLI:EU:C:3013:344

¹⁹⁴ (28/2014) E.P.

¹⁹⁵ JUR 2015\1601556

“Por lo demás es obvio que los legisladores español y europeo se han mostrado extremadamente puntillosos en este particular, sucediéndose normas cada vez más protectoras que tienen como objetivo declarado que el cliente sea informado con rigor. La Exposición de Motivos de la Directiva 2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21-abril-2004 señala que su objetivo proteger a ultranza al inversor del "oscuro mercado financiero" y que busca un alto nivel de protección de los inversores.

No hay ninguna razón para no conceptualizar este conjunto normativo como una regla imperativa cuya vulneración desencadena el efecto previsto en el artículo 6.3 del CC idea se refuerza si se piensa que la jurisprudencia del TJUE, de impactante efecto, conceptúa las normas de protección de los consumidores como reglas de orden público (véase en tal sentido la STJUE de 6/10/2009, C-40/08, bien es cierto que en referencia a otra Directiva distinta de la MiFID pero con razones extrapolables) subrayando su importancia al señalar que está en juego la calidad de vida de los ciudadanos europeos y, en particular, que la ya citada STJUE de 30-mayo- 2013, C-604/11, señala que si bien las consecuencias contractuales de la inobservancia de las exigencias de evaluación corresponden al derecho interno deben respetarse los principios de equivalencia y efectividad”.

Dicho lo anterior en la línea de lo que argumenta la SAP de León de 1 de marzo de 2012, Sección 1ª¹⁹⁶:

“... puede sostenerse que cualquier vulneración de una norma imperativa sobre información a uno de los contratantes – inclusive la LMV – debe ser considerada esencial salvo que se pueda entender que no guarda relación con la formación de la voluntad del contrato”.

Desde esta perspectiva cuando estas consideraciones se ponen en relación con los hechos ya sentados se comprende que la acción de nulidad absoluta debe encontrar acogida. Las previsiones hasta ahora expuestas inciden decisivamente a la hora de calificar si la información prestada por la entidad demandada reúne unas condiciones objetivas de corrección (información clara, precisa, suficiente y tempestiva) y otras que podrían calificarse de subjetivas por atender a circunstancias concretas de su cliente (experiencia, formación, contratación previa de otros

¹⁹⁶ SAP LE 282/2012. AC 2012\413.

productos financieros complejos y otros datos complementarios de este orden) mediante el empleo de los conocidos como test de conveniencia o test de idoneidad.

La estimación de la nulidad absoluta del contrato bancario no es lo habitual, pero se abre una puerta a la apreciación de la misma por violación de normas que aun pudiendo tener carácter administrativo, son normativa de obligado cumplimiento pues evita que el cliente otorgue un consentimiento viciado, y a su vez se le da a la normativa bancaria el papel que le corresponde como normativa de obligado cumplimiento prevista para la protección del cliente e inversor.

IV.2.1.2. La nulidad absoluta por falta de elementos esenciales del contrato

En la práctica judicial cabe alegar como causas de la nulidad de los contratos de permuta financiera de tipos de interés las siguientes:

- i) Ausencia de consentimiento, por error en el objeto del contrato (*error in negotio*).
- ii) Ausencia de causa.
- iii) Indeterminación del objeto
- iv) Ausencia de objeto por dolo, entendido como maquinación indirecta, omisión o reticencia en la información recibida por mi mandante de la entidad bancaria, que provoca un error en el contratante que afecta a un aspecto esencial del contrato, como es el tipo de negocio jurídico que se celebra o pretende celebrar.

Vemos por separado estas causas de nulidad de difícil admisión por los Tribunales:

i. Ausencia de consentimiento por error *in negotio*

El *error in negotio* podría determinar la nulidad de pleno derecho del negocio jurídico por ausencia de consentimiento respecto al verdadero objeto de la obligación. El desconocimiento, por parte del cliente de la verdadera operativa del contrato, derivado del error en creer que con la contratación del swap se iba a ver protegido ante las subidas de los tipos de interés, podría valorarse en algún caso como una auténtica ausencia de consentimiento contractual. No puede haber un consentimiento pleno, válido y eficaz, a aquello que se desconoce, y por tanto podría decirse que el cliente desconociera la verdadera mecánica de los contratos y, por ello, la posibilidad de que, conforme a esta operación, tuviera que abonar periódicamente importantes cantidades al banco, sin olvidar la importante cláusula de cancelación en el caso en el que se hiciera uso de ella.

Podríamos estar, pues, ante un error en el objeto del contrato que provocaría la falta de un elemento esencial del mismo, como es el consentimiento, porque, desde la oscuridad del contrato, hasta la falta de información y traslado del conocimiento sobre el mismo al cliente por parte del banco que fuera demandado, la consecuencia es la imposibilidad de que el cliente conociera los riesgos que asumía con la contratación de las permutas o los costes económicos que pudieran conllevar la cancelación anticipada de las misma.

Se trata de cuestiones tan esenciales que podrían llevar incluso a la ausencia de consentimiento, y en este caso, más que de nulidad se podría hablar de “inexistencia del contrato”. Así lo ha entendido en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Salamanca de 7 de julio de 2014¹⁹⁷ en la que se resuelve sobre la petición de nulidad en la contratación de varios Swaps en estos términos:

“... no obstante, para ofrecer una mejor respuesta a los hechos extintivos e impositivos de la pretensión que, sobre este particular, ha expuesto la parte demandada, es menester realizar una serie de consideraciones sobre las notables

¹⁹⁷ E.A.

diferencias que, en puridad, existen entre las figuras de “nulidad” e “inexistencia” de los contratos. Así, el origen de esta distinción conceptual hemos de ubicarlo en la doctrina francesa, concretamente en el jurista Planiol, que ya distinguió estas dos categorías, esto es, “inexistencia” y “nulidad”, como dos categorías de los actos nulos con nulidad absoluta, que cuentan con importantes diferencias. Así, dicho autor aludía al “acto inexistente”, como aquel al que le faltaba uno de los elementos esenciales para su formación, y el “acto nulo de pleno derecho”, como aquel que viola una prescripción legal. Nacida esta distinción a propósito del matrimonio, y para incluir dentro de las causas de la ineficacia del mismo algunas que no estaban expresamente formuladas por el Código francés como causas de nulidad, la doctrina la hizo extensible después a los actos patrimoniales y contratos...”

En estos términos también es fundamental la sentencia nº 392/2012, de 3 de septiembre, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14ª¹⁹⁸, en su Fundamento de Derecho Tercero, pone de manifiesto en un supuesto análogo que:

“... el vicio de nulidad de que adolecen los contratos litigiosos lo es de nulidad absoluta o inexistencia (art. 1261 Cc.), por tratarse de un error excusable atinente a las condiciones esenciales del contrato, que actúa como error obstativo de la prestación del consentimiento, invalidante de la declaración negocial. En consecuencia, se trata de un vicio radical e insubsanable, que provoca la inexistencia del negocio con efectos ex nunc, pudiendo instarse su nulidad sin sujeción a plazo de caducidad”.

Como ya hemos dicho este presupuesto de estimación de la acción de nulidad absoluta no es el mayoritario, ni mucho menos, pero resulta un criterio estratégico a tener en cuenta sobre todo en aquellos casos en los que por ejemplo la acción de anulabilidad está caducada, al ser la nulidad absoluta imprescriptible.

ii. Ausencia de causa

Según el Artículo 1274 CC, *“en los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura*

¹⁹⁸ ROJ : SAP M 14692/2012.

*beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor*¹⁹⁹. Desechando, de entrada, que en el caso de las permutas financieras estemos ante un contrato de pura beneficencia, y dudando que podamos catalogarlos como contratos remuneratorios, los contratos de permutas serían contratos onerosos, lo que nos obliga a tratar de identificar la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte que sería la causa de las mismas, y es aquí donde- débilmente- podría invocarse la ausencia de causa. Sería la entidad demandada la que debería aportar al procedimiento en su caso, el porqué, por ejemplo, se recogió en el contrato una cantidad de nominal, técnicamente denominado cantidad nocional, que asciende a una cantidad que, en definitiva, es la verdadera justificación de establecer una cantidad u otra²⁰⁰.

En el caso de que no existieran tales operaciones se abriría la puerta de la cancelación anticipada. Cabe entender que el contrato nació con ausencia de causa, pues es evidente la estrecha relación que hay entre tales operaciones y la permuta, hasta tal punto que cancelándose totalmente aquéllas, se cancela anticipadamente ésta. En cuanto al argumento sobre la falta de causa en el contrato no es posible encontrar, hasta donde se ha podido conocer, sentencia estimatoria alguna- ya adelantábamos que este argumento adolecía de debilidad-.

El argumento es desestimado expresamente por el JPI nº 2 de Vitoria-Gasteiz en Sentencia de 14 de enero de 2014²⁰¹ en estos términos²⁰²:

“Confunde la parte demandante en el Fundamento de Derecho VI B) 2) de la demanda la desviación de la finalidad pretendida con la contratación en relación

¹⁹⁹ MARIN LÓPEZ, M. La causa del contrato. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil- Mercantil* núm. 8/2007. Editorial Aranzadi. Pamplona 2007

²⁰⁰ Normalmente en el swap se establece una cifra que se relaciona con el endeudamiento del cliente, tanto en la propia entidad comercializadora como con otras con las que el cliente pudiera tener relación comercial, el nivel de endeudamiento del cliente se puede comprobar con la relación del mismo que aparece en la Central de riesgos del Banco de España a la que todas las entidades comunican sus operaciones crediticias.

²⁰¹ (6/14) E.P.

²⁰² E.P. El procedimiento que dio origen esta resolución que devino firme pues no fue objeto de Recurso de Apelación, contenía un swap de tipos de interés combinado con un contrato de Opción, esto es un contrato con dos derivados financieros. La empresa arriesgaba más de 5 MM de euros.

con lo que realmente constituía su objeto, en su caso, con la ausencia de causa o la existencia de una causa ilícita.

En el presente supuesto, existe causa para la contratación, esto es, la parte demandante pretende cubrirse frente a la posible subida de tipos de interés en la financiación variable que soporta, en este caso, a la fecha de julio de 2007 (documento 11 de la contestación, extracto de la CIRBE, no impugnada de contrario, folio 800 de autos) mientras que la entidad bancaria recibe como contraprestación la correspondiente comisión por comercialización y venta del citado producto que pasa como luego veremos, al intentar a explicar su dinámica, a formar parte del “mercado”. El artículo 1275 CC en consonancia con el apartado tercero del artículo 1261 del mismo código exige como requisito esencial del contrato con causa ilícita no produce efecto alguno y que es ilícita la causa cuando se opone a la ley o a la moral”.

Nos parece reseñable cómo el Juez después de rechazar la alegación sobre la ausencia de causa, ya apunta a continuación mucho más hacia la valoración de una violación de la ley como argumento más válido que el de ausencia de causa, y pone en valor la ética profesional, entrando después en el aspecto de la buena fe y del dolo en la actuación del comercializador del producto:

“Quizás en este caso, la forma y tiempo de contratar por parte de la entidad bancaria se pueden oponer a la ley o la ética profesional, pero la causa o finalidad existente para contratar por ambas partes es lícita”.

iii. Ausencia de objeto por la indeterminación del mismo

También en la práctica judicial se ha utilizado el argumento de la ausencia de objeto con el fin de intentar la estimación de la nulidad absoluta del contrato, utilizando no tanto la indeterminación de las liquidaciones, sino sobre todo la indeterminación cláusula de cancelación anticipada absolutamente abstracta y en algunos casos inexistente. Según la misma resolución que acabamos de mencionar (SJPI nº 2 de Vitoria- Gasteiz)²⁰³, la apreciación se hizo en los términos siguientes:

“Confunde la parte demandante en el Fundamento de Derecho VI B)3) 2ª) de la demanda, la posible complejidad del objeto del contrato respecto de la

²⁰³ E.P.

indeterminación del mismo. En concreto, hace referencia la parte demandante, al hecho de que el coste de la cancelación no aparece en modo alguno especificado, considerándolo un elemento esencial. La parte demandada considera que dicha alegación es incorrecta por cuanto que el CMOF, con el que las confirmaciones forman una unidad contractual, recoge en su cláusula 14 el mecanismo del cálculo del coste de cancelación para el caso de terminación anticipada de los productos litigiosos que son objeto de este procedimiento. Sin perjuicio de que esto sea así, el objeto de un contrato no queda determinado por la mayor o menor concreción de la cláusula sobre el coste de resolución anticipada, y menos por el hecho de que la misma no recoja el coste específico para el concreto momento en que efectivamente se quiera ejercitar este derecho .../... evidentemente, la determinación a priori, en el momento de la contratación, de los resultados de tales productos, no resulta posible, pero en cualquier caso, a los efectos del objeto de un contrato, la jurisprudencia admite que es suficiente la "determinabilidad". Se entiende como tal, aquella situación en que no hay determinación inicial en el momento de perfeccionarse el vínculo, pero si cabe la determinación posterior, y siempre que no sea necesario un nuevo convenio o acuerdo de los contratantes para su fijación, asimismo, que los criterios para tal determinación no queden al arbitrio de uno de los contratantes".

La apreciación judicial que contiene esta sentencia es especialmente interesante porque considera que lo correcto será ahondar en la complejidad y la falta de comprensión del contrato por parte del cliente de dicha determinación, y no tanto que el contrato tenga un objeto indeterminado, pasando ya al ámbito del vicio del consentimiento y por tanto a la anulabilidad:

"Otra cosa bien distinta es que las operaciones resaltadas que permiten calificar la "determinabilidad" sean más o menos complejas, dificultándose la comprensión por aquel que pueda resultar ajeno a este tipo de contrataciones, lo cual, entraría en la esfera del posible vicio del consentimiento, como elemento esencial del contrato superándose el requisito de la existencia de objeto, siendo este precisamente, aquel sobre el que en su caso se ha producido de contrario".

A nuestro juicio, este argumento es interesante porque ciertamente tanto las liquidaciones que se derivan del contrato de swap, como la cuantificación de la cláusula de cancelación anticipada son determinables aunque no lo sea en el momento de la contratación. Sin duda alguna no es menos cierto, como se señala en el epígrafe

dedicado a la cuestión de la cancelación anticipada²⁰⁴, que su oscuridad y la ausencia de parámetros claros y comprensibles, en los que se utilizan la expresión del “coste de mercado” cuando se trata de un mercado opaco, poco o nada conocido, en el que cotizan los derivados, la determinación queda al arbitrio de una de las partes, a pesar de lo que señala el Juez a quo en la anterior resolución. Por eso es cierto que la indeterminación no es el argumento más válido, porque finalmente los costes y precio del swap se acaba determinando, pero quien lo calcula es únicamente el banco.

IV.2.2. Enfoques de la acción de nulidad relativa o anulabilidad

En este apartado nos centraremos en las dos posibles causas más importantes de las alegadas judicialmente en los supuestos de nulidad relativa²⁰⁵. Lo son el error y el dolo, o incluso ambos como elementos concurrentes en la alteración sustancial del consentimiento del cliente de un swap.

IV.2.2.1. El error como causa de anulabilidad del swap²⁰⁶

Comenzando por el error, ha de decirse que en la litigiosidad de los swaps, la aplicación de los artículos 1266, en relación al 1265 y 1300 CC y su interpretación, no han resultado dudosas, pero sí es cierto que existió una controvertida jurisprudencia de cómo debía conformarse el error en estos productos y cómo debía entenderse los requisitos de esencialidad y excusabilidad necesarias para su conformación como vicios del consentimiento ante contratos de esta naturaleza. Interpretación que luego ha servido no solo para las permutas financieras sino para los contratos complejos bancarios de otro tipo como la PPS o las OBS.

²⁰⁴ Capítulo II.5.1.1.

²⁰⁵ PLANA PALUZIE, A. Análisis teórico y práctico de la anulabilidad de los swaps. Revista Aranzadi Doctrinal nº 1/2013 parte Estudio. Ed. Aranzadi. Pamplona 2013.

²⁰⁶ CALLEJO CARRIÓN, S. y PRADA RODRIGUEZ, M. Swaps, no todo vale al amparo de la autonomía de la voluntad. *Diario La Ley* nº 8471. 2015

Por ello, y como mencionaremos más adelante, en el año 2012 se dictaron las primeras sentencias del Tribunal Supremo que resolvían los primeros supuestos de swap que habían sido objeto de recurso de casación, y se deberá destacar muy especialmente la Sentencia de 21 de noviembre de 2012,²⁰⁷ que fijó los parámetros en los que en estos precisos supuestos de contratos de swap debía entenderse por error-vicio en el consentimiento, sobre todo porque como ya se ha dicho antes, se dudaba en cuanto al alcance y consecuencias del derecho a la información del cliente y su violación por parte de la entidad financiera. Lo que vicia el contrato, es esencialmente el desconocimiento del contratante sobre los riesgos que entraña el producto, los cuales recaen fundamentalmente en tres aspectos, por una parte la propia finalidad del contrato; por otra, la posibilidad de que el contrato genere liquidaciones negativas importantes para el cliente; y por último, los posibles costes de cancelación, que tampoco son explicados en el documento contractual y que pueden ascender a varios miles de euros (incluso millones de euros).

En consecuencia, dicho error se ha producido por el reiterado defecto informativo no solo del propio documento contractual, sino insuficiente información-diligencia del empleado bancario que comercializa el producto, lo cual puede rayar en una actitud dolosa, por lo deliberado de la ausencia informativa.

Para los supuestos, que son los mayoritarios, de apreciación del error, y según lo previsto en el artículo 1.266 del Código Civil en su primer párrafo (*“Para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo”*), podemos afirmar que el consentimiento prestado por el cliente a la hora de formalizar el contrato *Marco de Operaciones financieras y la Confirmación de Permuta Financiera*, puede resultar gravemente viciado por haberse prestado el mismo de forma errónea y bajo engaño o, por lo menos, grave negligencia de la entidad demandada al no informar adecuadamente a su cliente acerca de las características del producto que contrataba, ya sea por desconocimiento e insuficiente

²⁰⁷ ROJ 7843/12.

formación del personal de la entidad que se lo ofreció, o ya sea por absoluta mala fe a la hora de ocultarle datos básicos y relevantes que resultaban necesarios para tomar una decisión plenamente consciente sobre la adquisición de dicho producto.

Muchas veces incluso la propia denominación del producto como “*Cobertura de tipos de interés*” lleva a error al firmante, puesto que el sustantivo *cobertura*, precisamente tiene el sentido de protección y aseguramiento, de resguardo y protección ante una responsabilidad, incluso hemos constatado la existencia de swaps en contratos que se auto denominaban “seguros de tipo de interés”, por lo que no es difícil pensar que desde el primer momento puede el cliente creer que el contrato solo entraña ventajas, o mejor dicho, que no entraña riesgos. Y por lo tanto una finalidad del producto que no se correspondía con lo que realmente había interpretado el cliente, en muchos casos que se trataba de una especie de seguro, sin coste, y exento de riesgos. Resulta algo ingenua esta afirmación sobre todo cuando ya ha transcurrido muchos años desde las primeras contrataciones de swap, pero situándonos en los años anteriores a la crisis (2004-2007) y en el contexto de su comercialización masiva entre clientes minoristas, no nos debe de extrañar la ingenuidad con la que muchos clientes entendían el producto, pensando que era un seguro gratuito, y todo ello si se amparaba en la confianza que el cliente tenía en su entidad financiera. Se trataba de un contrato totalmente desconocido para los clientes.

A esta circunstancia de la ausencia de información sobre los riesgos, se añade por lo tanto la habitual confianza que existía entre el cliente bancario y la entidad financiera, pues en general, aunque no únicamente, estos contratos se comercializaron entre los clientes más habituales de las entidades financieras, clientes de larga trayectoria bancaria, buenos clientes en cuanto al cumplimiento puntual de sus obligaciones dinerarias²⁰⁸.

La razón de la comercialización más frecuente entre este perfil de cliente es que el banco debe asegurarse antes de la firma del contrato de que el cliente puede

²⁰⁸ Como ya hemos dicho antes, para la contratación de un swap era necesario que el contrato fuera sometido a la aprobación del departamento de riesgos del banco, algo que el cliente desconocía, pero que sin embargo en la operativa interna de las entidades era un requisito sine qua non, para la contratación, pues el banco debía asegurarse de que el cliente en caso de liquidaciones negativas estaba en situación de poderles hacer frente.

hacer frente a las posibles liquidaciones negativas o costes de cancelación del swap. Esto es así porque ya antes de la firma del contrato, el producto pasa por el departamento de riesgos de la entidad bancaria comercializadora (lógicamente el cliente es ajeno a esta gestión interna previa a la firma del contrato), debido a que el banco en principio actúa como comisionista de la intermediación financiera pero asume la obligación de hacer frente de los posibles impagos del cliente; por ello debe asegurarse de que éste está en situación de responder ante los mismos.

De todo ello debería tener puntual conocimiento el cliente, por lo que no puede obviarse de que uno de los principios jurídicos fundamentales que puede resultar transgredido es el de la buena fe contractual, que tal y como reza en el art. 7 CC debe ser un principio inspirador de toda relación negocial.

Sin embargo, si en ningún momento le informaron o no lo hicieron de forma clara y veraz de que el producto que formalizaba conllevaba el riesgo añadido de que, en el supuesto de que los tipos de interés sufrieran un descenso, sería el cliente el que tendría que abonar a la entidad bancaria las liquidaciones negativas que se produjesen, se está incurriendo en vicio en el consentimiento prestado. De hecho, así ocurrió y sigue ocurriendo en la actualidad, que no solo debido al descenso de tipos provocado por la inestabilidad que generó la crisis financiera desde septiembre de 2008, sino que incluso en determinados swaps, las liquidaciones negativas se produjeron incluso en momentos de tipos de interés alcistas puesto que los tipos fijados en el contrato no se adecuaban a la realidad del mercado. Además, tampoco se le informa del hecho o circunstancia de que, en el supuesto de que el cliente quisiera cancelar anticipadamente el contrato podría producirse el desembolso de una cuantía importante que el banco le imputara como penalización o *“coste de cancelación”*.

i. Circunstancias en las que es posible detectar error-vicio en swaps

Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta ex Art. 1.266 CC. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. Es lógico que

un elemental respeto a la palabra dada ("*pacta sunt servanda*") imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda, quien lo sufrió, quedar desvinculado. En definitiva, el contrato constituye el instrumento jurídico de ejercicio de la autonomía privada, por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad - autonomía de la voluntad -, deciden crear su propia relación jurídica entre ellos y someterla a una "*lex privata*" cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos, y su interpretación debe ser restrictiva y su aplicación no cabe duda que debe de ser excepcional. Los requisitos sobre los que fundamenta el error no pueden ser diferentes a los que marca el CC, esencialidad y excusabilidad, sin olvidar el nexo causal entre ambas, como requisitos generales en cualquier tipo de contrato en que se tratara este tipo de nulidad.

Pues bien, la STS, Sala de lo Civil, de 30 de marzo de 2011²⁰⁹, establecía, antes de que el Supremo se pronunciara expresamente sobre este aspecto en los casos de contratos bancarios complejos, que para poder declararse la nulidad de un contrato por error a prestar el consentimiento, es preciso:

1º Que recaiga sobre la cosa que constituye objeto del contrato, sobre su sustancia o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar.

2º Que el error invalidante no sea imputable a quien lo padece en el sentido de no haberse podido evitar con una diligencia media o regular. No merece tal calificativo el que obedece la falta de diligencia de las partes contratantes, que implica que cada uno deba informarse de las circunstancias que para ella son relevantes en los casos en que dicha información le resulta fácilmente accesible. La excusabilidad habrá de apreciarse sobre las circunstancias concretas del caso, incluso las personales, tanto del que ha padecido el error como del otro contratante, pues la función básica del

²⁰⁹ RJ 2011\3133.

requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando este no merece tal protección por su conducta negligente. Requisito que se deduce de los principios de auto responsabilidad y buena fe (Art. 7 CC).

3º. Que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado.

Aunque la esencialidad ha sido problemática en su apreciación, consideramos que ha sido más difícil argumentar la excusabilidad del cliente, ya que en las resoluciones se entendía que a pesar de que resultara probada en principio la ausencia o defectuosa información, pero ello no implicaba necesariamente error en el consentimiento, sino que la ausencia o escasa información debía recaer sobre la cuestión del conocimiento por parte del cliente del funcionamiento de las liquidaciones, su posible negatividad, e la información clara sobre los diferentes escenarios económicos y los costes de cancelación.

Como resulta sabido y en virtud de lo dispuesto en el artículo 1266 CC, el error debe recaer sobre la sustancia de la cosa, que constituye el objeto del contrato, o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC) mientras que la excusabilidad se plantea sobre los conocimientos y diligencia del cliente y ha ido fluctuando en las diferentes resoluciones valorando entre otras cuestiones, los conocimientos financieros del cliente minorista como requisito subjetivo, pues había de valorarse tanto su formación financiera, como la experiencia en contratación de productos similares²¹⁰. En otros casos se consideraba que el hecho de ser empresario, en el caso de swaps comercializados a pymes, otorgaba necesariamente los conocimientos financieros necesarios para la comprensión del contrato. Precisamente respecto al requisito de la esencialidad, como ya se ha dicho, se debía considerar que el error recaía sobre los elementos que se consideraban básicos del contrato de permuta financiera (finalidad del contrato, funcionamiento de las liquidaciones y coste de cancelación). En este

²¹⁰ No se puede hablar de experiencia financiera sin delimitar si esta implica solo la experiencia en contratar los típicos productos de un cliente medio o, como es más lógico, la experiencia en contratación de productos de derivados financieros o al menos productos de similar complejidad.

sentido, la cuestión quedaba bastante clara incluso antes de que se pronunciara el TS sobre el particular en la sentencia de 21 de noviembre del 2012. En definitiva la ausencia o defecto de información debía recaer sobre dichos elementos, y no sobre otros que pudieran ser accesorios.

Por una parte, por lo tanto, debía entenderse que la carencia de información, mejor dicho, la ausencia de verdadero conocimiento por parte del cliente de que en realidad el producto contratado no era un seguro al uso, y de que el término “cobertura” debía ser entendido en el sentido de que el contrato servía para proteger al cliente en una medida muy limitada antes las subidas del activo subyacente, el tipo de interés normalmente. Pero a la vez y siendo cierta dicha posible ventaja, ello no impedía que se pudieran devengar liquidaciones negativas, y de alto importe, lo cual es una cuestión esencial del contrato (así como la cuestión relativa a la cancelación anticipada)²¹¹.

Consideramos reseñable la SAP de Vizcaya, Sección 5ª, de 21 de marzo de 2012²¹², que confirma la del JPI nº1 de Bilbao de 22 de marzo de 2011²¹³, porque en esta resolución, clara,0 muy concisa y sin alardes técnicos, se recoge muy básicamente la percepción sobre la información que recibió el cliente sobre el producto de swap. El procedimiento se había iniciado en el año 2010 cuando empezaba la mayor litigiosidad sobre los swaps y los swaps habían sido contratados en el año 2007). Se trataba en este caso de un cliente habitual de la entidad que a iniciativa de su gestor bancario recibió la oferta del contrato, pero la contratación se hizo vía telefónica, de forma que también este soporte es puesto en entredicho como medio de contratación de un contrato complejo y que exige una explicación pormenorizada. El gestor había

²¹¹ BERROCAL LANZAROT, A.I. La permuta financiera y su eventual ineficacia. *Actualidad Civil*, nº 7-8., 2014; MARTIN ARAHAL, J. Acción de anulabilidad de las permutas financieras. *La Toga*. Nº 188, 2013 págs. 25-31; PLANA PALUZIE, A. Análisis teórico y práctico de la anulabilidad de los swaps. *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 1, abril 2013, págs. 143-178.; LLAMAS POMBO, E. Nulidad clips, swaps y figuras similares por vicio del consentimiento. *Práctica de Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad Civil y seguros*. Nº 114, 2013 pp.4-7. LLANA VICENTE, M. de la. Contratos sobre productos financieros derivados (Swaps): inexistencia de error vicio pese al cambio de tipos de interés. *Revista del Poder Judicial*, nº 95, 2013 pp. 34-36.

²¹² (Nº 136 /12) JUR 2014\150447

²¹³ E.P.

realizado la venta del producto, pero la verdadera contratación se había realizado vía telefónica, medio que a todas luces, nos parece inidóneo para prestar el consentimiento de un producto complejo ante un cliente sin estudios y sin formación específica financiera.

En la sentencia llama la atención que, al igual que en algunas otras resoluciones, el Tribunal valora con prudencia las declaraciones del empleado bancario, sobre todo si aún continúa siendo empleado de la entidad comercializadora, pues evidentemente puede ser menos objetivo que un testigo que no tenga ningún tipo de vinculación ni personal ni laboral con el cliente, y así lo pone de manifiesto esta resolución, en la que también se apoya y se otorga valor esencial a la confianza existente entre gestor y cliente:

“ ... constatadas todas las anteriores circunstancias, la Sala no puede compartir en modo alguno la tesis preconizada por la mercantil BBVAS.A toda vez que, si algo ha quedado acreditado en esta litis, es precisamente que la entidad bancaria demandada no proporciono a la actora, Empresa S.L.L una información razonable, completa y detallada del producto financiero que le ofertó, a fin de que pudiera percatarse de los efectos y trascendencia de la concertación de tal producto financiero de riesgo, es más, incluso la información que se le facilitó indujo claramente a error en la actora en cuanto a lo que estaba verdaderamente contratando.

En efecto, a dicha conclusión se llega tras el examen de los documentos obrantes en autos y tras el visionado y audición del soporte audiovisual del Juicio, debiendo destacarse que, pese a las manifestaciones de D. Juan en el Juicio, en orden a que explicó cómo funcionaba el swap, lo cierto es que dichas informaciones deben tomarse con cautela, por su condición de empleado del banco demandado, y por lo tanto con un evidente interés en el resultado del litigio, como él mismo reconoció al comienzo de su declaración, y sobre todo porque también reconoció que no era un especialista en el tema y demostró a lo largo de su intervención que desconocía aspectos importante relacionados con el producto ofertado, una cobertura de tipos de interés en sus propias palabras, un producto para evitar el coste financiero de los productos, ...”

A continuación la resolución ahonda en los elementos esenciales de la contratación que ha dado lugar al error:

“Sin palabras se ha quedado la Sala tras escuchar la referida conversación enterado de nada. En relación con el producto de Swap que el Banco le ofrecía y es que con tales explicaciones, cualquier persona de un nivel de formación

medio, y no digamos ya inferior, poco o nada podría haber sacado en claro, salvo que se le estaba hablando de cómo funcionaba una cobertura de tipos de interés, esto es, un seguro para cubrir las subidas de tipos de interés pero sin que nada se le dijera de qué pasaba en el caso de que los tipos bajaran, ni qué tipos de riesgos asumía e cliente, todo ello en el marco de una conversación telefónica, a toda velocidad, de apenas minuto y medio, evidenciándose al final de la conversación que, pese a no haber podido comprender las confusas explicaciones que se le habían dado, mostraba su conformidad por la razón de Venga vale, si ya lo ha dejado Juan dicho, o sea que sí”, este es el porqué así lo había dicho D. Juan con el que tenían confianza en el Banco, debiendo significarse que no solo se ha demostrado que las explicaciones facilitadas en su día fueron torpes, erróneas y nada claras, y ajenas totalmente a lo que se denominan buenas prácticas bancarias, sino que además dichas explicaciones se completaron con el contrato denominado confirmación de Swap, ... que desde la perspectiva de la válida formación del consentimiento en la contratación de este producto financiero de riesgo, contribuyó a oscurecer aún más el objeto del contrato, su alcance y contenido, confusas explicaciones que se le habían dado ...”.

También, nos parece ilustrativa la SJPI nº 3, de Calahorra, de 10 de diciembre de 2013²¹⁴ confirmada por SAP de La Rioja, Sección 1ª, de 6 de junio de 2015²¹⁵ pues se recogen bien las posiciones habituales de las partes en estos litigios, sobre lo esencial del contrato²¹⁶:

“En primer lugar, existen versiones contradictorias entre las partes; por un lado, D. Pedro, integrante de la comunidad de bienes y de las dos mercantiles, que suscribió los contratos objeto de autos con la demandada, afirmó que le ofrecieron el producto como un seguro, que le iba a asegurar tranquilidad, de carácter gratuito y del que se podía desvincular el cualquier momento, que cuando leyó el contrato no lo entendió pero confiaba en la demandada, que mantuvo dos reuniones con María en la sucursal bancaria pero no se le hizo ningún ejemplo, que no hubo información sólo confianza, que cuando quiso cancelar los productos contratados, le ofrecieron como solución pagar la cancelación que ascendía a 200.000 euros o reestructurar por lo que optó por la segunda opción que consistía en alargar el tiempo del producto; por otro lado, D. José, empleado de la entidad demandada, que depuso como testigo en el acto del juicio, afirmó que estuvo presente en alguna reunión, que hubo alguna en la oficina y otra en el despacho de la directora, que utilizaban un

²¹⁴ (148/2013) E.P.

²¹⁵ (114/14) E.P.

²¹⁶ El expediente partía de la contratación por parte de un pequeño grupo de empresas de tipo familiar de varios swaps para sus empresas, todos ellos vendidos como “coberturas de tipo de interés”.

folleto informativo, que cuando lo comercializaban dejaba claro que no era un seguro porque no tenía prima, se hacían ejemplos, se daba documentación al cliente, que explicó el coste de cancelación, que no se puede saber con antelación dicho coste ya que se calcula en el momento en el que se produce la cancelación, que le ofrecieron el producto porque estaba preocupado, como todos los empresarios, por la subida de los tipos de interés, que se le entregó el contrato antes de firmarlo para que lo estudiara y lo llevó ya firmado, manifestando que el actor entendió el contenido y funcionamiento del producto”.

Se puede observar cómo en este apartado de la Fundamentación se plasmaba el conocimiento que había tenido el cliente sobre el contrato de swap, un seguro sin coste y del que podía desvincularse sin mayor problema. A todo ello se une la complejidad del documento contractual y la ausencia de experiencia en contratación de este tipo de productos, o de cualquier otro de componente especulativo. A continuación la resolución judicial, al igual que otras muchas en estos litigios, recoge cómo se podría haber evitado la defectuosa información y cómo el cliente hubiera alcanzado la verdadera comprensión del contrato (información que debería ser no solo verbal sino también documental: folletos informativos, ejemplos y simulaciones de las posibles liquidaciones negativas, explicación clara y veraz sobre la eventualidad (que fue una realidad) de que ante los descensos bruscos del activo subyacente, en este caso el EURIBOR, el cliente tendría que hacer frente a liquidaciones negativas y que estas podían ser importantes, y por supuesto sin olvidarse la reiterada cláusula de cancelación anticipada:

“El documento nº 9 aportado junto a la contestación, que le fue exhibido al Sr. García en el acto del juicio, y que reconoció como el folleto explicativo que se le entregó al actor, del que se desprende que el producto se presenta como un instrumento para evitar el riesgo del tipo de interés, que presenta muchas ventajas, recogiendo una serie de ejemplos de liquidaciones con cifras reales en los que no se contempla qué ocurre ante una brusca bajada de los tipos de interés y las consecuencias económicas que tienen para el cliente que se traducen en el pago de fuertes cantidades de dinero; por lo que con independencia de que dicho folleto se haya entregado al actor durante la comercialización del producto, dicho documento no informa suficientemente del riesgo que asume el cliente con la contratación del producto ofertado.

Por todo ello, no resulta acreditado que la demandada haya informado suficientemente a la actora del contenido, funcionamiento, consecuencias, de

las graves consecuencias económicas derivadas de una bajada brusca de los tipos de interés ni del coste económico de la cancelación anticipada del producto, lo que sin duda supone un incumplimiento de su obligación de información. Estamos ante un contrato cuyo contenido viene predeterminado por el Banco, que es el que establece el nominal, los tipos de interés y la duración, por lo que el cliente difícilmente puede incorporar o modificar algún elemento en dicho contrato, dada la complejidad del mismo, no comprensible por cualquier persona, ya que si bien es cierto que las actoras son una comunidad de bienes y dos entidades mercantiles, con un importante volumen de facturación, sin embargo, nunca han contratado con las entidades bancarias productos de riesgo o especulativos, limitándose a la apertura de cuentas corrientes, tarjetas de créditos y préstamos. Por todo ello, la entidad demandada, no ha acreditado que el Sr. García, hubiera informado suficientemente al Sr. Pedro, en representación de las entidades actoras, del contenido, efectos y riesgos del contrato, como que ante bajadas bruscas del Euribor, el cliente podría llegar a pagar fuertes sumas de dinero y que los costes de la cancelación anticipada del producto eran muy gravosas y desproporcionadas para el cliente; sin duda circunstancias relevantes para la prestación del consentimiento contractual.

En relación con los tres contratos de coberturas de tipo de interés, suscritos por las actoras, de fecha 28 de julio de 2009, si bien es cierto que las actoras los suscribieron ya conociendo la mecánica y funcionamiento del producto ya que se les había girado varias liquidaciones trimestrales negativas, sin embargo, cuando quisieron cancelar anticipadamente los tres primeros contratos, la demandada no les dio otra solución que la de pagar 200.000 euros como coste de cancelación o suscribir estos nuevos contratos, por lo que dado el elevado coste de cancelación, optaron por lo segundo que, en la práctica, ha resultado mucho más gravoso para las actoras que los primeros, a la vista de las liquidaciones negativas que se derivaron de los mismos, por lo que en definitiva, no tuvieron más opción que suscribir este producto.

Además, del examen de los contratos objeto de autos, se puede apreciar que en los mismos se hace constar que el cliente es consciente del riesgo de esta operación, pero no se precisa con claridad cuáles son estos riesgos ni el alcance de los mismos, principalmente las graves pérdidas que ocasionaría al cliente en el caso de producirse una bajada brusca del Euribor; además, en los contratos, no se indica con claridad las consecuencias de la cancelación anticipada del producto ni la fórmula mediante la cual se calcularía la liquidación correspondiente, limitándose a expresar el contrato que “en caso de que el cliente solicitara la cancelación anticipada del producto, el resultado económico de la misma, que vendrá determinado por las condiciones de mercado en el momento de la solicitud, podrá verse minorado por el coste o perjuicio que esta cancelación anticipada haya ocasionado a la Caja y que ésta podrá repercutirle”; además, de una lectura del contrato y de sus cláusulas, se desprende la complejidad que presenta el mismo que, unido a su carácter especulativo, impone un deber especial de información por parte de la entidad bancaria, lo que no se ha producido en el presente caso”.

ii. La esencialidad y la cláusula de cancelación

En cuanto a la esencialidad en punto al conocimiento o no por parte del cliente de la cláusula de cancelación, la mayoría de las resoluciones judiciales han considerado que la cuestión relativa a la posible cancelación anticipada del contrato resulta una cuestión esencial del mismo, y que en general, las cláusulas que la recogen en los diferentes contratos de permuta financiera son oscuras e indeterminadas, como ya hemos mencionado en el epígrafe destinado a la cláusula de cancelación.

Ante esta alegación las entidades financieras afirman que el coste de la cancelación anticipada depende en realidad de una variable aleatoria, más aún, de la evolución esperada del subyacente en el momento en que se lleve de forma efectiva dicha cancelación, que puede ser ejercitable o no, y que precisamente esa dependencia de una variable aleatoria es la propia esencialidad del contrato, y no *“la magnitud o no del beneficio o perjuicio económico que pueda producirse como consecuencia del mismo”*. Pero no es la aleatoriedad únicamente lo que se discute, sino los propios parámetros que sirven para fijar el citado coste de cancelación, que quedan al arbitrio de la entidad financiera.

Por otra parte las entidades siempre inciden en que este tipo de contratos no se suscriben con la intención de cancelarlos sino que el ejercicio de la cancelación anticipada es una mera facultad que se otorga a las partes. Pero la realidad, y es lo más habitual, es que ni siquiera el gestor bancario pueda determinar el importe al que debe hacerse frente en caso de dicha resolución anticipada, siendo posible que el importe pueda resultar también positivo para el cliente, pero es una eventualidad que se podía producir en momentos de bonanza económica y cuando el mercado no habría sufrido las consecuencias de la crisis, a partir de 2008 los swaps que ya estaban contratados con anterioridad, solo iban a ser generadores de liquidaciones y costes negativos.

Así lo indica por ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid sección 14ª, de 12 de noviembre de 2012²¹⁷ y que considera que incluso la mera omisión de los costes relativos a la cancelación anticipada es suficiente para provocar la nulidad del contrato, y establece literalmente lo siguiente:

“La falta de información previa sobre la forma de cálculo del coste asociado a la cancelación anticipada y otros extremos, determinante del desconocimiento absoluto del cliente de las consecuencias en el caso de decidir el vencimiento anticipado de la operación, y ello a pesar de tratarse de una cuestión esencial, decisiva para formar la voluntad de prestar el consentimiento a la operación, ha sido considerada por esta Sala, en sentencia de 13 de septiembre de 2011, como supuesto que conlleva la nulidad de la cláusula y, en sentencia de 3 de septiembre de 2012, como supuesto de nulidad del contrato, en cuanto la nulidad de la cláusula relativa a la cancelación anticipada conlleva la nulidad del contrato, por ser un elemento determinante en la formación del consentimiento la posibilidad de resolver de forma anticipada el contrato, y sus condiciones en cuanto ese aspecto se relaciona directamente con el riesgo asumido”.

Y así creemos que debe entenderse porque no es posible asumir que la cuestión de la cancelación anticipada del contrato es una cuestión meramente accesoria pues incide directamente en las características importantes del contrato, máxime, si como resulta habitual en los años de crisis económica el coste de la cancelación del producto implica tener que abonar unas cantidades elevadas de dinero, dejando la cuestión de su concreto importe a la entidad financiera que auxiliada por los departamentos especializados de tesorería establecerá cuál es el importe final en el que se tendrá en cuenta el plazo que resta hasta el vencimiento del contrato, y el nocional de la permuta, y a estos datos se les aplicará el tipo de interés que únicamente conoce la entidad financiera y en el preciso momento de proceder a la efectiva cancelación del swap. En definitiva es un cálculo unilateral por parte del Banco.

En idéntico sentido consideramos de interés citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 15 de noviembre de 2012²¹⁸, señala lo siguiente:

²¹⁷ JUR 2013\ 7174

²¹⁸ JUR 2013\278382

“Por lo que se refiere a la resolución anticipada, compartimos la valoración que realiza la sentencia sobre el contenido de la cláusula del contrato collar que la regula (fundamento de Derecho quinto), es decir, que "no es clara la determinación del coste de cancelación", porque "la cláusula contractual se remite a las condiciones del mercado en el momento de la cancelación anticipada", las que quedan totalmente indeterminadas, a tal punto que el director de la sucursal bancaria donde se formalizó el contrato, Sr. Andrés, tampoco pudo explicar el alcance de dicha estipulación, como también resalta la sentencia objeto de recurso. En concreto, la cláusula es contraria al transcrito artículo 14 Real Decreto 629/1993 y a las normas básicas de la Ley del Mercado de Valores que lo sustentaban”.

Ese razonamiento continúa en sentencias posteriores como la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Baracaldo, de 26 de diciembre de 2014²¹⁹ en la que se recoge que la información acerca de la cláusula de cancelación es una información esencial del contrato que debe ser proporcionada por el banco:

“... Particularmente, deben cerciorarse de que sus clientes son conscientes de circunstancias tales como: a) el hecho de que, bajo determinados escenarios de evolución de los tipos de interés (bajistas) las periódicas liquidaciones resultantes de las cláusulas del contrato, pueden ser negativas, en cuantías relevantes, en función del diferencial entre los tipos a pagar y cobrar en cada mensualidad y b) en caso de que se pretenda la cancelación anticipada del contrato de permuta, la posibilidad de que, igualmente, bajo escenarios de evolución de los tipos de interés bajistas, se generen pérdidas que pueden llegar a ser importantes, tanto mayores, cuando mayor sea el diferencial medio esperado entre los tipos a pagar y cobrar, para el periodo residual de vigencia de la permuta financiera. En cualquier caso, la manera específica en que se calculará el cose en esa situación. Y es que tanto el criterio que se usará para determinar el coste en esa situación. Y es que tanto el criterio que se usará para determinar el cose asociado a la cancelación anticipada de la permuta como el coste asociado a cada criterio constituyen una información trascendente para la adopción de decisiones de cobertura por parte de los clientes y, en definitiva para que valoren la conveniencia o no, de contratar el producto ofrecido”.

En ello se insiste entre otras muchas como la Sentencia AP de Cantabria, Sección 4ª, de 10 de septiembre de 2013²²⁰, según la cual en este tipo de contrato, en su clausulado se mencionan posibles fechas a las que el cliente podría acogerse en caso de solicitar la cancelación anticipada, siendo una cláusula tremendamente

²¹⁹ (200/14) E.P.

²²⁰ JUR 2014\158501

confusa pues de una primera lectura parece desprenderse que en dichas fechas prefijadas en el documento contractual, si el cliente se acoge a las mismas, parece que no asume pago alguno, pero sin embargo no es así porque en realidad lo que se pretende señalar en la misma (no especificado) es que en dichas fechas el coste puede ser “menor” pero no gratuito.

Esto es, las fechas preestablecidas servirían para agrupar la cancelación de varios swaps en el mercado, y por lo tanto intentar obtener un mejor “precio” por su venta a un tercero. El swap no se cancela solamente con la entidad financiera que ha realizado la intermediación en la contratación, sino que ésta a su vez debe proceder, en el caso de su cancelación anticipada, a acudir a los mercados para materializar la venta del producto:

“Las condiciones de cancelación anticipada incluidas en el contrato suscrito entre las partes es una condición esencial del mismo, al tener fuerza de ley, entre las partes, todas las cláusulas pactadas. No pudiendo dejarse al arbitrio de una sola de las partes la concreción de una consecuencia tan importante como es la cancelación anticipada.

La cláusula 6 de las Condiciones Generales otorga al cliente la facultad de cancelar anticipadamente el producto en cualquiera de las fechas especificadas en las condiciones particulares, denominadas “ventanas de cancelación”. Y se dice que el resultado de la cancelación vendrá determinado por las condiciones del mercado –sin especificar cuáles– en el momento de la cancelación y por el importe nominal contratado, omitiendo una vez ms cualquier mención a que dicha cancelación podrá arrojar un resultado negativo y comportar una pérdida importante para el cliente. En el mismo sentido en las condiciones particulares y al referirse a las “ventanas de cancelación”, se dice que Bankinter ofrecerá un precio de cancelación acorde con la situación de mercado en cada una de esas fechas” pero sin especificar la forma de determinación del mismo, con lo que parece dejarse a la voluntad unilateral de aquella. No se sientan las bases para fijar las consecuencias de una cancelación anticipada, etc. Es decir dar una información al cliente que le permita conocer que la cancelación anticipada le va a producir unas determinadas consecuencias en su patrimonio, a fin de formar su consentimiento sobre la aceptación del contrato de forma adecuada. Debe partirse que estamos ante contratos de permuta financiera, donde la fluctuación de los intereses puede causar graves perjuicios al cliente; perjuicios que pueden asumirse si existe un derecho de cancelación anticipada, conociendo, cuando menos de forma aproximada, las consecuencias de dicha cancelación.

En las mismas condiciones particulares se determina que “ si durante la vigencia del periodo de comercialización y cuando concurren circunstancias sobrevenidas del mercado que, a juicio del Banco alteren sustancialmente la situación existente cuando se realizó la oferta del producto, el Banco podrá revocar la oferta respecto del producto, si bien en ese caso el banco ofrecerá a los Clientes un producto alternativo, y con características similares al que se ofreció “ inicialmente”. Es decir en la regulación de la cancelación anticipada del banco si se recogen cuáles son las obligaciones concretas de quien cancela anticipadamente. No existe análoga facultad, para el cliente, lo que supone una flagrante vulneración del equilibrio de las prestaciones”.

La conclusión es clara a nuestro juicio porque de nuevo se apunta al desequilibrio de las prestaciones, debido a la asimetría informativa ante un contrato de adhesión de permuta financiera. En la SAP de la Rioja, Sección 1ª de 27 de enero de 2015²²¹ se recoge la misma argumentación:

“En cuanto a la cláusula de cancelación anticipada de ambos contratos objeto de esta “litis”, a la que el recurso también alude, observamos que esa cláusula tampoco es clara, pues sólo expresa que el resultado de la cancelación vendrá determinado por las condiciones del mercado en el momento de la solicitud, sin especificar cuáles pudieran ser dichas condiciones y omitiendo una cualquier mención a que dicha cancelación podrá comportar una pérdida importante para el cliente. En concreto la cláusula sexta dice: si el cliente solicitara la cancelación anticipada del producto, el resultado económico de la misma- que vendrá determinado por las condiciones de mercado en el momento de la solicitud- podrá verse minorado por el coste o perjuicio que esta cancelación anticipada haya ocasionado a la Caja y que ésta podrá repercutirle.”

Sobre estipulaciones de este tipo encontramos abundante literatura jurisprudencial que la estudia, concluyendo que si tenemos en cuenta la patente opacidad de este tipo de cláusulas, en sentido de estimar que las mismas son nulas por su manifiesta indefinición, en cuanto que no ofrecen ninguna información sobre las formas de efectuarse el cálculo de tal decisión de cancelación o que en el caso de realizarse la liquidación cómo se practica esta, en definitiva, qué coste económico va a

²²¹ JUR 2015\80544

traer para el cliente la cancelación del contrato. Todo ello en realidad, supone una clara y evidente infracción de lo dispuesto en el art. 1.256 CC por cuanto se está dejando al arbitrio de una sola de las partes, la validez y el cumplimiento de una parte muy importante del contrato.

Así por ejemplo razona la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, Sección 1ª, de 15 de noviembre de 2012²²²:

“En definitiva, la entidad bancaria recurrente no informó al cliente de forma precisa y correcta sobre las consecuencias de la cancelación anticipada, utilizando una cláusula para ello de muy difícil explicación para el cliente al no proporcionarle datos objetivos informativos necesarios para poder comprender las consecuencias económicas negativas que tendría en el supuesto de hacer uso de dicha facultad de cancelación...En cambio, si es el Banco quien decide resolver el contrato de forma anticipada el tratamiento fijado en el contrato es totalmente distinto que el establecido para el supuesto de cancelación, puesto que en la cláusula quinta se dice que el cliente reconoce el derecho del banco, durante la vigencia del periodo de comercialización y cuando concurren circunstancias sobrevenidas en el mercado que, a juicio del Banco, alteren sustancialmente la situación existente cuando se realizó la oferta de los productos de revocar esta última respecto de todos o alguno de esos productos si bien en este caso el Banco ofrecerá a los clientes un producto alternativo y de características similares al que se les ofreció inicialmente, pudiendo el cliente aceptar la propuesta alternativa o resolver el presente contrato marco ..., pronunciamiento de septiembre de 2011 que cabe extrapolarse al caso presente, como así se extrae del anexo de cancelación anticipada de 23-9- 2.009 (folio 68), como de la cancelación anticipada de 24-9-2.009 (folio 66) en que se cuantifica esta en 17.759,52 euros, curiosamente un día antes del documento obrante al folio 69 de 25-9-2.009, que gira bajo el título de "precio orientativo de cancelación clip".

La Audiencia Provincial de Bizkaia sigue la misma línea argumental, por ejemplo en la SAP de Bizkaia, Sección Tercera, de 19 de enero de 2015²²³, en la que entiende que:

“Pues bien, teniendo en cuenta que la información precontractual devino no solo insuficiente sino omisiva, que en cuanto a la fase contractual queda relegada al contenido de los contratos reiteradamente calificados como

²²² AC 2012\2397

²²³ JUR 2015\104510.

complejos, basta su remisión a los mismos, que pese al conocimiento por parte de la entidad de la evolución del producto en ningún momento se informa de ello al cliente, que ninguna información se suministra, en orden a la cancelación anticipada para el cliente. Por tanto el error puede calificarse de esencial ante la ausencia de información sobre los elementos esenciales del contrato ,y lo es como excusable ya que es la propia entidad bancaria la que incumple su obligación de informar convenientemente, de cumplimentar diligentemente con sus deberes de suministrarle la información oportuna y adecuada y transparente sobre las condiciones reales y el verdadero alcance del contrato, pudiendo afirmarse en consecuencia que fue un error provocado por el banco. Además el error desde esta perspectiva es excusable porque la información y es este incumplimiento el que conduce al cliente a un error esencial. Y, por demás si no ha podido ser evitado con el empleo de una diligencia media, y es que, a diferencia del a entidad bancaria el actor no tiene la condición de experto financiero, y no le resultan comprensibles los términos del contrato, situación esta que no se altera por el hecho de dedicarse a una actividad mercantil no del todo ajena al ámbito bancario, pues el producto no es bancario sino financiero.”

iii. La medición práctica de la excusabilidad en sede judicial

Respecto a la excusabilidad ya definida antes, tal vez deberíamos plantearnos en el caso concreto de los swaps y en general de los contratos bancarios complejos, las preguntas a las que debería saber poder responder el cliente. Consideramos fundamentales tener en cuenta las siguientes:

a.- En primer lugar, el hecho de que cliente no haya leído el contrato (o mejor dicho no lo comprenda), ¿constituye una conducta excusable?

Es conocido que la mayor parte de los contratos financieros (no solo los swaps) no se leen en profundidad por el cliente, como muchos contratos de adhesión en el que el cliente confía en lo recogido en el contrato, y además es posible que por su formación, ni siquiera leyendo el contrato pueda llegar al completo conocimiento del mismo, por el abuso de lenguaje técnico y críptico (SAP de La Rioja de 21 de marzo de 2014²²⁴). Es una conducta que se valora habitualmente por los jueces y que se

²²⁴ JUR 2014 \124924

entiende sobre la base de la propia complejidad del lenguaje contractual. El contrato no es “auto explicativo”, ni es suficiente su lectura para su comprensión. Todos los análisis económicos revelan la escasa incidencia en la toma de decisiones de contratación de los listados de derechos que el consumidor, en general, tiene que aceptar y que acepta, las más de las veces sin leer²²⁵. El ámbito financiero no es una excepción, aunque la trascendencia económica convierte esta conducta en especialmente trascendente.

En este sentido, destacamos la SAP de Bizkaia, Sección 3ª, de 19 de enero de 2015²²⁶ señala:

“El error desde esta perspectiva es excusable porque la entidad financiera no cumple correctamente el deber de información, este incumplimiento conduce al cliente a un error esencial. Y, por demás, si no ha podido ser evitado con el empleo de una diligencia media, y es que, a diferencia de la entidad bancaria, el actor no tiene la condición de experto financiero, y no le resultan comprensibles los términos del contrato, situación esta que no se altera por el hecho de dedicarse a una actividad mercantil no del todo ajena al ámbito bancario, pues el producto no es bancario sino financiero”²²⁷.

²²⁵ Cada vez con más evidencia los análisis económicos revelan que el consumidor rara vez lee la información precontractual, el régimen legal aplicable a la operación que realiza, bien porque el coste de tiempo no compensa el beneficio que obtiene en bienes de escasa cuantía, o bien por dificultad para entender conceptos jurídicos, o por desinterés en general hacia la lectura previa del contenido legal o por confianza en la otra parte del contrato. Ver: BAKOS, Y., MAROTTA-WURGLER, F. y TROSSEN, D.R., “Does Anyone Read the Fine Print? Testing a Law and Economics Approach to Standard Form Contracts”, NYU Center for Law, Economics and Organization, LAW & ECONOMICS Research Paper Series, Working Paper No. 09-40 (Octubre 2009); MAROTTA-WURGLER, F., “Does disclosure matter?”, NYU Center for Law, Economics and Organization, LAW & ECONOMICS Research Paper Series. Working Paper No. 10-54 (Noviembre 2010); OMRI BEN-SHAHAR Y C.E. SCHNEIDER, “The failure of mandated disclosure”, 2010, The Chicago Working Paper Series Index: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html> and at the Social Science Research Network Electronic Paper Collection. (fecha consulta: 24.5.2012).

²²⁶ (9/2015). JUR 2015\104510.

²²⁷ Esta distinción entre “producto bancario y producto financiero” no se encuentra habitualmente en las resoluciones, ni está aparentemente clara su diferencia, pero lo cierto es que los productos bancarios en este caso se refieren a aquellos de financiación y por tanto de endeudamiento del cliente, esto es, aquellos que conllevan una transacción de dinero, a cambio de un interés, mientras que el producto financiero es un producto de inversión (como es el caso de los swaps).

La mayor parte de las Pymes, al igual que en caso de los particulares, tiene contratos de financiación, pero no todas tienen contratos de inversión o productos financieros.

En todo caso, la cultura del “donde hay que firmar” instalada en los contratos de adhesión debe ser claramente cuestionada, puesto que es obvio que por una parte existe el derecho a la información, pero por otra parte no puede dispensar al cliente de una mínima diligencia a la hora de contratar. Es cierto que al menos hasta los últimos años la confianza en la gestión del banco al que el cliente estaba vinculado financieramente, servía de fundamento para la firma del contrato financiero, pero es claro que hoy en día esto no es suficiente, sobre todo porque los propios contratos se han ido complicando técnica y jurídicamente. Por ello los usuarios de servicios financieros deben leer el contrato y asegurarse de su comprensión, sin perjuicio de que sea el banco el que debe prestar el auxilio informativo al cliente, y asegurarse de que le traslada el conocimiento del producto, realizando mayor esfuerzo cuanto menor es el perfil financiero del usuario, como ya hemos señalado antes, pero en todo caso, es obvio que la quiebra de la confianza del cliente en las entidades bancarias, será útil para que los usuarios de banca participen más activamente y requieran la comprensión y el conocimiento a las entidades financieras.

b.- En segundo lugar, ¿el cliente reúne el perfil adecuado para este tipo de contrato? Esto es, ¿puede ser conocedor del producto por su experiencia inversora?

Con esta pregunta se plantea la cuestión no solo de la necesidad de adecuación del producto a la experiencia y requisitos del cliente, esto es, no dar por supuesto, que por ejemplo el hecho de ser un empresario quien realiza la contratación implica necesariamente mayor experiencia en contratación de productos complejos, pues la experiencia en contratación bancaria no implica automáticamente el conocimiento de lo que es un swap o un contrato de opción.

Por ello la entidad financiera no puede caer en imprecisiones o denominaciones ambiguas, y nos referimos con ello, a que a un swap no se le puede denominar simplemente “cobertura” o “seguro de tipos de interés”, pues del propio título se procede a eliminar el riesgo, que no se cubre con avisos confusos sobre la asunción de riesgo que conlleva para el cliente. Y esta pregunta enlaza directamente con la siguiente.

c.- ¿El cliente empresario tiene que observar mayor diligencia que el cliente particular?

Las primeras sentencias que resolvían temas de permutas financiera, sin modificar los requisitos sobre el error²²⁸, planteaban fundamentos divergentes, sobre todo por el alcance del deber de información, en el que se presumía que si el cliente era un empresario, implicaba contar con un mayor conocimiento financiero del producto. Equiparando, a nuestro juicio erróneamente, experiencia en contratación bancaria, con conocimiento de un swap, y siendo más laxos en los casos de personas físicas o consumidores en general. Sin embargo, ya hemos reseñado más arriba, que salvo que el cliente bancario (la normativa sectorial no distingue entre cliente persona jurídica o física) tenga una experiencia inversora previa en productos complejos, el hecho de haber contratado productos bancarios típicos del tráfico mercantil (préstamos, líneas de crédito, leasing, líneas de descuento de papel comercial, etc) no implica conocimiento del swap, puesto que se trata de un producto novedoso, que a pesar de la posible experiencia en contratación bancaria del cliente, los swaps no se comercializaron entre clientes minoristas hasta finales del año 2003, o principios del 2004, generalizándose en los años 2006 a 2008, cuando el Euribor tenía mayor tendencia al alza.

Consideramos que, aunque pueda entenderse que el particular, como persona física y consumidor estricto sensu, presenta una posición más débil que el cliente persona jurídica o el profesional, sin embargo no siempre es así frente a una entidad financiera, sobre todo, cuando- como ya hemos recogido más arriba- estamos hablando de un gestor de una pyme carente de formación financiera específica, pues en todo caso la posición de dominio del banco es una obviedad. Esto es, por mucha diligencia que emplee en estudiar y leer el contrato, su situación será idéntica a la del

²²⁸ AQUILLUE SIMÓN, G. "Recientes aportaciones jurisprudenciales e materia de contratos de permuta financiera (swaps)". *Revista Jurídica de Catalunya*. Vol. 112, nº 1 ,2013 págs. 155-166; BARRACHINA GARCIA, E. "Análisis de la Jurisprudencia más reciente en materia de swaps". *Revista de Derecho bancario y bursátil*, Año nº 31 Nº 127 2012, pp. 269-294. JUAN SAN JOSE, R.J. " Los contratos de Permuta Financiera (swaps)". *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, nº46, 2013 pp. 5-40. RALUCA STROIE, I: "Deberes de información en los contratos de permuta financiera. Un recorrido por la jurisprudencia civil de 2012". *Revista CESCO de Derecho de Consumo*. Nº 5, 2013, pp. 124-151.

particular que contrata por primera vez un swap, la experiencia profesional no otorga necesariamente experiencia en cualquier contrato bancario y/o producto financiero. Habrá que analizar cuál es su formación y conocimientos, cual es su verdadera experiencia contractual, y a partir de ahí examinar la diligencia empleada en el caso concreto, puesto que la diligencia que le es exigible es la propia de su profesión u oficio, no está obligado a conocer todo tipo de contratación sino la propia de su sector profesional. De hecho, cuando el cliente, sin diferenciar si se trata de un consumidor o un profesional, acude a la entidad bancaria entiende que le va a prestar la labor de asesoramiento, y que va a velar por sus intereses económicos.

Como bien señala la sentencia de la AP de Guipúzcoa, Sección 3ª, de 19 de noviembre de 2014²²⁹ que sienta los principios básicos del error:

“Reiteramos la doctrina que, sobre la materia, resumió la sentencia 683/2012 de de 21 de noviembre. En ella expusimos que cabe hablar de error vicio cuando la voluntad. En ella expusimos que cabe hablar de error vicio cuando la voluntad del contratante se hubiera formado a partir de una creencia inexacta- sentencias 114/ 1985 de 18 de febrero, 295/1994 de 29 de marzo, 756/1996 de 28 de septiembre, 434/1997 de 21 de mayo, 695/2010, de 12 de noviembre, entre muchas- Es decir que cuando la representación mental que hubiera servido de presupuesto para la celebración del contrato fuera equivocada o errónea.

Es lógico que un elemental respecto a la palabra dada- “pacta sunt servanda” imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y consecuentemente, pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, los contratos constituyen el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad –autonomía de la voluntad- , decide crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una lex privata (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en este materia unos criterios razonablemente rigurosos – sentencia de 15 de febrero de 1977”.

Como puede observarse las sentencias analizan el perfil del cliente en cuanto a conocimientos financieros, siendo más rigurosas en el caso del cliente-empresa. Algo que confirma también la SAP de Vizcaya, Sección 3ª, de 17 de octubre de 2013²³⁰:

²²⁹ (276/14) .JUR 2015\63218.

²³⁰ (272/ 12). JUR 2014\146682.

“El hecho de que D. Pedro sea licenciado en empresariales (como él mismo indica) y que sea administrador de la empresa familiar Papelera X no significa que su experiencia en el sector bancario y financiero vaya más allá de solicitar préstamos, abrir líneas de descuento o firmar rentings pues no consta que haya contratado productos que entrañen algún tipo de riesgo, o conocimientos sobre previsiones de evolución de los mercados financieros. El único contrato de este tipo fue el que nos ocupa. En este sentido, las dos personas que mejor conocían el perfil de los actores, El Sr. Juan y el Sr Luis, dicen que las operaciones que realizaban o pasaban de cuentas corrientes, descuentos de papel y transferencias al extranjero. El hecho de haber contratado un leasing inmobiliario no les convierte en expertos bursátiles”.

En el mismo sentido, sobre el deber que se le exige a la empresa sobre los productos bancarios, en la Sentencia de AP de Alicante, Sección Cuarta, de 14 de junio de 2012²³¹ afirma que:

“Respecto de la complejidad del producto financiero, a la información o más bien la falta de información, facilitada por la entidad bancaria, a los deberes que a esta le incumbían, y a que el demandante no tiene la condiciones de experto financiero peses a ser una mercantil la contratante, y haber concertado tres productos como el aquí denunciado, infieren en los contratantes unos conocimientos relevantes en cuanto al producto contratado, para que resulte patente que su error debe calificarse de excusable a estos efectos. Por ello, el argumento de que los socios de la demandante eran personas habituadas a los negocios que administraban les convierte en expertos financieros, sino que lo único que habrá de presumirse de ellos es que eran conocedores de la realidad mercantil que constituía el objeto de sus respectivas empresas, que no es necesariamente equivalente al mercado financiero en que se desarrollaban tales operaciones.”

IV.2.2.2. La alegación del dolo en los contratos de swaps

El otro importante vicio del consentimiento que contribuye a dotar de ineficacia el negocio jurídico, es el dolo (artículos 1.269 y 1.270 del CC). Se trata de un

²³¹ (AC 2012\1703)

término sinónimo de mala fe. En sentido estricto, implica la maquinación o artificio de que se sirve uno de los contratantes para engañar a otro. En este supuesto de swaps el dolo se materializa en la mayor parte de los casos, aunque no únicamente, porque se plantea la situación de que el cliente no es informado de lo que está contratando y de que se trata de una inversión de alto riesgo, en este sentido el Tribunal Supremo ha declarado que *“el dolo abarca no sólo la maquinación indirecta, sino también la reticencia del que calla y no advierte debidamente a la otra parte, sin que lo invalide (el dolo) la confianza, buena fe o ingenuidad del afectado”* (STS de 15 de junio de 1995²³²).

Esto quiere decir que el posible error del adquirente (el cliente), hay que ponerlo en relación con el hecho de que la conducta seguida por el proponente (el banco) pudiera ser incardinable en el dolo civil, art. 1.269 CC, el cual abarca no sólo la insidia o maquinación directa, sino también la reticencia del que calla o no advierte debidamente a la otra parte omitiendo una información que hubiera sido fundamental conocer por el adquirente para celebrar el contrato.

Es decir, dolo entendido como maquinación indirecta, omisión o reticencia en la información recibida por el cliente de la entidad bancaria, que provoca un error en el contratante que afecta a un aspecto esencial del contrato, como es el tipo de negocio jurídico que se celebra o pretende celebrar. Es reiterada la jurisprudencia de nuestro alto Tribunal que entiende que el dolo, como vicio del consentimiento, tiene dos posibles facetas o perspectivas:

- a.- Como actuación inductora del proceder equivocado del otro contratante.
- b.- Como omisión, en contra del deber de informar que exige la buena fe, de aquello que se debía haber dicho a la otra parte. Es este el que mejor encaja en los supuestos contractuales de swaps.

Vemos por lo tanto que el primer supuesto comprende una actuación positiva, en el sentido de que representa una acción que desarrolla un contratante y que provoca el error en el otro contratante; mientras que el segundo supuesto representa una actuación negativa, por cuanto se configura por la ausencia de una actuación que

²³² RJ 1995\5296.

es debida conforme a la buena fe, la de informar de algo, relativo al contrato, al otro contratante, que éste debe saber y conocer por su especial trascendencia. En éste sentido, la STS de 30 de diciembre de 2009²³³ afirma lo siguiente:

“En consecuencia cabe imputar a dicha parte una actuación dolosa que no sólo puede manifestarse mediante una actuación positiva ... sino que también puede apreciarse en relación con una actuación omisiva de ocultación o falta de información a la otra parte de determinadas circunstancias que hubieran podido llevarle a no celebrar el contrato en caso de haberlas conocido. La sentencia de esta Sala de 05 de mayo 2009 contempla ‘la concurrencia de dolo negativo o por omisión, referido a la reticencia del que calla u oculta, no advirtiendo debidamente, hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión contractual, pues resulta incuestionable que la buena fe, lealtad contractual y los usos del tráfico exigían, en el caso, el deber de informar (SS. 11/05/2007, 11/06/2003, 19/07/2006)’”.

Igualmente, la SAP de Tarragona, sec. 3ª, de 23 de abril de 2001 caracteriza el dolo del siguiente modo²³⁴:

“[...] para apreciar la posible concurrencia de dolo, como vicio del consentimiento, es menester advertir que el dolo no puede presumirse, sino que ha de probarse expresamente, habiendo declarado la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1994, respecto del dolo y sus presupuestos, que “definido el dolo en el artículo 1.269 del C.C. como vicio del consentimiento contractual, comprensivo no sólo de la insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante, sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe, tal concepto legal exige la concurrencia de dos requisitos: el empleo de maquinaciones engañosas, conducta insidiosa del agente que puede consistir tanto en una actuación positiva como en una abstención u omisión, y la inducción que tal comportamiento ejerce en la voluntad de la otra parte para determinarle a realizar el negocio que de otra forma no hubiera realizado”, y en este sentido de pronuncia unánime la Jurisprudencia de esta Sala, cuya Sentencia de 22 de enero de 1.988 afirma que “partiendo de que el dolo no se presume y debe ser acreditado por quien lo alega, no pudiendo admitirse por meras conjeturas o deducciones, y aunque el C.C. no dice que se entiende por él ni cuáles son las características de la conducta dolosa, toda vez que se limita a definir el que vicia el contrato, señalando algunas formas de manifestación

²³³ (840/ 2009)ROJ STS 7697/2009

²³⁴ EDJ 2001/26996

dolosa, los requisitos comúnmente exigidos por la doctrina científica son los siguientes:

- a) Una conducta insidiosa, intencionada o dirigida a provocar la declaración negocial, utilizando para ello las palabras o maquinaciones adecuadas;*
- b) Que la voluntad del declarante quede viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño, coacción u otra conducta de insidiosa influencia;*
- c) Que sea grave si se trata de anular el contrato,*
- d) Que no haya sido causado por un tercero ni empleado por las dos partes contratantes.*

Ahora bien, existen dos clases de dolo, diferenciados por la gravedad de las insidias, el dolo causante (dolo causans) y el dolo incidental (dolo incidens), el primero consiste en la maquinación que es causa o determinante del contrato, negocio o declaración, que sin ella no se hubiera hecho (artículo 1.2569 del Código Civil); el dolo incidental únicamente afecta a una modalidad, cláusula o carga del contrato, no produciendo la nulidad del mismo, sino que sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios (art. 1270 del Código Civil)”.

i. La relación entre dolo y la buena fe

La relación entre dolo y la aplicación del principio de la buena fe se destacaba ya en la STS, Sala 1ª, de 29 de enero de 1965²³⁵ que establece que el dolo, como actitud contraria a la buena fe, es calificable como tal si se actúa del siguiente modo:

“...ha de admitirse que contradice o falta a la buena fe, cuando con la finalidad de obtener un provecho no derivado de la recta aplicación y finalidad de lo convenido, se finge ignorar lo que se sabe, se oculta la verdad a quien no pudo conocerla, se va contra la resultancia de sus propios actos, se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionadamente de su dudosa significación o se crea una apariencia jurídica para contradecirla después, en perjuicio de quien puso su confianza en ella”.

La aplicación del dolo a los supuestos de swap, como se dicho, encuentra mayor encaje en el dolo omisivo²³⁶, y así se recogió en las primeras sentencias sobre

²³⁵ RJ 1965/2.

²³⁶ PÉREZ ÁLVAREZ, P. “El valor jurídico del silencio en la teoría del negocio jurídico”, en *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 28, 2013-II, pp. 285-306. Disponible en: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/664064/RJ_28_15.pdf?sequence=1

permutas financieras, sin embargo en las más recientes se centran más en el error. En este sentido, resulta de interés la SAP de Álava de 18 de enero de 2010²³⁷:

“En definitiva, el ofrecimiento de un producto con una finalidad diferente a la real, ocultando las consecuencias negativas que supone para el cliente suscribirlo, y el ofrecimiento de una ampliación de crédito, para vencer su natural prudencia, son constitutivas de la maquinación o insidia de la que habla el art.1.269 CC porque nunca hubiera contratado sin la insistencia del banco, sin el convencimiento que era una especie de seguro ,y sin la oferta de ampliar el crédito que previamente ya disponía”.

La justificación de la actuación dolosa de la entidad financiera es especialmente explícita en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Amurrio, de 8 de febrero de 2013, en la que se recapitulan los requisitos de la actuación dolosa de la entidad financiera en un contrato de swap para ser invalidante:

“El artículo 1269 del Código Civil define el dolo como vicio de consentimiento o dolo in contrahendo: ‘Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes es inducido a otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho’. Y, conforme al artículo 1.270 CC “para que el dolo produzca la nulidad de los contratantes deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes”. En síntesis, el dolo invalidante es el dolo causante o captatorio, grave (se entiende la gravedad como causalidad con el contrato o el hecho de recaer sobre los elementos principales del contrato y unilateral. En el caso enjuiciado, apreciamos dolo en la colocación del “swap flotante bonificado”. La razón es que Banco Santander actúa con dolo en su modalidad omisiva o de reticencia cuando calla o no informa debidamente violando un deber precontractual de informar. En concreto, la buena fe es una fuente material del “deber de hablar” de la entidad financiera (o al menos, de no ejercer una “influencia indebida” sobre el cliente), que conoce cualidades (valor de mercado) negativas del producto financiero, que no puede ignorar y que son relevantes para la contraparte y que afectan sustancialmente a la equivalencia entre valor y precio. Es más, en este asunto, el deber precontractual de información está expresamente impuesto por ley (art. 79 Bis LMV) y es un deber jurídico cualificado, haya servicio de asesoramiento (art. 79 Bis. 6 LMV) o no (art. 79 bis; 7 LMV). La información es un presupuesto de un consentimiento libre y no viciado, “con conocimiento de causa” (art. 79.bis 3 LMV) y la omisión de la revelación es fraudulenta cuando pretende inducir a la persona a quien se retiene la información para que cometa

²³⁷ E.P.

un error. Es más, al margen de lo que diremos a continuación, esta especial obligación de información y transparencia ya se habría vulnerado conforme a lo dispuesto en el contrato de confirmación de swap en cuyo apartado referido al conocimiento de los riesgos de la operación establece que “las partes manifiestan conocer y aceptar los riesgos inherentes o que puedan derivarse de la realización de esta operación. Cada una de las partes manifiesta no haber sido asesorada por la otra parte sobre la conveniencia de realizar esta operación, y que actúa sobre la base de sus propias estimaciones y cálculos de riesgos”.

En esta sentencia se incide en un elemento que no ha sido tenido en cuenta en general por la mayor parte de las resoluciones judiciales de swaps, esto es, el posible conocimiento o no por parte de las entidades financieras de las previsiones y expectativas de evolución de los activos subyacentes de los swaps (la curva de tipos de interés o la evolución de la inflación, entre otros). Aunque el posible conocimiento por parte de las entidades financieras de la crisis financiera antes de que esta se produjera, o mejor dicho, el mayor o menor grado de previsión que pudieran tener los bancos sobre los acontecimientos que se produjeron de forma obvia a partir de septiembre de 2008, es una cuestión espinosa en la que los Tribunales no han ahondado de forma clara, pues resulta difícil de probar, y en todo caso, no exime de responsabilidad al Banco, pues su obligación informativa debería incluir todas las eventualidades que puedan surgir en la vida del contrato, y que el cliente libremente y con dicho conocimiento decida.

Por lo tanto, si el cliente era conocedor de dichas eventualidades y sabía el funcionamiento del contrato, luego no puede reclamar nulidad por no haber obtenido el resultado esperado, independientemente, pues, de que las circunstancias hayan sido económicamente complejas en este periodo de tiempo. Esto es, lo que es seguro es que cualquier entidad financiera conoce y maneja el mercado financiero mucho mejor que cualquier cliente, y cuenta además con los medios para tal fin. Aun así, y siendo conscientes de dicha cuestión, la nulidad de los contratos de permuta financiera tendría que haberse producido basándose únicamente en el dolo, y tal vez no solo el dolo civil. Sin embargo y no pudiéndose acreditar qué grado de

conocimiento tenían las entidades financieras de la recesión que se iba a producir a partir del año 2008. En estos términos continúa:

“... Además, no es creíble ni verosímil que una entidad que oferta cientos de productos similares fije azarosamente los tipos para el cliente, sin un profundo estudio antes de su lanzamiento. Por esto, cabe presumir razonablemente el animus decipiendi en la base de la formación del contrato (aunque el concreto comercializador dependiente pudiera no obrar maliciosamente, y en particular, cuando se proporcionaba a los clientes información falsa o engañosa sobre las expectativas de beneficios. La información correcta hubiera sido revelar que el producto era contraproducente para el cliente, a pesar de que si el banco hubiera revelado al cliente la información que manejaba a buen seguro que aquel no habría contratado.

El Banco Santander contaba con una información relevante que no facilitó al cliente, lo cual revela un serio conflicto de interés que no elimina la circunstancia de que el banco no obtenga un resultado simétrico al del cliente, sino una comisión de intermediación, por tener concertada una cobertura dinámica con otros operadores del mercado. No es que el banco deba revelar que obtiene un beneficio cuando vende el producto, lo que es obvio, sino que debe revelar que estructura el producto en perjuicio del cliente para cubrir su propio riesgo lo que sucede, como aquí con el “swap flotante bonificado” cuando el producto tiene un valor inicial de mercado negativo”.

A nuestro juicio, la cuestión debe ser centrada en la cuestión de la información que el cliente recibía del propio producto, y si el banco informaba o no sobre los diferentes escenarios, incluidos lógicamente los adversos que podían acontecer y derivarse de la contratación de la permuta financiera. Lógicamente en su defensa todas las entidades financieras han asegurado que eran desconocedoras de la crisis económica que en Europa se iba a producir a partir del otoño de 2008, pero sin embargo todos eran conocedores de la implicación de los bancos europeos en la crisis de las sub primes en Estados Unidos que había ocurrido justo un año antes, durante el verano de 2007, de forma que resulta llamativo que las entidades financieras europeas fueran totalmente desconocedores de que dichos acontecimientos iban a tener una repercusión en Europa. En todo caso debería analizarse de una forma sosegada el hecho de que los swaps se ofrecían como cobertura para los clientes en caso de ascensos moderados de los tipos de interés, en definitiva del Euribor, pero sin embargo lo que no se puede negar es que el importante descenso del Euribor ha

beneficiado a los bancos titulares de los Swaps. Antes de que se produjera “oficialmente” la crisis, habían apostado por el descenso del Euribor

ii. La concomitancia entre dolo y error

Finalmente trataremos brevemente la relación entre el dolo y el error, como posibles figuras concurrentes. En la SAP de Álava, Sección Primera, 30 de septiembre de 2013²³⁸, en la que se había estimado la demanda del JPI de Amurrio a la que ya hemos hecho referencia más arriba²³⁹, el banco recurrió en alzada señalando que la sentencia no dejaba claro (posible incongruencia) si finalmente si se había estimado la nulidad del contrato por dolo o por error, y lo que hace el citado fundamento jurídico de la sentencia es considerar dolo y error como figuras concurrentes, apoyándose en la STS de 16 de febrero de 2010²⁴⁰, cuyo fundamento jurídico Tercero contiene la siguiente doctrina referida al dolo:

“Por ello el concepto central que aparece en el artículo 1269 CC es aquella estratagema que se utiliza para que se produzca una percepción errónea en el otro contratante, y por ello se considera que, en definitiva, el dolo induce a un error, si bien lo que se pone de relieve en este vicio de la voluntad no es tanto el resultado sino la maquinación utilizada para llegar a él. “ En definitiva, que como señala la sentencia de instancia, dolo y error son figuras que invalidan el consentimiento, que se sustentan en la equivocada percepción, aunque en el caso del dolo sea la trama que propicia uno de los contratantes la decisiva para ocasionar el error”.

El dolo y el error, obviamente no son figuras equivalentes, pero sí que en estos casos pueden ser apreciados como figuras concurrentes, estando pues antes supuestos claros en los que el resultado del dolo es el error provocado en el contratante.

²³⁸ (RAp 264/13) E.P.

²³⁹ JUR 2014\155961.

²⁴⁰ (Rec. 2400/2005) ROJ: STS 554/2010.

IV.3. LA APRECIACIÓN SOBRE LOS VICIOS EN LOS SWAPS EN EL TRIBUNAL SUPREMO²⁴¹

El Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones desde que a finales del año 2012 llegaron las primeras sentencias sobre swaps en punto a las cuestiones fundamentalmente interpretativas del error, anudado a la defectuosa, insuficiente o nula información recibida por el cliente, y la inadecuación del contrato a su perfil de inversor.

Si bien todas las sentencias dictadas hasta la fecha son interesantes, los pronunciamientos que a nuestro juicio han sido más relevantes, han sido las de las sentencias que vamos a comentar a continuación, destacando especialmente la diferencia entre aquellas que se dictaron sobre contratos que se habían firmado pre-MiFID y la reformas que se impusieron a partir de su entrada en vigor; y de otro lado los contratos litigiosos que se firmaron a partir de diciembre de 2008 y la entrada en vigor de la normativa MiFID.

Como ya se ha dicho, la contradicción entre las Audiencias Provinciales sobre la apreciación del error en estos productos, requería de una resolución que empezara a crear doctrina en los casos de contratos de swap. En este sentido resultó esencial el pronunciamiento del Tribunal Supremo en la referida sentencia de 21 noviembre de 2012²⁴², estableciendo los parámetros y requisitos del error en el consentimiento para considerarlo relevante en orden a estimar la nulidad del contrato de swap. Los criterios deben ser rigurosos en un mínimo respeto al principio de autorresponsabilidad contractual y el respeto a la palabra dada.

No se trataba de la primera resolución sobre swaps, puesto que en el mismo mes de noviembre de 2012, se había producido la STS, Sala 1ª, de 15 de noviembre²⁴³

²⁴¹ MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G. Primeras sentencias del Tribunal Supremo sobre swaps de tipos de interés comercializados por entidades de crédito. *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*. Nº 190. 2013 pp. 37-42.

²⁴² (626/2013) ROJ: STS 7843/12.

²⁴³ (665/ 12) ROJ: STS 7821/12.

que ya dirimía un primer supuesto de swap, en concreto se trataba de un producto denominado “intercambio de tipos” comercializado a unos particulares, y dónde se discutía esencialmente la interpretación del contrato, y especialmente en la cuestión de la cláusula de la cancelación anticipada, y la aplicación del art. 1281 como regla interpretativa. No se discutía la nulidad o no del producto.

IV.3.1. Evolución de la jurisprudencia

La STS de 21 noviembre de 2012²⁴⁴ se puede considerar como la primera sentencia del Alto Tribunal que trata la cuestión de la nulidad de un contrato de swap y expone de inicio los parámetros sobre el error²⁴⁵, que serán desde entonces los utilizados por la mayor parte de las Sentencias de Juzgados y Audiencias Provinciales para fundamentar jurídicamente la existencia o no del error vicio:

“En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias. El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos-sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato-que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

²⁴⁴ (683/12) ROJ: STS 7843/12. En dicha resolución se revocaba la sentencia procedente de la Audiencia Provincial de Oviedo, y se estimaba el recurso presentado por la entidad financiera por entender que los requisitos necesarios sobre el error no se habían acreditado en aquel caso, en el que el cliente y actor era una persona jurídica. Sin embargo los bancos entendieron que se fallaba a su “favor” y que el STS amparaba casi automáticamente la contratación de swaps y la sentencia también fue muy utilizada para intentar desvirtuar pretensiones de nulidad cuando la demandante era una pyme (como la demandante del proceso objeto de la casación).

²⁴⁵ “La apreciación restrictiva del error invalidante en los contratos de swap: comentarios a la STS de 21 de noviembre de 2012 (RJ 2012,11052)”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Nº 862 pág. 3

Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias pasadas, concurrentes o esperadas-y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano. El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta 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.

Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

Por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error”.

Por ello a partir de la STS de 21 de noviembre de 2012²⁴⁶, se estructuran los requisitos que aparecerán en la mayoría de las resoluciones desde entonces y en los que se podrá hablar de error vicio del consentimiento si:

i.- La representación equivocada de la realidad es segura, por la forma y modo de suministrarse la información verbal y por escrito. El contrato no cabe duda de que es un contrato de adhesión redactado por el banco, pero debe acompañarse de explicaciones claras y comprensibles del funcionamiento del producto, y mayor información si la formación del cliente y su perfil como cliente bancario requería de una información más clara y transparente de lo que realmente se realiza en la fase precontractual y en la de perfeccionamiento.

ii.- Dicha representación debe recaer sobre algo esencial dentro del contrato, esto es, el riesgo, ya que el cliente inducido por la información incorrecta e incompleta que recibió, no se le explicaron los verdaderos riesgos que entraña el contrato, esto es, es un contrato que se comercializa como “cobertura” en relación con la posible subida de tipos de interés, desconoce, al mismo tiempo y no es informado en la misma medida y en correlativa contraposición con lo anterior, del grave riesgo que comporta la posible bajada del mismo índice de referencia ni se le indican los costes reales de una posible cancelación anticipada.

iii.- Dicho error no recae sobre una determinada percepción individual del demandante, sino que se lleva al propio contrato, al no incluir la mención específica y no meramente en abstracto, y sin concretar con verdadera claridad el riesgo que el cliente asume con la contratación. Se deja clara que la aleatoriedad del contrato le otorga claramente los “tintes especulativos” que habitualmente ya sostenía la jurisprudencia en este tipo de productos, de forma que el cliente piensa que contrata un producto “seguro” cuando en realidad es totalmente aleatorio y con un grave componente de especulación (sobre todo cuando, no se acompaña de un endeudamiento comparable con el nocional que se fija en el contrato de permuta).

Esa percepción errónea se vislumbra a raíz de las liquidaciones ostentosamente negativas para el cliente. Las liquidaciones negativas resultan contradictorias con la

²⁴⁶ RJ 2012/11052.

aparente regla contractual de un justo equilibrio entre las prestaciones que se debe guardar en todo contrato máxime si su nombre genérico en castellano es el de “permuta” por lo tanto un intercambio “equiparable” entre ambas partes.

iv. En definitiva en un contrato firmado con un cierto componente de aleatoriedad, el error que se produce sobre el riesgo de pérdida efectivamente acaecido, no es ni puede ser correlativo o correspondiente con la esperanza de ganancia, ya que efectivamente no se puede entender que con esta idea se contratase por el cliente, cuando en realidad se le “ofertaba una cobertura”, para evitar mayores pérdidas por la subida de tipos.

v. El error es excusable porque al demandante no le puede ser exigible personalmente mayor diligencia, que conocer que se le ofrecía una cobertura (sinónimo de protección), al no ofertársele claramente un producto financiero aleatorio de alto riesgo, siendo por ello no preciso acudir ni a un departamento externo, ni entender el producto como un producto complejo pues no se le presentó como tal.

En este punto nos parece importante puntualizar algo que se relaciona con la excusabilidad y diligencia del cliente medio bancario, esto es, al cliente no se le puede pedir mayor diligencia, cuando el producto que se le ofertaba se presentaba únicamente como beneficioso y sin riesgo. Esto es, debe “avisarse” o “poner en guardia” con claridad al cliente para que éste preste una mayor atención sobre el contrato, sin que ello suponga en ningún caso que deba actuar pasivamente en la contratación. Es necesario encontrar el justo equilibrio entre la obligación informativa de la entidad y la actitud y diligencia del cliente en la contratación²⁴⁷, lo cual se

²⁴⁷ Las entidades financieras argumentan habitualmente que es el cliente el que debería haberse asesorado antes de contratar, esto es, que el cliente debería haber contado con el asesoramiento externo a la entidad financiera, con carácter previo a la contratación.

El argumento debe ser rebatido pues el primer asesor financiero del cliente medio es el propio banco, la misma entidad, luego, salvo que el cliente cuente con un asesoramiento propio y habitual en la contratación el auxilio informativo debe ser proporcionado por el banco.

relaciona directamente con la formación financiera del usuario como ya hemos dicho al principio.

El Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia posterior irá indicando que la obligación de información que establece la normativa es una obligación activa, esto es, es el comercializador el que debe realizar la tarea informativa, no esperar a que el cliente pregunte o limitarse a entregar una documentación que normalmente no es de fácil comprensión con la mera lectura. El banco debe esforzarse en hacerse entender, en lograr la comprensión del cliente, que la confianza que caracteriza este tipo de relaciones negociales justifica el que el cliente confíe, en que el profesional al que ha hecho el encargo de asesorarle y gestionar su cartera le ha facilitado información completa, clara y precisa. El cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional y que ese plus de buena fe y diligencia a observar en el mercado de valores exige que la entidad ponga de manifiesto al cliente la incoherencia entre el perfil de riesgo elegido y los productos de inversión aceptados y que ha de asegurarse que la información facilitada al cliente es clara y ha sido entendida. A quien es imputable que el cliente no sea informado adecuadamente, es a quien coloca ese producto inapropiado, pues es quien ha de velar por informar –no formalmente, sino activamente ya que se trata no de una obligación de actividad, sino de resultado-.

Como dice el Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de abril de 2013²⁴⁸, tan repetida en los escritos, tal cuestión ha de ser analizada en función del perfil del contratante. Ante ello, malamente se puede sostener que no es excusable y/o esencial el error en personas, como muchos clientes, sin ningún tipo de conocimiento financiero, que están totalmente en manos de la persona –el empleado de la entidad- en el que equivocadamente tenían depositada toda su confianza.

En realidad estas consideraciones no plantean cambios sobre la doctrina del error que recoge el propio CC y la jurisprudencia que lo interpreta, sino que lo que hace es matizarlo, en los casos de swaps, o en general en los casos de contratos complejos. Esto es, a nuestro entender el Alto Tribunal, no ha variado criterio alguno sobre la doctrina acerca del error como vicio del consentimiento, que ya se encontraba

²⁴⁸ (245/13) RJ 2013\13387.

claramente asentada desde mucho tiempo atrás. Entendemos que el Tribunal lo que quiere matizar es la necesidad de que el error se aprecie de forma cierta, esencial y excusable, lo cual debe además debe probarse en el momento del perfeccionamiento (error procedente de la fase precontractual) y para ello no se puede equiparar “*sin matices*” (como señala el Supremo en la sentencia citada) que una falta de información conlleve necesariamente al que lo invoca al padecimiento de un error.

Esto es, habrá de probarse que efectivamente la falsa o incorrecta representación de la realidad que ha padecido la actora, ha sido segura, y ha llevado a la firma del contrato (momento del perfeccionamiento). A ello añade pues los tradicionales elementos de la “esencialidad” y la “excusabilidad”, habida cuenta de que sin ellos no se podrá hablar de anulabilidad del contrato por error, no tendrá pues la característica de invalidante.

La tercera resolución del Supremo, es la STS, Sala 1ª, de 29 de Octubre de 2013²⁴⁹. Esta resolución no consideró acreditado un vicio del consentimiento, pues se entiende que el contrato fue o debió ser comprendido por el cliente, a pesar de que el vicio en el consentimiento había sido admitido en ambas instancias, por lo que se procedió a su revocación. Sí es cierto que en esta sentencia se apunta con claridad al hecho de que el cliente asumiera sin protesta alguna las primeras liquidaciones del contrato, que además eran positivas, indicando con ello una posible confirmación del mismo:

“El contrato anulado por los Tribunales de ambas instancias lo perfeccionaron M. Polo, SL y Banco Santander, SA con el propósito de dar cobertura a los riesgos de la oscilación de los tipos de interés, mediante el intercambio periódico de las cantidades resultantes de aplicar, a un nominal puramente virtual, el referido índice variable.

Las prestaciones debidas por las partes no estaban, consiguientemente, determinadas al perfeccionarse el contrato, sino que debían serlo en el futuro, de conformidad con los criterios establecidos en él por las contratantes. Eran, por tanto, determinables en función de las oscilaciones futuras de los tipos de interés o, lo que es lo mismo, en atención a acontecimientos futuros e inciertos, derivados de las fluctuaciones del mercado. De ellos dependía no sólo la

²⁴⁹ (797/12) Rec. 1972/11 La Ley STS: 179536/2013.

determinación de las prestaciones, sino también la identificación de quien, en cada periodo de liquidación, sería deudor.

Sentado lo anterior, del escaso relato de hechos probados que contiene la sentencia recurrida no deriva base para entender que la representación equivocada sobre el resultado de la operación, con la que M. Polo, SL afirmó haber contratado, fuera razonablemente segura. No cabe desconocer que el funcionamiento del contrato se proyectaba sobre un futuro, más o menos próximo, con un acusado componente de incertidumbre. Lo que implicaba que dicha sociedad asumía, de modo evidente, un riesgo de pérdida correlativo a la esperanza de obtener una ganancia.

Es difícil admitir que una sociedad con experiencia en el mercado y en las relaciones con las entidades bancarias, como M. Polo, SL, padeciera un error como el declarado en las instancias. Pero, en todo caso, hay que rechazar que el mismo superase el límite de los riesgos asumidos y, en último caso, que fuera excusable.

De los escasos datos de hecho que, como se expuso, permite conocer la sentencia recurrida, ninguno justifica considerar que los acontecimientos producidos en la ejecución del contrato - en concreto, el resultado finalmente perjudicial de la operación para M. Polo, SL - resultaran contradictorios con la regla contractual voluntariamente creada, en la que el riesgo constituía la esencia de la operación.

Por otro lado, con razón afirma la recurrente que la sentencia recurrida debió dar alguna significación al hecho de que M. Polo, SL hubiera entendido válido y vinculante el contrato cuando, en la primera de las liquidaciones anuales, los resultados económicos le fueron favorables o, en la segunda, cuando no le fueron perjudiciales

IV.3.2. El error y la cláusula *rebus sic stantibus*

Esta misma sentencia: STS de 29 de octubre de 2013, es interesante por otra cuestión. Aunque de forma sucinta menciona la posible aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* que en nuestro Derecho no ha resultado aplicable en estos casos de swap, pero no es menos cierto que sí se ha utilizado para determinar la nulidad de swaps en otros sistemas jurídicos como en Portugal. Así en la STS de 29 octubre de 2013²⁵⁰ se expone:

²⁵⁰ La Ley 179536/2013.

"... la cuestión ha sido tratada por la doctrina, desde distintos puntos de vista - como el de la continuada influencia de la causa onerosa del contrato, la excesiva dificultad de cumplir la obligación asumida, la asignación de los riesgos contractuales, la alteración de la base del negocio, objetiva y subjetiva, la interpretación del contrato y la doctrina de la presuposición o la supuestamente implícita "cláusula rebús sic stantibus omnis conventio intellegitur"... No obstante, la jurisprudencia, utilizando especialmente esta última fórmula, se ha referido a la mencionada cuestión, para destacar la admisibilidad en nuestro sistema de los medios de corrección de la frustración económica del contrato, en determinadas situaciones particulares - así, entre otras, en las sentencias de 31 de octubre de 1963, 15 de marzo de 1972, 16 de junio de 1983, 27 de junio de 1984, 19 de abril de 1985, 17 de mayo de 1986, 13 de marzo de 1987, 6 de octubre de 1987, 23 de marzo de 1988, 16 de octubre de 1989, 21 de febrero de 1990, 12 de noviembre de 1990, 1202/1993, de 14 de diciembre, 209/1994, de 15 de marzo, 344/1994, de 20 de abril, 29/1996, de 29 de enero,²⁵¹ 1048/2000, de 15 de noviembre²⁵², 1059/2000, de 17 de noviembre²⁵³, 129/2001, de 20 de febrero²⁵⁴, 1234/2001, de 28 de diciembre²⁵⁵, 518/2002, de 27 de mayo²⁵⁶, 313/2004, de 22 de abril²⁵⁷, 539/2004, de 18 de junio²⁵⁸, 1090/2004, de 12 de noviembre²⁵⁹, 481/2005, de 17 de junio²⁶⁰, 953/2006, de 9 de octubre²⁶¹, 79/2007, de 25 de enero²⁶², 197/2007, de 1 de marzo²⁶³, 966/2007, de 26 de septiembre²⁶⁴, 175/2009, de 16 de marzo²⁶⁵, 336/2009, de 21 de mayo²⁶⁶,

²⁵¹ La Ley 11911/2000.

²⁵² La Ley 1742/2001.

²⁵³ La Ley 3523/2001.

²⁵⁴ La Ley 2547/2002.

²⁵⁵ La Ley 99968/2002.

²⁵⁶ La Ley 1306/2004.

²⁵⁷ La Ley 145325/2004.

²⁵⁸ La ley 238280/2004.

²⁵⁹ La Ley 12882/2005.

²⁶⁰ La ley 234/2007.

²⁶¹ La Ley 966/2007.

²⁶² La Ley 139739/2007.

²⁶³ La Ley 175/2009.

²⁶⁴ La Ley 8745/2009.

781/2009, de 20 noviembre²⁶⁷ , 360/2010, de 1 de junio²⁶⁸ , 84/2012, de 20 de febrero²⁶⁹.

Esa influencia de los cambios imprevistos sobre la posibilidad de la resolución del vínculo o, especialmente, la modificación equitativa de su contenido, resulta también admitida en ordenamientos cercanos. En alguno, cuando se trate de contratos de ejecución continuada, periódica o diferida, para el caso de que la prestación de cualquiera de las partes "è divenuta eccessivamente onerosa " - artículos 1467 y 1468 del Código Civil italiano -. En otros, simplemente, en el supuesto de que las circunstancias en que las partes fundaron la decisión de contratar "tiverem sofrido uma alteração anormal" - artículo 437 del Código Civil portugués –“.

Al respecto se alude a los principales textos de armonización y actualización en materia de interpretación y eficacia de los contratos, como son los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales - artículo 6.2.2 -, los Principios de derecho europeo de contratos - artículo 6.111- o los trabajos para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos - artículo 1213 -. En similar sentido se expresó la STS 644/2012, de 8 de noviembre²⁷⁰. Y es el último párrafo el que resulta clave, para descartar la aplicación de la cláusula, esto es, no se trata de un hecho o alteración de circunstancias que resulte imprevisible, sobre todo cuando el propio contrato ya es aleatorio, y por lo tanto se basa en una incertidumbre, en la que debe entenderse que se encuentra el posible descenso brusco de los tipos de interés:

“Sin embargo, para que sea aplicable esa técnica de resolución o revisión del contrato se exige, entre otras condiciones, como señaló la sentencia de 23 de abril de 1991, que la alteración de las circunstancias resulte imprevisible, lo que no

²⁶⁵ La Ley 75424/2009.

²⁶⁶ La Ley 226648/2009.

²⁶⁷ La Ley 19376/2012.

²⁶⁸ La Ley 52693/2012.

²⁶⁹ La Ley 52695/2012.

²⁷⁰ RJ 2013\2402.

acontece cuando la incertidumbre constituye la base determinante de la regulación contractual”.

IV.3.3. La relevancia de la STS 20 de enero de 2014²⁷¹

Esta sentencia resulta relevante no tanto porque se volvía a expresar de nuevo y por lo tanto confirmar la doctrina del error y sobre todo el derecho/deber de información,²⁷² sino porque es la primera sentencia de swap tras la entrada en vigor de la normativa MiFID, y tras la publicación y conocimiento de la STJUE de 30 de mayo de 2013²⁷³, que inspirará también la doctrina que se fija por el Supremo a partir de entonces.

En esta sentencia de 20 enero de 2014 cuyo recurso fue presentado por interés casacional, son cuatro los puntos sobre los que se pedía que se fijara doctrina:

- i) La delimitación material del servicio de inversión consistente en "asesoramiento financiero" por las entidades financieras a sus clientes frente a los supuestos de mera información sobre instrumentos financieros;
- ii) La delimitación de los supuestos de realización del test de idoneidad y del test de conveniencia;
- iii) La ausencia de formalidades específicas para la realización y constancia del test de conveniencia; y
- iv) La eficacia liberatoria para el banco de la comunicación realizada al cliente del resultado o conclusión desfavorable sobre la adecuación o conveniencia del instrumento financiero al perfil del cliente. En cuanto al alcance del deber informativo, si debe llegar más allá e ir hasta el asesoramiento se pronuncia el Supremo, apoyándose en la sentencia de TJUE.

²⁷¹ Se trataba de un swap de inflación comercializado a una pyme a la que no se había realizado test de conveniencia. (354/14)Rec. 879/12. La Ley 3315/14.

²⁷² SANZ ACOSTA, I., "La evolución de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de swaps y su culminación en la sentencia de 20 de enero de 2014". *La Ley mercantil*. Nº 2. Mayo 2014, pp. 92-99.

²⁷³ C-604/11- Genil 48 Comercial Hostelería de Grandes Vinos ECLI:EU:C:2013:344

Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), "la cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 de la Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 de la Directiva 2004/39/CE.

El art. 4.4 de la Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como "*la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros*". Y el art. 52 de la Directiva 2006/73/CE aclara que "*se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)*", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.

De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, "*que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público*" (apartado 55).

Es decir, que salvo que el producto esté divulgado a través de canales de distribución o información o esté destinado al público (lo cual no resulta una expresión sencilla de comprensión, puesto que no se acierta entender con claridad si la divulgación a la que se refiere puede deberse a que el único canal de distribución es vía internet, por ejemplo de forma que se trata de una oferta general, donde el cliente no puede ser asesorado de forma personalizada), pero lo que sí está claro es que en

principio el banco cuando oferta un producto, debe realizar la labor informativa propia de un asesoramiento personalizado, lo que conlleva a la obligación de trasladar el conocimiento del producto.

Del incumplimiento de estos deberes de información pueden derivarse diferentes consecuencias jurídicas. En este caso, en atención a lo que fue objeto litigioso y al motivo del recurso de casación, debemos centrarnos en cómo influye este incumplimiento sobre la válida formación del contrato.

Sobre el error vicio del consentimiento, se vuelve a incidir en la doctrina expuesta en la reseñada STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil:

"... si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, esta no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que trasponen el artículo 9, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39, ni cuáles podrían ser esas consecuencias". En consecuencia, "a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad [vid Sentencia de 19 de julio de 2012, caso Littlewoods Retail (C-591/10), apartado 27].

[...] La regulación del error vicio del consentimiento que puede conllevar la anulación del contrato se halla contenida en el Código Civil, en el art. 1266 CC, en relación con el art. 1265 y los arts. 1300 y ss. Sobre esta normativa legal, esta Sala primera del Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina jurisprudencial, de la que nos hemos hecho eco en las dos anteriores resoluciones anteriores en que se ha pronunciado sobre el error vicio en la contratación de un swap".

Se reitera que por sí mismo el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error en el contrato financiero complejo contratado. Hasta este punto, la Sentencia no hace sino incidir en que la labor informativa, puede ser

además de asesoramiento, y que las características del error, siguen inalterados, en cuanto a su esencialidad y excusabilidad, que se matiza en el caso de los productos de swap, sin embargo se añade la novedad de las consecuencias sobre la ausencia del test de adecuación o de idoneidad que marcaba la normativa MiFID²⁷⁴, y resulta muy interesante el examen de este fundamento, pues da fuerza jurídica a la labor informativa, y recalca con claridad la necesidad de que la norma se cumpla, no solo formalmente sino también en cuanto a su verdadero sentido, a su espíritu:

“Sobre el incumplimiento de los test adecuación e idoneidad y teniendo en cuenta la base de la apreciación legal de la necesidad que el cliente minorista tiene de conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados, y del deber legal que se impone a la entidad financiera de suministrar a dicho cliente una información comprensible y adecuada sobre tales extremos, para salvar la asimetría informativa que podía viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses en que incurre en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, la prestación de asesoramiento financiero para su contratación. En el primer caso, en que la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, la entidad debe valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar, mediante el denominado test de conveniencia. En el segundo, si el servicio prestado es de asesoramiento financiero, además de la anterior evaluación, la entidad debería hacer un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto, por medio del llamado test de idoneidad. En un caso como el presente, en que el servicio prestado fue de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista 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. En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación, en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el

²⁷⁴ RODRIGUEZ ACHUTEGUI, E., “Los Swaps también han de cumplir la normativa MiFID: STJUE 30 mayo de 2013”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/ 2013. Ed. Aranzadi. Pamplona 2014.

producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo”.

Se concluye en la resolución que la no realización del test de idoneidad y/o conveniencia, resulta indiciario de la defectuosa información (no determina por sí la existencia del error vicio, pero lo permite presumir), y en todo caso, y a tenor de lo previsto en el artículo 217.7 LEC, será la entidad bancaria la que tendrá que acarrear la carga de la prueba del correcto asesoramiento, poniendo de manifiesto que ha realizado una verdadera labor informativa y el producto ha sido contratado por el cliente de forma conveniente.

Es frecuente encontrarse en la práctica con test de conveniencia y/o idoneidad, que se han convertido en un documento de adhesión, pre-redactado y completado por la propia entidad financiera, del que el cliente no ha sido su autor, salvo de la firma, y de los que no se puede concluir que se hayan realizado un análisis del perfil financiero del cliente y de su nivel de comprensión de los productos de inversión que se le ofrecen, incluso algunos documentos en los que se hacía constar que el producto no era conveniente para el cliente y que este lo contrataba “ bajo su exclusivo riesgo”. Evidentemente la normativa MiFID exige un cumplimiento real, y no meramente formal del deber de información y adecuación del contrato.

A partir de la citada sentencia, se ha mantenido la doctrina sobre la presunción de error vicio, cuando no se ha recabado la información suficiente sobre el cliente minorista. Será la entidad bancaria la encargada de probar lo contrario en virtud del principio de facilidad probatoria ex art. 217.7 LEC.

Esta interpretación se confirma en un reciente Auto de Inadmisión de un recurso por interés casacional, de 18 de marzo de 2015²⁷⁵, presentado por la entidad financiera, ante un swap de inflación:

²⁷⁵ (Rec 864/15) E.P.

“Esta Sala ha declarado en estas sentencias, en lo esencial, que: 1. El incumplimiento de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo; 2. El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del swap; 3. La información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información; 4. El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrarla de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente; y 5. En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si, al hacerlo, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo; y la omisión del test que debía recoger esa valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento; por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo. Como se ha fijado en la STS de 21 de noviembre de 2014, es puramente formal, en la medida en que se ha prescindido de su verdadero contenido, que no es otro que entender acreditada la existencia de error esencial y excusable teniendo en cuenta el perfil de la empresa demandante y de su apoderada, el contenido de los documentos informativos y contractuales, que el producto se ofreció por la empleada del banco como uno más de los disponibles y como cobertura de los gastos de la empresa ligados a la inflación, la insuficiencia de información por parte del banco recurrente sobre el producto y sus riesgos (presentación de un escenario de evolución alcista contemplando la evolución a la baja como meramente residual, desconocimiento de la propia empleada que informó del funcionamiento de la cláusula de cancelación anticipada y escenarios muy alejados de la realidad), y la falta de acreditación por el banco recurrente del cumplimiento de la normativa aplicable dirigida precisamente a dar efectividad a ese deber de información, y en concreto de la realización del test de idoneidad”.

IV.3.4. La jurisprudencia más reciente sobre swaps²⁷⁶

La STS, Sala Primera, de 17 de febrero de 2014²⁷⁷ destaca sobre todo porque se desestima la demanda, por no apreciar error, debida a la escasa información que pudo recibir el cliente sobre la cláusula de cancelación anticipada. En nuestra opinión la clave de esta sentencia se encuentra en el Fundamento Sexto, que en muy pocas líneas determina cuestiones muy importantes en esta materia, y que han sido aprovechadas por las entidades financieras para recurrir muchos pronunciamientos que habían sido favorables a los clientes:

“Entre las exigencias para que quepa hablar de error vicio se encuentra la referida a su esencialidad, en el sentido de que ha de proyectarse sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato - que hubieran sido la causa principal de la celebración del contrato. En este caso y a la vista de la escasez de circunstancias concretas contempladas en la sentencia recurrida, no cabe entender que un defecto de oportuna información sobre el coste de la cancelación anticipada de la operación financiera fuese la causa de un error esencial, en el sentido expuesto, y, por ello, con entidad para provocar la anulación de todo el contrato.

Entre otras razones, porque el ordenamiento posibilita depurar el defecto con remedios específicos que pueden operar sobre la propia cláusula o sobre sus efectos. El motivo - en el que se negó que el error vicio existiera y, en todo caso, que fuera esencial - debe ser estimado. En consecuencia, procede casar la sentencia recurrida y, en su lugar, desestimar la demanda”.

Esta sentencia a lo largo de sus fundamentos explica que no se acredita suficientemente la información que exactamente recibió el cliente sobre la citada cláusula, pero en todo caso, de haberse impugnado ésta, parece que se debería haber optado por la nulidad parcial, esto es, exclusivamente la nulidad de la cláusula citada y no todo el contrato, lo cual aboca a pensar que quien comprendió el funcionamiento de las liquidaciones, no podría reclamar la nulidad del contrato al completo,

²⁷⁷ (41/2014) Rec 320/2012 La Ley 40087/2010.

únicamente porque no comprendiera la cláusula de cancelación anticipada, cuando a nuestro parecer, resulta igualmente relevante, y tiene una dificultad por sí misma, lo suficientemente importante como para invalidar el contrato, y así lo han entendido muchas resoluciones –como hemos visto- de la jurisprudencia menor. Sin embargo no podemos perder de vista que en todo caso debe ser analizado el supuesto concreto ante el que nos encontramos, sin que quepa generalizar como intentamos probar en esta memoria doctoral a través de la jurisprudencia existente, incluida la del TS.

Finalmente, la STS, Sala Primera, de 7 de julio de 2014²⁷⁸ recoge lo que más arriba hemos expuesto, esto es, la obligación informativa es del banco, y este debe actuar siempre conforme a las exigencias de la buena fe, siendo además que la entidad financiera realiza una verdadera labor de asesoramiento que incumple en el momento en que oferta el swap con una información incompleta y oscura sobre el funcionamiento y riesgos del mismo, estableciéndose que el test de idoneidad y/ o conveniencia debe realizarse de forma preceptiva, con el fin de poder valorar la verdadera adecuación del producto al perfil del cliente:

“Según se declaró en la STS nº 840/2013 (RJ 2014, 781), la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y los clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado, que tiene su último fundamento en el principio de la buena fe negocial, a la que ya se había referido esta Sala en la STS nº 244/2013, también del Pleno, de 18 de abril de 2013 (RJ 2013, 3387), recurso nº 1979/2011, en la que -aunque dictada en un proceso sobre un contrato de gestión discrecional de cartera de inversión concertado antes de la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva MiFID (LCEur 2004, 1848) - se analizó el alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor y, en concreto, el elevado estándar de información exigible a la empresa que presta el servicio de inversión. Ahora esta Sala debe reiterar en la presente sentencia los criterios de interpretación y aplicación de esa normativa y la incidencia de su incumplimiento en la apreciación de error vicio del consentimiento.

²⁷⁸ (384/14) Rec. 892/2012 La Ley 79819/2014.

Conforme a esta línea jurisprudencial, el cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa, como una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el artículo 7 CC (LEG 1889, 27) , y para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que esta sea imparcial, clara y no engañosa, sino que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias (art. 79 bis LMV (RCL 1988, 1644; RCL 1989, 1149 y 1781) , apartados 2 y 3 del art. 64 RD 217/2008 (RCL 2008, 407).

La aplicación de estos criterios al presente recurso, atendidos los hechos declarados por la sentencia recurrida que han quedado relacionados en el fundamento jurídico segundo de la presente sentencia y que deben permanecer invariables en casación (SSTS 27 de junio de 2011 (RJ 2011, 5835), recurso nº 145/2008 y 31 de enero de 2012 (RJ 2012/3767), recurso nº 165/2009), determina las siguientes conclusiones:

En el caso ahora sometido a enjuiciamiento hubo un servicio de asesoramiento financiero ya que el banco recurrente efectuó un ofrecimiento personalizado del swap a los demandantes, por lo que estaba obligado a efectuar el test de idoneidad tal como se declara en la sentencia recurrida.

Lo cierto es que las alegaciones del motivo sobre la confusión de la sentencia acerca del test cuya realización era exigible carecen de fundamento y no resultan idóneas para la casación de la sentencia recurrida, pues se desarrollan en un plano puramente teórico partiendo de una premisa que, siendo correcta - el test de idoneidad es el procedente cuando hay un servicio de asesoramiento de inversión-, perjudica en realidad el interés de la propia recurrente que no hizo el test de idoneidad, ya que lo único que podría justificar la dialéctica del motivo es que la entidad financiera recurrente hubiera hecho ese test de idoneidad y así lo declarara la sentencia recurrida.

El criterio de la sentencia recurrida al apreciar error excusable determinante de la nulidad del contrato se ajusta en lo esencial a la citada doctrina de esta Sala que, como ya se ha dicho, partiendo de que el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo y directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, permite presumir el error cuando como es el caso la entidad bancaria no realizó, siendo preceptivo, el test de idoneidad. STS, Sala 1ª, de 7 de julio de 2014 (384/14) Rec. 384/2014²⁷⁹; STS, Sala 1ª, de 7

²⁷⁹ La Ley 79819/2014

de julio (385 /14) Rec.1520/12²⁸⁰ y la STS, Sala 1ª, de 8 de julio de 2014 (387/14) Rec. 1256/2012²⁸¹.

En suma, se trata de tres resoluciones muy similares, todas ellas fundadas en la acción de nulidad por error vicio de contratos firmados tras la entrada en vigor de la MiFID en las que el TS sigue fijando el criterio en los mismos parámetros que las anteriores con algunos matices:

1º.- El banco no debe limitarse a averiguar que el cliente “conocía el swap” y los riesgos asociados a este producto (apoyando por lo tanto el verdadero conocimiento del producto que se le ofertaba), sino que debe ser evaluado sobre si dicho producto es el que más se adecúa a sus necesidades, por lo que resulta necesario el test correspondiente, que atenderá a su situación financiera, y que valorará si además de comprendido el producto, este se presenta como adecuado para el cliente y su situación, por lo que la ausencia de dicha información sobre el cliente resulta indiciaria del incumplimiento del deber informativo.

Según la STS, Sala Primera, de 7 de julio de 2014:

“Para discernir si un servicio constituye o no un asesoramiento en materia financiera -lo que determinará la necesidad o no de hacer el test de idoneidad- no ha de estarse tanto a la naturaleza del instrumento financiero como a la forma en que este es ofrecido al cliente, valoración que debe realizarse con los criterios establecidos en el artículo 52 de la Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento financiero en materia de inversión del artículo 4.4 de la Directiva MiFID, según la doctrina fijada por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L. (C-604/2011), conforme a la cual tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap realizada por la entidad financiera al cliente inversor "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público.

.... Además, en la STS nº 840/2013 esta Sala se refirió a la diferente función de ambas evaluaciones, distinguiendo la finalidad del test de conveniencia -que va dirigido a la valoración de los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con el objetivo de

²⁸⁰ La Ley 81183/2014

²⁸¹ La Ley 81186/2014

que la entidad financiera pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera y pueda determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa, en los términos que establece el artículo 73 RD 217/2008 (LA LEY 1160/2008), de la finalidad del test de idoneidad -que procede, como se ha dicho, cuando se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de cartera mediante la realización de una recomendación personalizada-, en el que se suma el test de conveniencia (sobre conocimientos y experiencia en materia financiera del cliente) a un informe sobre su situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y sus objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan, según especifica el artículo 72 del RD 217/2008 (LA LEY 1160/2008)”.

La más reciente resolución con interés en aspectos sustantivos de swaps es la STS, Sala Primera, de 26 de febrero de 2015²⁸². En ella partimos de supuestos similares a los que ya resultan conocidos²⁸³. Se trataba de un contrato de swap ofertado como “seguro” en el mes de mayo de 2008, de forma que se trata de un contrato firmado ya al amparo de la MiFID, normativa que le resulta plenamente aplicable. En este punto nos merece la pena prestar atención a la cuestión al momento de la efectiva aplicación de la normativa MiFID, pues algunas entidades argumentan en contratos que se firmaron a lo largo de los seis primeros meses del año 2008, que la normativa establecía un periodo de adaptación de seis meses para su aplicación efectiva. Sin embargo y como establece el TS, el hecho de que se diera un plazo a las entidades financieras de seis meses para que se adaptasen a dicha normativa, no es óbice para que está entrara en vigor y por lo tanto resultara aplicable al día siguiente de su publicación en el BOE. Entendemos que es claro que no hubo una *vacatio legis*, sino un periodo de adaptación (entendemos que de tipo documental y técnico) pero en el que la normativa ya era obligatoria y plenamente aplicable:

²⁸² (Nº 756/2015) Rec. 1548. 2011. La Ley 14141/2015.

²⁸³ SALAS CARCELLER, A, “Nulidad por error del cliente bancario en un contrato de swap. Comentario sobre la STS (Sala Primera) de 26 de febrero 2015”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº 6, 2015, pp. 133-139.

“La disposición transitoria primera de la Ley 47/2007 estableció que las entidades que prestaran servicios de inversión deberían adaptar sus estatutos, programas de actividades y reglamentos internos de conducta a lo dispuesto en esa ley y en su normativa de desarrollo en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la misma, lo que tuvo lugar, según su disposición final sexta, el día siguiente a su publicación en el BOE, esto es el 21 de diciembre de 2007. No se contempla en esa norma -tampoco en el RD 217/2008, que entró en vigor el 17 de febrero de 2008 - la suspensión de su entrada en vigor durante los seis meses que se conceden a las entidades financieras para su adaptación interna a la nueva normativa, ni excusa a estas de su inmediata observancia (STS de 7 de julio de 2014, rec. 1520/2012).

También deben ser rechazadas, sin necesidad de mayores consideraciones, las alegaciones del motivo segundo sobre la inaplicación al caso de esta normativa por razón de la naturaleza del contrato, pues se oponen a la doctrina de la citada STS nº 840/2013 y de las posteriores ya mencionadas, dado que en el anexo I de la Directiva MiFID se incluyen como instrumentos financieros, en la sección c) 4, los contratos de permuta financiera (swaps), cuyo sometimiento a la normativa indicada -como productos financieros complejos- no puede ser objeto de discusión tras la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L. (C-604/2011)”.

IV.3.5. Principales argumentos conclusivos del Tribunal Supremo sobre los swaps

Las consecuencias de esta decena de resoluciones que resuelven sobre la nulidad²⁸⁴ y que han centrado la doctrina que el TS aplica sobre la nulidad del contrato de permuta financiera se pueden resumir básicamente en cinco conclusiones:

Primero, la nulidad que ha sido analizada y valorada por parte del TS es la nulidad relativa, no la absoluta y centrada en el error del consentimiento, sin

²⁸⁴ Existen seis resoluciones más procedentes del Supremo que tratan la cuestión de swaps, pero no se centran en la cuestión de la nulidad, sino a su tratamiento dentro del Concurso de acreedores en cuanto a su calificación como crédito contra la masa (STS, Sala 1ª, de 28 de mayo de 2015 nº 276/15 (La Ley 89129/2015); STS Sala 1ª, de 2 de septiembre de 2014, Nº 187/ 12 Rec. 1140/12 (La Ley 143860/2014); STS, Sala 1ª de 9 de Enero de 2013, Nº797/2012 Rec. 1123/2011 (La ley 477/2013); STS, Sala 1ª de 8 de enero de 2013, Nº 811/2012 Rec. 1124/2011 (La Ley 476/2013), o bien alguna cuestión sobre legitimación sobre la cesionaria de un crédito para reclamar un swap (STS, Sala 1ª, de 28 de noviembre de 2013, Nº 750/2013 Rec 1543/2011 (La Ley 196572/2013) o bien una acción de responsabilidad de administradores por la contratación de un swap en la gestión de su autocartera (STS, Sala 1ª, de 26 de Diciembre de 2014, Nº 732/14. Rec 329/14 (La Ley 217829/2014).

referencias, siquiera colaterales, al dolo omisivo, como sí lo hacían las resoluciones de la jurisprudencia menor, al menos inicialmente.

Segundo, el error para ser apreciado debe mantener los parámetros de esencialidad y excusabilidad. El swap es un producto sometido a la normativa protectora del inversor, en este caso centrándose en la información que ha recibido el cliente y a la que se obliga la entidad bancaria tanto antes de la entrada en vigor como después de la normativa MiFID sobre el producto financiero.

Tercero, el cliente no experto debe contar con el asesoramiento en materia de inversión por parte de la entidad bancaria, haciendo especial énfasis en el funcionamiento y riesgos que entraña el contrato.

Cuarto, el deber de evaluación del cliente, tras la entrada en vigor de la normativa MiFID, resulta preceptivo que se realice mediante el test de idoneidad o conveniencia, para conocer el perfil del cliente y la conveniencia del producto. Su no realización implica la presunción del incumplimiento del deber informativo.

Quinto, y último, en cualquier caso se debe atender a las circunstancias concretas del caso.

IV.4. ARGUMENTOS JURÍDICOS QUE PRETENDEN LA DESESTIMACIÓN DE LA NULIDAD

Veamos a continuación desde la perspectiva contraria, y siguiendo la metodología de enfocar tópicamente la cuestión, los argumentos que pudieran ser utilizados en sede judicial para desestimar la pretensión de nulidad.

IV.4.1. La teoría de los actos propios y la posible convalidación del contrato

Tanto la aplicación de la teoría de los actos propios como la posible convalidación del contrato son traídas a colación por la entidad financiera en numerosos procedimientos de swap, pues en principio parece que acepta los resultados del contrato, por ejemplo aceptando las liquidaciones de éste o bien esperando a interponer la demanda a la finalización de la relación contractual. Creemos que ambas cuestiones no pueden ser objeto de confusión, a pesar de que en el caso de los juicios por swaps aparecen entremezcladas.

Por un lado la teoría de los actos propios que viene a significar que el contratante, en este caso, no puede atentar contra su propia actuación, de forma que tal y como señala la STS de 25 de enero de 2002²⁸⁵ se otorga fuerza vinculante a los actos propios, cuando son significativos y plantean una eficacia jurídica contraria a la acción que se ejercita (en este caso la nulidad):

“... el principio general del derecho que veda ir contra los propios actos “nemo potest contra actum venire” como límite al ejercicio del derecho subjetivo, o de una facultad, cuyo apoyo legal se encuentra en el art. 7.1 del Código civil que acoge la exigencia de la buena fe en el comportamiento jurídico, y con base en el que se impone un deber de coherencia en el tráfico, sin que quepa defraudar la confianza que se cree en los demás, precisa para su aplicación la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con conciencia de crear, definir, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca del mismo, de tal modo, que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción en el sentido que, de buena fe hubiera de atribuirse a una conducta anterior, y esta doctrina recogida en numerosas sentencias del Tribunal Supremo, como las de 27 de enero (RJ 1996,732) y 24 de junio de 1996 (RJ 1996/4846), 19 de mayo (RJ 1998,4035) y 23 de julio de 1998 (RJ 1998, 6392), 30 de enero (RJ 1999,10), 3 de febrero (RJ 1999,747), 30 de marzo (RJ 1999,2420) y 9 de julio de 1999 (RJ 1999, 747), 30 de marzo (RJ 1999,2420) y 9 de julio de 1999 (RJ 1999,7967) no

²⁸⁵ RJ 2002/2302

es de aplicación cuando la significación de los precedentes fácticos que se invocan tienen carácter ambiguo e inconcreto (Sentencias de 23 de julio de 1997 (RJ 1997/5808), y 9 de julio de 1999 (RJ 1999, 5967) o carecen de la transcendencia que se pretende para producir el cambio jurídico”.

Esta tesis habitualmente recogida entre los argumentos de la entidad financiera, por entender que el cliente que acepta las primeras liquidaciones del producto, sobre todo si son positivas, está asumiendo el propio contrato con todas sus consecuencias y si además acepta también las primeras liquidaciones negativas, la teoría alcanza mayor contenido, y se fundamenta en la buena fe contractual. Es el caso de la Sentencia del JPI, nº 2 de Bergara (Guipúzcoa), de 7 de mayo de 2012 (Nº 39/12)²⁸⁶:

“El principio de Buena fe que no está enunciado en la Ley pero el ordenamiento jurídico exige este comportamiento de buena fe no sólo en lo que tiene de limitación o veto a una conducta deshonestas, sino también en lo que tiene de limitación o veto a una conducta deshonestas, sino también en lo que tiene de exigencia positiva prestando al prójimo todo aquello que exige una fraterna convivencia.

El principio de la buena fe impone a las personas el deber de obrar correctamente, como lo haría una persona honorable y diligente, así los contratos por ejemplo deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes”.

Algunas Audiencias Provinciales entienden que el hecho de asumir liquidaciones negativas no implica asunción del contrato automáticamente, que ya viene viciado desde el principio y la constatación del vicio puede darse a conocer a lo largo de todo el desarrollo del contrato, de forma que el cliente está verdaderamente “atrapado” en el producto, pues se ve sometido a sucesivas reestructuraciones sin poderse desvincular del mismo sino es pagando un coste que no conoce y que solo puede ser calculado por la entidad bancaria y es elevadísimo.

²⁸⁶ E.P.

A este respecto y sobre la teoría de los actos propios podemos traer a colación la SAP Bizkaia de 19 de enero de 2015 que en cuanto a la cuestión de los actos propios señala que²⁸⁷:

“En cuanto a la teoría de los actos propios es evidente que la conducta de la parte actora realiza amén de venir viciada ab initio por la falta de toda información diligente y veraz sobre el producto ofertado, siendo inducido de nuevo a su compensación por reestructuraciones posteriores, y como recoge la SAP de Salamanca de 9/02/09 para que esa doctrina sea aplicable “ ha de tratarse de acto o declaración con significación concluyente e indubitada, no ambigua o inconcreta, que revelar una manifiesta intención del autor dirigida a crear, modificar, o extinguir algún derecho”, como tiene reconocido la unanimidad de la jurisprudencia. Y en este caso, del examen de la prueba no se advierte la creación de una expectativa razonable para la entidad bancaria que hubiera de generar para la misma la confianza en una actuación de coherencia posterior por parte del demandante que descartara cualquier reclamación, ni tampoco han existido actos por parte éste que, por su carácter inequívoco, le impidieran comportarse posteriormente del modo en que lo he hecho el demandante al reclamar lo que considera que se le debe, sin perjuicio de señalar que no puede admitirse aceptación tácito o acto propio en beneficio de una entidad que tiene que cumplir normas de carácter imperativo (Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito y Ordenes y Circulares del Banco de España) y si no lo hace, incumpliendo tales normas, no puede suplirse el incumplimiento con el hecho de que el cliente no reclame, en especial cuando este se encuentra, por mor de la naturaleza de los contratos de adhesión, respecto de la entidad bancaria, en una situación de relevante dependencia financiera, por lo que no estando extinguida la acción de reclamación por prescripción, la actuación del demandante-apelado ni es contraria a los principios de buena fe (art. 7 CC) ni está incluida en la doctrina de los actos propios”.

En un supuesto similar, en el que el cliente de la entidad bancaria, había incluso firmado un documento de renuncia de reclamaciones, después de haber realizado muchas otras reclamaciones con carácter previo (SAP de Guipúzcoa, Sección Tercera,

²⁸⁷ JUR 2015\104510

de 22 de marzo de 2012)²⁸⁸, con la renuncia a acciones sobre el producto contratado, se afirma:

“... los datos objetivos anteriores no pueden en modo alguno obviarse en orden a examinar las manifestaciones de la actora y los documentos a los que aluden las demandadas como exponente de la renuncia de derechos. La renuncia de derechos requiere ser personal, clara terminante e inequívoca, sin condicionante alguna, con expresión indiscutible de voluntad determinante de la misma, y revelación expresa o tácita o mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos (STS de 9 de febrero de 2012). La renuncia supone una declaración de voluntad, recepticia o no (según los casos y supuestos en que se produzca) dirigida al abandono o dejación de un beneficio, cosa derecho, expectativa, o posición jurídica o, como se precisa en la sentencia del TS de 4 de mayo de 1976.

A este respecto debemos traer nuevamente a colación la ya citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 9 de Febrero de 2009 que en relación a la teoría de los actos propios señala que para que esa doctrina sea aplicable " ha de tratarse de acto o declaración con significación concluyente e indubitada, no ambigua o inconcreta, que revelan una manifiesta intención del autor dirigida a crear, modificar o extinguir algún derecho, como tiene reconocido la unanimidad de la jurisprudencia. Y en este caso, del examen de la prueba no se advierte la creación de una expectativa razonable para la entidad bancaria que hubiera de generar para la misma la confianza en una actuación de coherencia posterior por parte del demandante que descartara cualquier reclamación, ni tampoco han existido actos por parte de éste que, por su carácter inequívoco, le impidieren comportarse posteriormente del modo en que lo ha hecho el demandante al reclamar lo que considera que se le debe, sin perjuicio de señalar que no puede admitirse aceptación tácita o acto propio en beneficio de una entidad que tiene que cumplir normas de carácter imperativo (Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito y Ordenes y Circulares del Banco de España), y si no lo hace, incumpliendo tales normas, no puede suplirse el incumplimiento con el hecho de que el cliente no reclame, en especial cuando éste se encuentra, por mor de la naturaleza de los contratos de adhesión, respecto de la entidad bancaria, en una situación de relevante dependencia financiera, por lo que no estando extinguida la acción de reclamación por prescripción, la actuación del demandante- apelado ni es contraria a los principios de buena fe (art. 7 del CC) ni está incluida en la doctrina de los actos propios”.

²⁸⁸ JUR 2014\152302

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 27 de abril de 2005²⁸⁹ en relación con los actos propios nos dice:

“La doctrina de los actos propios ha sido desarrollada por esta Sala en el sentido de que el principio en cuestión, basado en la necesidad de proteger la buena fe y la confianza, amén de la apariencia y estabilidad de las situaciones jurídicas exige, para que su autor quede ligado frente al sujeto pasivo para los mismos, una palmaria contradicción entre lo realizado lo primero y la acción que luego el propio interesado ejercita, o lo que es igual, que exista un nexo de causalidad entre dichos actos y su incompatibilidad, con lo ulteriormente pretendido, habiéndose matizado dicha doctrina, por la jurisprudencia en el sentido de que no merecen la calificación de actos propios los que no dan lugar a derechos y obligaciones, o no se ejecuten con el fin de crear modificar o extinguir, algún derecho, siendo los actos contra los que no es lícito actuar aquellos que, por su carácter trascendente, o por constituir convención causan estado definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, situación jurídica o de hecho, que no podrá ser alterada por quien se haya obligado a respetarla.

Y para poder estimar que se ha infringido la doctrina de los actos propios que encuentra su apoyo legal en el 7.1 CC, ha de haberse probado quebranto del deber de coherencia en los comportamientos, debiendo concurrir en los actos propios condición de ser inequívocos en el sentido de crear, definir, fijar o modificar, o extinguir sin ninguna duda una precisada situación jurídica afectante a su autor, ocasionado incompatibilidad o contradicción entre la conducta precedente y la actual”.

En definitiva para la apreciación de este principio debe poderse acreditar la contundencia y claridad de la renuncia a cualquier acción o reclamación posterior. Cuestión distinta, aunque relacionada con la anterior, es la existencia de una posible confirmación del contrato²⁹⁰, que sí se encuentra recogida en el CC en los artículos 1.309, 1.310, 1.311 y 1.313 CC y que se refiere básicamente²⁹¹ a la posibilidad de que

²⁸⁹ (334/ 2005) ROJ STS 2645/2005.

²⁹⁰ JUAN GOMEZ, M., “Los efectos del tiempo en la acción de nulidad dirigida frente a contratos bancarios”, *Diario La Ley*, Nº 8255. Sección Doctrina, 20 de febrero de 2014.

²⁹¹ El artículo 1309 CC señala que la acción de nulidad queda extinguida desde el momento en que el contrato haya sido confirmado válidamente. 1310 CC dispone que solo son confirmables los contratos que reúnan los requisitos expresados en el art. 1261 CC. El artículo 1311 CC recoge la diferentes formas de confirmación: Expresa o tácita, refiriéndose especialmente a la tácita pues sería la aplicable en estos casos, señalando que “ se entenderá que hay confirmación tácita cuando con conocimiento de la causa

aquellos contratos que tengan una causa de anulabilidad (la nulidad absoluta no es susceptible de confirmación alguna) pueden ser objeto de confirmación, una vez conocida dicha causa y aceptada por el contratante afectado, sea de forma expresa o tácita. Como señala Mateo Juan, el precepto está cargado de subjetivismo, y se presenta como suficientemente peligroso como para que dé lugar a interpretaciones opuestas. El peligro se entiende desde el momento en que su apreciación implicara la imposibilidad de presentar acción judicial en reclamación de nulidad por vicios del consentimiento si se entiende que el cliente una vez conocido el error/dolo sufrido en la fase precontractual, acepta el contrato con todas sus consecuencias. Y es aún más compleja la valoración de la posible confirmación cuando esta no se ha producido de forma expresa²⁹² sino tácita, y en qué momento debe ser valorada.

Por un parte, las entidades bancarias aprovechan la defensa de esta tesis argumentando el mero paso del tiempo desde la contratación, siendo un argumento muy débil y habitualmente desestimado siempre y cuando no pueda probarse que efectivamente el error o dolo no existía. El mero paso del tiempo (sin llegar al plazo de caducidad) no produce a nuestro juicio confirmación alguna del contrato.

Otra de las tesis defendida por los bancos consiste en señalar que en el momento en el que el cliente acepta las liquidaciones positivas del producto, lo acepta con todas sus consecuencias, sin embargo en este caso creemos que la teoría se desvirtúa fácilmente, puesto que el contrato de swap se comercializaba señalando que el producto era ventajoso, y protector (producto de cobertura) por lo que si el producto generaba liquidaciones positivas, cuando el cliente las acepta no está confirmando el contrato, pues no es aun consciente del error padecido en la

de nulidad y habiendo esta cesado el que tuviere derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo”, y en fin el artículo 1313 CC que establece que “ la confirmación purifica el contrato de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración”.

²⁹² Hemos constatado que en algunos casos las entidades financieras recogían en un documento- tipo en el que el cliente ante la cancelación del producto o bien ante las reestructuraciones para evitar- paliar las consecuencias del swap, debía firmar que era conecedor del producto y la renuncia a cualquier reclamación.

contratación, sino que las liquidaciones positivas son el resultado “esperado” del contrato²⁹³.

Más complejo es poder desvirtuar la posible confirmación del contrato cuando el cliente ha sido receptor tanto de liquidaciones positivas como negativas, estas últimas le harían conocedor de los posibles efectos perjudiciales del contrato, y si aún así se continúa con la contratación y asumiendo los efectos se pueden considerar actos confirmatorios, al igual que la aceptación de renovaciones o reestructuraciones del contrato. Sin embargo, en estos casos la cuestión no es pacífica ni unánime en las Audiencias Provinciales, existiendo estimaciones como desestimaciones de la demanda por haberse confirmado el contrato por actos posteriores a la contratación. Recogemos ambos casos (tanto de desestimación como de estimación de la demanda por estos supuestos).

En primer lugar citamos la reciente Sentencia de la AP de Navarra, Sección 3ª, de 13 de mayo de 2015²⁹⁴:

“Como se desprende del artículo 1311 CC, a cuyo tenor la confirmación puede hacerse expresa o tácitamente entendiendo que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutarse un acto que implique la voluntad de renunciarlo”, para apreciar la confirmación tácita debe ejecutarse un acto que implique la voluntad de renunciar una vez cesado la causa de nulidad, lo que no se aprecia en el caso enjuiciado en relación al contrato de 27 de abril de 2006, pues no pueden examinarse las declaraciones efectuadas por las partes en el contrato de 13 de mayo de 2009 en relación a la cancelación del contrato primitivo, ni en concreto, la expresión “ todos los derechos y obligaciones derivados de las partes derivados se considerarán extinguidos” sin atender a las concretas circunstancias concurrentes que no se han tenido en cuenta por el Juez de primera instancia y permiten concluir que el actor firmó el contrato novado concurriendo error en el consentimiento prestado, pues no tenía realmente intención de confirmar el contrato primitivo de permuta financiera o swap que era anulable por concurrir vicio en el consentimiento, sino eludir el pago de la cantidad de dinero que se le pedía con la cancelación anticipada, sobre la que ninguna información le había sido proporcionada”.

²⁹³ No olvidemos que el producto se orientaba hacia la protección ante las subidas de tipos de interés, y en el momento en que estas se produzcan y siempre que el ascenso estuviera entre las barreras fijadas por la entidad bancaria, el cliente recibiría una liquidación positiva.

²⁹⁴ (Nº165/ 2014)

Asimismo, la de SAP de Álava, Sección 1ª, de 25 de junio de 2012²⁹⁵:

“Debe rechazarse asimismo la invocación del efecto confirmatorio del contrato y la sanación del vicio del consentimiento deducido en base a una invocada confirmación tácita, arts. 1.311 y 1.313 del Código Civil, pues la esencia de la voluntad purificadora del contrato, como literalmente refiere el citado art. 1.311, radica precisamente en la circunstancia de que al realizar el acto o hecho presuntamente confirmatorio se conozca la causa de la nulidad por quien pueda invocarla y, además, que el acto confirmatorio implique necesariamente la voluntad de renunciarlo. Circunstancias que no se justifican suficientemente, pues por tales no pueden entenderse los actos de cumplimiento realizados en la ignorancia del vicio, ni aquellos que pretendan mitigar los efectos perjudiciales de las obligaciones contractuales asumidas, cuando precisamente, como ya hemos referido en numerosas sentencias, es precisamente ese hecho, la constatación del efecto perjudicial y desequilibrante, lo que permite conocer la concurrencia de una causa de nulidad”.

En nuestra opinión, la verdadera confirmación del contrato tiene que producirse de alguna forma indubitada, puesto que ni el hecho de aceptar liquidaciones negativas, y posibles reestructuraciones implica una asunción voluntaria del contrato. Como hemos defendido hasta el momento, el cliente sufrió el vicio de su consentimiento en la fase precontractual, y cuando ya se encuentra verdaderamente atrapado en el producto, sus decisiones no pueden considerarse libres, sino motivadas por una necesidad de encontrar alguna solución ante el desequilibrio económico generado por el swap, como seguiremos explicando a continuación.

IV.4.2. La reestructuración del producto y su aceptación

Son muchos los supuestos en los que el cliente no solo ha asumido liquidaciones negativas, sino que además el cliente ha asumido también las sucesivas reestructuraciones del producto, pues no olvidemos que muchas de ellas se realizaban a iniciativa de la entidad y con el fin de que el cliente no siguiera asumiendo

²⁹⁵ (350/12) JUR 2014145410

liquidaciones negativas o bien tuviera que pagar el coste de cancelación anticipada del que no había sido informado en la fase precontractual. O Incluso se encuentran supuestos en los que la entidad financiera ha ofertado al cliente, y este ha aceptado, un contrato de financiación normalmente un préstamo, para poder hacer frente a las liquidaciones o cancelación del contrato de permuta financiera.

Así, la SAP de Álava Sección 1ª, de 3 de diciembre de 2013 (420/13)²⁹⁶, es interesante porque pone de manifiesto que la aceptación de las reestructuraciones del contrato no era algo “voluntario”, sino que era el “mal menor” ante el pago de las liquidaciones negativas de importante cuantía o la cancelación anticipada. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Bilbao, de 24 de marzo de 2014²⁹⁷ establece que:

“El argumento de que podemos aplicar al caso que nos ocupa por concurrir circunstancias similares, varios contratos que se reestructuran, cuando se firma el nuevo el anterior queda sin efecto, pero todos ellos desde el primero al último se firman bajo el vicio del error en el consentimiento, el representante de las empresas actoras no dispuso de la información necesaria, se ocultó por parte del banco, al firmar el nuevo contrato no asumía los términos del anterior, sino que representaba una especie de huida hacia adelante para recuperar el dinero perdido y siempre bajo la iniciativa del banco que era quien aconsejaba al Sr. Pedro la contratación del nuevo producto...”.

“... Es más, el Sr. García que intervino en la última reestructuración reseña que se trató de aplazar el pago del importe, y diferir los resultados adversos. Por tanto la cadena de permutas financieras procede de reestructuraciones para tratar de paliar los resultados adversos causados desde el inicio por el primer swap suscrito y diseñado para una tendencia bajista o estable, cuando en aquella época la previsión ha sido alcista”.

Sin embargo, como ya hemos dicho más arriba no siempre es apreciado de la misma forma, y existen resoluciones en las que se estima la confirmación del contrato por la aceptación por parte del cliente de las liquidaciones negativas o la cancelación del producto. En este sentido existen dos sentencias del Juzgado de Primera Instancia

²⁹⁶ (420/13) (JUR 2014\156889)

²⁹⁷ (66/14) E.P.

nº 9 de Bilbao, de 2 de marzo de 2015, y de 31 de marzo de 2015²⁹⁸. En ambos casos habían existido liquidaciones negativas y sucesivas reestructuraciones de los swaps:

“... en el presente caso no resulta acreditado el error invocado... Las siguientes liquidaciones fueron muy gravosas para la actora. A la vista de lo actuado entiende este Juzgador que la información ofrecía por el personal de la entidad bancaria, unida a la que se contiene en los contratos suscritos, fue suficiente para que el administrador de la actora comprendiera el funcionamiento o características del producto y que la tesis de la parte demandante en el sentido de que suscribió los contratos sin saber lo que firmaba no resulta plausible. Obsérvese que no consta ninguna reclamación fehaciente a la entidad bancaria hasta el burofax de 26 de abril de 2010, burofax en el que se manifiesta que la actora no se percató de lo que realmente había contratado hasta que en el año 2009 comienza a tener liquidaciones negativas bastante altas, cuando lo cierto es que la actora ya había recibido una liquidación negativa de elevado importe en abril del 2006, y otra de importe superior en febrero de 2008, además de haber abonado en febrero de 2007 la cantidad de 24074 para cancelar el contrato”.

A nuestro entender la Juez de Instancia da por sentado que la suscripción de sucesivos contratos y con liquidaciones negativas, implica conocimiento por parte del cliente y por lo tanto asunción del error y confirmación del contrato, cuando en realidad lo que ocurre es que tras el primero de los contratos el cliente está ya atrapado en el producto de forma que las sucesivas “reestructuraciones” se producen siempre con el fin de evitar los perjuicios que genera ya el primero de los contratos. Como así se reconoce en la SAP de Bizkaia, Sección 5ª, de 6 de octubre de 2013²⁹⁹:

“Si el error se da el primero y en el segundo de los contratos, resulta que los posteriores, de igual modo están afectados a la nulidad en cuanto que se presentaron al cliente, como se ha razonado, antes sus quejas por su comportamiento no previsto (liquidaciones negativas en este caso derivadas de las subidas de tipos de interés) cada uno de ellos con anterioridad al vencimiento del precedente, como un mero ajusta a fin de no perjudicarle en un momento alcista de los intereses. Pese a lo cual se sigue sin advertirle del riesgo

²⁹⁸ Ambos E.P.

²⁹⁹ (276/13). JUR 2014\ 144392.,

de las bajadas de tipos de interés por más que se haga referencia en los contratos a varios escenarios que obviamente con el paso del tiempo cada vez se van perfilando jurídicamente mejor, pero que en el presente caso no van a tener la trascendencia de aclarar la falta de información determinante del error de consentimiento sobre un elemento de riesgo que se ha evidenciado como esencial y que de haber conocido no hubiera dado lugar a la contratación (relación causal) pues se firman las sucesivas reestructuraciones con la información inicial, guiado por la confianza en la relación, persistiendo con ello la confusión”.

Finalmente, no puede entenderse que con el cobro de las liquidaciones o el pago de un coste de cancelación, si es que tal se ha satisfecho, haya convalidado o confirmado los contratos que eran nulos, pues se generaron reclamaciones sobre el actuar de la demandada como se ha dicho sin que el ejercicio de la actual demanda implique en modo alguno retraso desleal pues no ha sido en plazo al no darse caducidad de la acción, ni desde luego a nuestro modo de ver implica contravención con la doctrina de los actos propios.

IV.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.303 CC

Tras la declaración de nulidad de un contrato de swap, los Tribunales no tienen duda alguna sobre la aplicación rigurosa de lo previsto en el art. 1.303 CC, esto es, *“la restitución recíproca de prestaciones, con sus frutos e intereses”*. Los efectos jurídicos de la nulidad de pleno derecho y anulabilidad son los mismos, efectos *“ex tunc”*, debiendo procederse a la retrocesión de todos los cargos y/o abonos practicados como consecuencia del producto en la cuenta bancaria del demandante. A tales efectos, resulta de aplicación lo dispuesto en los artículos 1.303, 1.307 (intereses) y 1.308 del Código Civil. Dado que el contrato o acto nulo no produce efecto alguno (*“quod nullum est, nullum effectum producit”*), los desplazamientos patrimoniales ocasionados en virtud del mismo deben deshacerse, volviendo las cosas a la situación que tenían, como si aquellos nunca hubieran existido.

En ningún momento ni el Tribunal Supremo, ni la jurisprudencia menor, se han planteado la cuestión de limitar la nulidad ni las consecuencias que deben producirse, en relación a la devolución de prestaciones o la mal llamada a nuestro juicio “retroactividad de la nulidad”, pues es vaciar de contenido el principio jurídico “ *quod nullum est, nullum effectum producit*”, lo que sea declarado nulo debe borrar sus efectos en la vida jurídica, bajo el respeto del principio de legalidad y a tenor de lo dispuesto en el art. 1303 CC.

Es cierto que en el tema de los swaps no se ha llegado a plantear una acción colectiva aunque ha habido intentos de acciones acumuladas de dudoso éxito pues debe analizarse siempre el perfil del cliente, aunque el contrato sea el mismo para todos los demandantes. Sin embargo, ha de decirse que también es verdad que las entidades bancarias han tenido que desembolsar importantes cantidades derivadas de la declaración de nulidad de los swaps, pues algunos han supuesto cantidades millonarias. Se entiende que no se trata del mismo caso de la declaración de nulidad en bloque de cláusula limitativa de tipos de interés de determinadas entidades financieras que han sido condenadas a través de la conocida Sentencia, STS, de 9 de mayo de 2013³⁰⁰, y por la que se ha puesto en entredicho la aplicación del artículo 1303 del CC, puesto que en virtud de una declaración de cláusula abusiva y consecuente nulidad de la misma se ha declarado por parte del Tribunal Supremo que dicha nulidad no implica la aplicación rigurosa de los efectos de retroactividad de la nulidad declarada.

IV.6 RELACIÓN ENTRE LA CLÁUSULA SUELO Y LOS SWPAS ASOCIADOS A PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

Se viene diciendo en esta tesis que los contratos de swap son contratos que si bien se vinculaban en su comercialización al endeudamiento del cliente, jurídicamente son contratos independientes. En todo caso, y en virtud de la finalidad de cobertura

³⁰⁰ ROJ : STS 1916/13

que pretende la permuta financiera, supone que el endeudamiento del cliente a interés variable se “cubrirá”, en parte, frente a la subida –limitada- de tipos de interés, (dependiendo de la barrera que coloca el cliente) pero no se hace igual respecto de los descensos, sobre todo si son bruscos, de los tipos de interés.

Cuando el endeudamiento del cliente tiene impuesta cláusulas limitativas del tipo de interés (conocidas como cláusulas suelo/techo) ya tiene una “cobertura” con unos límites establecidos, por lo que entonces el cliente no requiere además la contratación un swap que parece ser que tiene la misma finalidad que las cláusulas limitativas de tipo de interés, por lo que contratar un swap en estos casos puede ser un “*bis in idem*”, y sobre todo penaliza al cliente, porque como resulta sabido, las cláusulas limitativas del tipo de interés recogen límites en caso de descenso de tipos de interés “altos” (habitualmente del 2 al 3 por ciento) siendo esta cláusula protectora para las entidades bancarias que aseguran un rendimiento fijo en caso de descenso de tipos por debajo del límite establecido.

En consecuencia, el cliente en estos casos de descensos del Euribor deberá pagar por un lado la permuta financiera, y por otro no se beneficiará en su endeudamiento a tipo variable del descenso del Euribor, sino que tendrá que pagar el tipo mínimo que ha establecido la cláusula suelo, y no se puede hablar de equilibrio respecto de la cláusula techo, que beneficiaría al cliente en caso de ascensos del Euribor, pues tendría un límite superior por encima del cual sus intereses no ascenderían, pero sin embargo sabemos que las cláusulas techo se fijaron normalmente entre el 12 por ciento y el 15 por ciento, de forma que resultan “inalcanzables”.

Por ello en el caso de la contratación de un swap cuando además se tiene contratado un endeudamiento que lleva aparejada cláusulas limitativas del tipo de interés, puede tener cierto sentido al alza de tipos, pero no a la baja, puesto que en este caso el cliente paga doblemente los intereses de su endeudamiento (una vez los establecidos en la cláusula suelo y otra la que establece el swap como tipo fijo o barrera inferior.

Así lo reconocía expresamente la Resolución del Banco de España de 29 de abril de 2010³⁰¹:

“... mientras que la reclamante viene obligada por el contrato de préstamo a pagar un interés mínimo, el contrato de permuta no contempla dicha circunstancia, y por tanto el tipo variable a recibir por el cliente, no está sometido igualmente a un tipo mínimo, que aseguraría la perfecta simetría entre los intereses pagados por el préstamo y los recibidos por mor de la permuta”.

Es un dato más de la falta de comprensión por parte de los clientes de la finalidad y funcionamiento del swap, pues de haberlo conocido evidentemente no lo hubieran contratado. Es pertinente la cita de una resolución que recoge precisamente esta situación doblemente perjudicial para los clientes. Se trata de la sentencia JPI, nº 2 de Estella (Navarra) de 11 de junio de 2015³⁰²:

“No hemos de olvidar que la suscripción del contrato que ahora no ocupa se hizo depender en costes económicos del préstamo hipotecario y del endeudamiento del actor con el fin de que el cliente saliera favorecido en este último , cuando lo cierto es que sólo explicaron verbal y a medias un producto que en vez de reducir los costes iba a salir perjudicado como lo demuestra que haya tenido que afrontar liquidaciones negativas de elevado montante, que solo es achacable a la entidad demandada ante su falta de información al cliente, no realizándose test de idoneidad , lo que permite presumir la existencia del error, tal como impone la normativa a las entidades de crédito, debiendo entenderse que existió un error esencial e inexcusable en el cliente, dada la complejidad y terminología del clausulado del producto deficientemente informado y máxime vinculado a una situación de endeudamiento hipotecario del actor, al que ni siquiera se le explico el escenarios negativo de bajada de créditos, que para él iba a suponer no solo en las liquidaciones negativas del contrato que nos ocupa, sino también en el prestamos hipotecario con cláusula suelo, dos veces perjudicado, por lo que siendo evidente la existencia del error en la formación del contrato debe estimarse la nulidad petitionada y consecuente pronunciamiento s de condena al importe cobrado por la entidad bancaria demandada de 15.047,49€ correspondientes a las liquidaciones negativas que se han pagado la actora”.

³⁰¹ EXPEDIENTE R- 200913226.

³⁰² (Nº 110/15) E.P.

CAPÍTULO V
POSIBLE ESTRATEGIA PROCESAL ANTE UN RECURSO DE
CASACIÓN EN MATERIA DE SWAPS

V.1. INTRODUCCIÓN

En este capítulo se tratarán las alegaciones procesales que pueden articular un recurso ante el Tribunal Supremo por infracción procesal y por interés casacional. Creemos que a la vista de lo analizado es de interés desde el punto de vista forense de contratación bancaria realizar un enfoque respecto a las estrategias procesales que pueden ser utilizadas en recursos ante el Tribunal Supremo en casos de permuta financiera, aunque podrán extraerse argumentos válidos para el planteamiento judicial de otros contratos bancarios complejos.

Por otra parte, queremos hacer constar que las razones últimas que se suelen alegar, tanto por el cliente como por el banco, para acceder a casación suelen partir de que la nulidad del contrato o contratos conlleva una notable pérdida económica para las partes, de forma que bien sea estimatoria la sentencia para el cliente o lo sea para el banco, genera una restitución de prestaciones de elevada cantidad y eso es determinante de la estrategia procesal a seguir.

Se debe advertir también que en la mayor parte de los recursos que han llegado a casación el cliente financiero es una empresa, no un particular, puesto que en estos casos, y tratándose de particulares-consumidores, el litigio deviene mayoritariamente firme sin llegar a casación. Para estudiar la estrategia procesal más conveniente partiendo de la problemática estudiada, tanto procesal como sustantiva, tendremos en mente la “hipótesis modelo” en el que la actora es una Pyme que ha contratado varios swaps con ocasión de los préstamos hipotecarios que a su vez había concertado con la entidad bancaria. Imaginemos que la sentencia de instancia hubiera sido estimatoria y por el contrario la de apelación hubiera desestimado la pretensión con una escasa fundamentación, por tratarse de un cliente avezado, no tanto por su formación sino por su experiencia en contratación de financiación. El recurso para ser lo más completo posible, a la vista del estudio de la tópica de la litigiosidad que hemos estudiado en los capítulos anteriores, debería articularse tanto por infracción procesal como por interés casacional teniendo en cuenta los aspectos que señalamos a continuación:

V.2. INFRACCIÓN DE NORMAS PROCESALES REGULADORAS DE LA SENTENCIA

Al amparo del art. 469.1.2º LEC, vulneración de la exigencia de que las *sentencias han de ser congruentes con lo pedido (art. 218.1.1º LEC)*, incongruencia omisiva y consecuente vulneración de los artículos 218 LEC, 11.3 LOPJ, 24.1 CE y 120.3 CE, podría plantearse este argumento al no pronunciarse la sentencia de instancia sobre todos los extremos del “*petitum*”. Normalmente se solicita la nulidad del contrato por dos motivos, por la falta de explicación sobre las posibles liquidaciones negativas importantes que pueden derivarse y la cuestión ya explicada de la cancelación anticipada del mismo.

Hay resoluciones que se pronuncian sobre el primer aspecto, esto es, la nulidad del contrato, pero omiten pronunciamiento sobre la cuestión de la cancelación anticipada. El hecho de no pronunciarse sobre la petición subsidiaria habitual de la demanda, de entender que el coste de cancelación es esencial y/ podía al menos entenderse la nulidad parcial del contrato (habida cuenta del desacuerdo, inconcreción, y unilateralidad de dicho coste, pues solo puede ser calculado por la entidad bancaria, y bajo criterios que no son ni transparentes ni conocidos), sobre todo porque siempre para calcular el coste de cancelación intervienen los Departamentos de Tesorería o Auditoría centrales de las entidades bancarias

Se debe valorar también si el cliente había realizado reclamaciones y había puesto de manifiesto su disconformidad ante el producto. En múltiples ocasiones está claro que el cliente ha protestado verbalmente, pero la verdadera prueba la constituyen las posibles reclamaciones escritas.

Los verdaderos conocedores de los pormenores de estos contratos son los responsables del Departamento de Tesorería de las entidades financieras, que conocen y manejan los instrumentos financieros, y son quienes cierran las operaciones en los mercados, a los que no tienen acceso ni los clientes ni tampoco los gestores de las oficinas del banco. De hecho algunos de estos especialistas acudían a la comercialización de los productos para acompañar a los gestores de la sucursal como personas de apoyo, puesto que el personal de las oficinas no contaba con el conocimiento necesario para la explicación del producto. En definitiva, debe tenerse en cuenta en cuanto la complejidad del contrato que si en la entidad bancaria deben

contar con un Departamento especializado en Mercados y Derivados financieros, difícilmente el cliente medio puede conocer dichos cálculos y por lo tanto el producto no podrá ser comprendido por la media del cliente minorista.

Por tanto, se podría hablar de una vulneración del artículo 218 LEC, al no haberse pronunciado la sentencia sobre este particular de forma específica (nulidad de cláusula de cancelación anticipada) que supone también un *petitum habitual* de la demanda o al menos debería serlo con carácter subsidiario de la petición de nulidad de todo el contrato.

i. El artículo 218.1 de la L.E.C. establece que las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.

El Tribunal, sin apartarse de la causa de pedir, acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.

El Tribunal Supremo viene sosteniendo sobre la cuestión de la incongruencia omisiva en sentencias como la de 25 de enero de 2001, doctrina que sigue resultando de aplicación en este punto, entre otras muchas otras sentencias en las de 18 de noviembre de 1996³⁰³, 29 de mayo de 1997³⁰⁴, 28 de octubre de 1997³⁰⁵, 5 de noviembre de 1997³⁰⁶, 11 de febrero de 1998³⁰⁷, 10 de marzo de 1998³⁰⁸, 24 de noviembre de 1998³⁰⁹ y 30 de noviembre de 1998³¹⁰: «*es doctrina jurisprudencial*

³⁰³ La Ley 80/1997.

³⁰⁴ La Ley 6356/1997.

³⁰⁵ La Ley 10416/1997.

³⁰⁶ La Ley 10814/1997.

³⁰⁷ La Ley 3096/1998.

³⁰⁸ La Ley 2876/1998.

reiterada la que proclama que para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido (“ultra petita”), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes (“extra petita”) y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (“citra petita”), siempre y cuando el silencio judicial no puede razonablemente interpretarse como desestimación tácita». Y ha destacado reiteradamente que para apreciar incongruencia debe ponerse en relación el suplico de la demanda principal y reconventional con el fallo de la sentencia; así, sentencias de 19 de octubre de 1999³¹¹, 8 de febrero de 2000³¹², 2 de marzo de 2000³¹³, 23 de marzo del 2000³¹⁴ y 11 de abril de 2000³¹⁵. Así mismo, esta incongruencia omisiva necesariamente implica la infracción de los artículos 11.3 LOPJ, 24.1 CE y 120.3 CE.

ii. Se podría invocar en su caso la aplicabilidad del art. 469.1. 2º LEC: Si se considera que la resolución es imprecisa y ambigua con vulneración de las exigencias legales de claridad y precisión (art. 218.1 LEC). O en su caso, la valoración arbitraria vulneración de las reglas de la lógica y la razón en la fundamentación de la sentencia (art. 218. 2 LEC). En definitiva si lo que se pretende en el recurso es la mención al menos, a la posible valoración de la prueba (cuestión que, aunque ajena al debate de un recurso de casación, puede al menos intentarse su análisis colateral a través de la infracción de la normativa que permite mínimamente y con carácter restrictivo, su valoración por el Tribunal Supremo)

Para la consecución de dicho objetivo, se deberá acreditar que el Tribunal de apelación ha incurrido en ambigüedades que afectan directamente al pronunciamiento

³⁰⁹ La Ley 10695/1998.

³¹⁰ La Ley 11136/1998.

³¹¹ La Ley 756/2000.

³¹² La Ley 4458/2000.

³¹³ La Ley 5598/2000.

³¹⁴ La Ley 8051/2000.

³¹⁵ La Ley 395/2000.

de la sentencia, por cuanto se deberá examinar los fundamentos de la resolución o resoluciones que se recurren, y justificar la posible apreciación errónea en la sentencia al analizar las pruebas y su valoración. Respecto a esta última cuestión, se ha escrito mucho sobre la valoración que debe realizarse de las declaraciones en sede judicial de los empleados del banco que participaron en la comercialización o gestión del swap litigioso, en este tipo de procesos, pues se duda sobre la valoración y credibilidad de sus manifestaciones al ser testigos habitualmente con una relación laboral con el banco, por lo que la mayoría de las resoluciones valoran la testifical – o en su caso el interrogatorio de parte- con cautela, estableciendo una valoración junto a la documental, que acredite las versiones de las partes.

En este sentido, podemos poner de manifiesto lo que señaló la SAP de Bizkaia, Sección 4ª, de 14 noviembre 2014, (639/2014)³¹⁶ revocatoria de la del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Durango, de 21 de marzo de 2014³¹⁷ que estimaba la demanda y en la que, según la Fundamentación jurídica de la sentencia de apelación,ss recogía:

“Quienes testificaron a requerimiento del Banco de Santander son, sin género de dudas empleados del mismo como no podía ser de otro modo, pues es en tal concepto que negociaron y suscribieron los contratos que aquí nos ocupan; pero también el Sr. García fue empleado del Sr. “X”, y éste es el administrador de las sociedades demandantes por lo que todos los que depusieron en el juicio presentan en mayor o menor medida interés en el resultado del procedimiento. Dar validez a las declaraciones de unos frente a las de los otros por pertenecer a la entidad demandada los últimos no es una valoración correcta de la prueba”.

Cuando en realidad en la Sentencia de Instancia de 21 de marzo de 2014 (de la que procedía el recurso) , se señalaba en el FD Cuarto, literalmente que:

“Habida cuenta de las versiones contradictorias de las partes en prueba de confesión y examinando las restantes pruebas practicadas, puede concluirse el vacío probatorio en relación con la información precontractual ofrecida por el Banco al cliente: no se ha aportado prueba documental que acredite haberse facilitado información adicional a la contenida en el propio contrato,; tampoco se

³¹⁶ JUR 2015\65290

³¹⁷ E.P.

ha propuesto testifical de los expertos que se afirma acudieron a las reuniones previas a la suscripción de los contratos”.

Recogiéndose más abajo, en el mismo FD cuarto in fine, que la carga de la prueba ex art. 217.7 LEC le correspondía a la entidad bancaria, como suele ser habitual en este tipo de procedimientos.

También se suele plantear como ya hemos dicho en los Capítulos III y IV de la tesis, la confusión del concepto “empresario experto” con “inversor experto”, pues como ya hemos señalado en la presente memoria doctoral, el hecho de que el cliente tenga experiencia en contratación bancaria, no significa que también se pueda dar por supuesto que cuenta con conocimientos de productos complejos, máxime si estos fueron contratados en los primeros tiempos de su comercialización, en los que no había una “experiencia previa” que alegar, puesto que una cosa es la contratación habitual de un cliente medio y otra la experiencia acreditada en contratos complejos.

Si el cliente no acredita formación específica en mercados financieros y experiencia en la contratación de productos complejos, no se debería calificar al cliente de profesional. Es cierto que, por ejemplo el nivel económico de endeudamiento de determinadas empresas puede ser importante (por ejemplo en una empresa constructora), pero esto no obvia para que pueda señalar que el cliente es un profesional experimentado. Se debería verdaderamente estudiar el nivel de “conocimiento” del cliente. No se trata solo una cuestión meramente económica, que a veces se confunde en las resoluciones, pues cierto es que hay muchas empresas que puede controlar cantidades económicas importantes, de facturación o de endeudamiento pero ello no es óbice para que se analice si se cumplió el deber de asesoramiento, si se trata de un no experto en productos complejos, aunque sea cierto que a mayor nivel de experiencia, menor necesidad de información, pero sin omitir la peculiaridad de este tipo de contratos, puesto que incluso en empresas con volumen importante de facturación y experiencia en contratación, jamás se habían contratado productos de esta naturaleza, pues no eran habituales entre la banca comercial más típica.

En todo caso, también debe contextualizarse el derecho y deber de información en el momento de la contratación, y valorarse si el contrato se firmó pre-MiFID, y cuál

era la situación en dicho momento. En todo caso el inversor pre-MiFID también contaba con protección jurídica, como ya hemos visto.

Es más, en todo caso, no puede pasarse por alto el espíritu de la norma de protección del inversor y la catalogación que se realiza no es para considerar la protección de un tipo de clientes (minoristas) y la desprotección de los demás (profesionales o contraparte elegible). Creemos que debe entenderse que todos los clientes, salvo otros bancos o entidades de inversión, se encuentran en desequilibrio frente a la posición que ocupa una entidad financiera, y por eso la legislación parte de una necesidad de protección genérica para todos los clientes ante servicios financieros, máxime cuando se trata de un producto complejo y alto riesgo.

iii. Así mismo, la sentencia puede incurrir en una valoración probatoria arbitraria que afecta a la misma motivación de la resolución con la consecuente infracción del artículo 218.2 LEC, desde el momento que de la prueba obrante en autos y mucha de ella aportada o requerida por la propia entidad demandada se infiere que el cliente tuviera experiencia inversora, todo lo que ha contratado en su trayectoria personal y profesional.

Aun así, creemos que se debe delimitar, puesto que es posible que un administrador de una sociedad pueda tener un perfil más arriesgado en su contratación bancaria personal, y sin embargo sea absolutamente conservador en la gestión de su empresa. ¿Hay que entender por cliente “profesional” simplemente el que cuenta con un volumen de negocio importante, a pesar de que por ejemplo jamás haya contratado un producto de riesgo?

Consideramos que el espíritu de la normativa protectora del inversor, no es desproteger precisamente al empresario, por el hecho de serlo, sino tener en cuenta en cada caso su verdadera experiencia financiera. Si tomamos como ejemplo el hecho de controlar sumas crediticias importantes, puede ser porque se requieran para el funcionamiento del propio negocio. Esto es, se pueden tener cifras importantes de endeudamiento, que son necesarias para la propia actividad que se desarrolla en dicha empresa. Si además el producto se ha vendido como una suerte de “cobertura” para dicho endeudamiento, está claro que se puede generar una gran confusión en el cliente (habrá de probarse la excusabilidad).

Para la cuestión procesal, sería útil alegar la falta de lógica y de racionalidad en la valoración probatoria del sentenciador si incide negativamente en la motivación de la sentencia, con lo que se provoca la infracción de las normas procesales reguladoras de la misma, en concreto, del artículo 218.2 LEC. Este motivo se encuentra intrínsecamente unido al segundo motivo de infracción procesal por vulneración de las normas legales que rigen los actos y garantía del proceso, y que procedemos a desarrollar a continuación.

V.3. INFRACCIÓN DE NORMAS LEGALES QUE RIGEN LOS ACTOS Y GARANTÍAS DEL PROCESO

Al amparo del art. 469.1, 3º de la LEC, tendría cabida la vulneración en el proceso civil de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, pues podemos considerar la infracción de varios preceptos procesales.

i. Infracción del artículo 217 de la LEC, regulador de la carga de la prueba en el procedimiento civil, por cuanto que en los contratos de swap, si lo que se dirime es la defectuosa información que se ha recibido por parte del cliente bancario, es la entidad financiera, conforme al 217.7 LEC quien debe asumir la carga de la prueba del asesoramiento realizado.

ii. Si se entiende probado que el cliente es una persona con conocimientos económicos y con un perfil adecuado para la contratación del swap sin que exista en el procedimiento ningún elemento fáctico ni se haya llevado a efecto ninguna actividad probatoria que permita al juzgador ad quo llegar a tal conclusión. Y es que del examen de la doctrina de las distintas Audiencias Provinciales y la jurisprudencia por ejemplo que sostiene la Sección 4ª Audiencia Provincial de Bizkaia, en sentencia de 13 de marzo de 2014, RAP 568/2013³¹⁸:

“... La contratación en el mercado financiero es una contratación compleja con un elevado nivel técnico, que para su comprensión por el inversor exige la posesión de conocimientos y experiencia previos. Las entidades financieras se encuentran,

³¹⁸ JUR 2014\183416.

por lo general, en una situación de superioridad frente a sus clientes, dado de que disponen de mayor información para gestionar sus intereses en este mercado y también para asesorar o recomendar a los clientes la contratación de unos u otros productos financieros. Los clientes por otro lado, confían en la entidad financiera con la que mantienen una relación por lo general duradera, lo que conlleva que el cliente medio se fíe de las recomendaciones efectuadas por el personal de la oficina, sin confirmar la cualificación profesional del empleado, y sin consultar otras fuentes externas antes de proceder a la contratación sugerida o recomendada. Profesionalidad y confianza son, por lo tanto, dos elementos característicos de la relación de clientela en el mercado financiero,, lo que conlleva a su vez la exigencia de un estricto deber de información. El cliente debe recibir de la entidad financiera una completa información sobre la naturaleza, objeto, coste y riesgos de la operación, y además de forma que le resulte comprensible, asegurándose de que el cliente entiende sobre todo los riesgos patrimoniales, que puede llegar a asumir en el futuro . Consecuentemente, hay que entender que la obligación de informar d forma clara, veraz y completa forma parte del objeto del contrato, ostentado la condición de acreedora la persona que recibe el servicio y la de deudora de la entidad financiera que lo presta.”

En el mismo FD Tercero *in fine*, sobre la errónea valoración de la prueba, se señala que:

“Menos aun cabe entender producido un error en la valoración de la testifical que debe efectuarse conforme a las reglas de la sana crítica.. en el caso de dicho asunto en el que el actor (que tenía una empresa de construcción y una empresa fotovoltaica) se señaló que: (FD Cuarto) El requisito de la esencialidad deriva en que la intención del Sr. Perez fue contratar una cobertura, que le protegiera de las subidas de tipos de interés, algo que no se dio, el contrato de swap se concertó a iniciativa del banco demandado, haciéndole creer que tenía una finalidad de cobertura, sin que se diera una información precisa del riesgo que asumía y sin advertirle de las consecuencias de la bajada de los tipos de interés, como a la postre ocurrió, ni mucho menos de la cancelación anticipada.

En cualquier caso se trata de un error excusable, en función de su origen y que además puede guardar relación con la causa del contrato. En el caso que aquí se trata el Sr. Garcia no se ha demostrado que tenga conocimientos de formación económica o financiera más allá de una planta fotovoltaica y la realización de trabajos de Construcción. El cliente medio, sin formación jurídica ni financiera (fuera de la que le puede conferir su experiencia en la actividad mercantil o empresarial que desarrolla), puede entenderlo como un seguro que le protege de las subidas de tipos de interés“.

Ya se ha dicho por los tribunales en casos análogos que la experiencia empresarial no supone que se tenga conocimientos superiores a las de un ciudadano

medio, en materia financiera. Una materia tan compleja y en la que se plantea como previsible la falta de entendimiento del contrato, debe ser suplida por la completa y correcta información de la entidad financiera tanto con carácter previo a la comercialización del contrato como durante su fase contractual. Es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección 4ª, de 3 de noviembre de 2014³¹⁹ en la que los mismos magistrados consideran que el contrato de swap es ininteligible (FD Tercero *in fine*):

“... el demandado no ha probado documentalmente que se haya facilitado a la demandante una información completa y pormenorizada de los distintos escenarios en los cuales podría moverse el producto contratado, tanto beneficiosos como adversos; la terminología empleada en la redacción de los contratos hace a éstos prácticamente ininteligibles y si ciertamente lo más prudente ante contratos como el que nos ocupa es no suscribirlos, no debemos olvidar que el Banco desempeña una función de asesoramiento financiero de sus clientes, en que debe informarles pormenorizadamente del contenido del contrato, plantearles las distintas probabilidades, que pueden dares y en función de un análisis de su conveniencia para el cliente, aconsejar o desaconsejar su suscripción. Y esta óptica el banco debe asumir las consecuencias que sus omisiones y desaconsejar han comportado en el caso que nos ocupa.”

En el mismo sentido podemos traer a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Cuarta, de 24 de septiembre de 2014³²⁰ en el que precisamente se partía de una sentencia desestimatoria del Juzgado de Primera Instancia nº 6, por considerar al cliente (dueño de una empresa dedicada a la correduría de seguros) se trataba de un profesional con un perfil suficiente para entender el contrato. La Audiencia estima el recurso del actor, precisamente bajo los argumentos que aquí ponemos de manifiesto. Así en el FD Segundo se afirma:

“En la sentencia apelada se cita la de de esta Sala de 6 de abril de 2.011, antes reseñada, que es de aplicación a este caso en cuanto la entidad demandante no es “consumidor”, por lo que no le es aplicable la normativa propia, pues precisamente se trata de una persona jurídica que actúa en el ámbito empresarial, dedicada a la gestión de seguros.

³¹⁹ (318/14) JUR 2015\64815

³²⁰ (23/ 14) E.P.

Ello no obstante, las mismas obligaciones (de información impuestas a los empresarios, productores o proveedores frente a los usuarios) que en la legislación citada aparecen recogidas en los arts. 78 bis y 79 bis de la L.M.V., que establecen las normas de conducta aplicables a quienes presten servicios de inversión. Como se dirá, estas normas, desarrolladas en el R.D. 217/2.008 sobre el Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios de Inversión, tienen especial relevancia en el tema de la apreciación del error como vicio invalidante, dadas las especialidades de la contratación en el mercado de inversión: compleja y con un elevado nivel técnico, para cuya comprensión por el inversor se exigen ciertos conocimientos previos y en el que la empresa financiera se encuentra, en general, en una posición de superioridad respecto a sus clientes, al disponer de mayor información para la gestión de sus intereses en el mercado y para asesorar o recomendar la contratación de determinados productos financieros. La juzgadora de instancia concluye que la demandante, concretamente su representante Sr. Gómez, “es una persona habituada a la contratación de productos financieros, actuando incluso en el asesoramiento de los mismos a terceros”, concluyendo que no hay datos para presumir que incurriera en error al suscribir los contratos en cuestión. También hace hincapié la juez a quo en el hecho de que D. Eulogio firmara dos contratos (el respetivo contrato marco y el de conformación) con dos meses de distancia, así como que ha dejado transcurrir cuatro años desde que comenzaron las liquidaciones (en un principio positivas) “hasta que comienzan las primeras reclamaciones”.

En relación con la actividad de la empresa actora ya ha expresado esta Sala en sus anteriores resoluciones que “no se comparte la idea de que, por tratarse el cliente de una empresa, el empresario que la dirige haya debido percatarse necesariamente del alcance del contrato que firmaba. Como dice la sentencia del juzgado de lo Mercantil no 2 de Bilbao de 15 de marzo de 2010, cualquier persona normal puede dirigir una empresa, y tener conocimientos en el sector empresarial en que se mueve (en ese caso, en el de la calderería) y encontrarse, a la vez, en la misma situación de desconocimiento que cualquier otro ciudadano normal frente al ámbito bancario. En consecuencia, se considerará que hay error invalidante y excusable cuando el cliente no tenga conocimientos especiales en la materia y el banco no le haya informado de manera suficiente y transparente, que es lo que viene a alegar la parte aquí recurrente.

En este caso se deduce el conocimiento y perfil del administrador de la empresa demandante del hecho de que se dedique a la gestión de seguros. Pero, como dice la recurrente, lo importante en todo caso es la información detallada y fidedigna que el banco estaba obligado a dar a su cliente y, de otro lado, de la prueba testifical practicada en este instanciase sigue que D. Dionisio, por más que se ocupara de seguros (de vehículos, del hogar, etc.) no tenía que tener necesariamente los conocimientos financieros que se le presumen en la sentencia apelada desarrollaba dicho contrato y el objeto de dicha entidad.

Es cierto que la actora puede ser titular de una pequeña empresa de comercialización de ciertos productos (fundamentalmente en el ramo de seguros, según señala en el recurso), incluso de tipo financiero, pero ello no le confiere la condición de cliente profesional ni le priva de la calificación de minorista de acuerdo con lo señalado en el art. 78 bis de la Ley de Mercado de

Valores (en su redacción introducida por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre), ni por consiguiente dispensa a la entidad demandada de las obligaciones de información recogidas en el art. 79 bis (núms. 6 y 7) de la misma ley ni, a esos efectos, de la evaluación de la oportunidad y conveniencia en orden a realizar la operación como exigen los artículos 72 y 73 del Real Decreto 217/2008 , que desarrolla la Ley anterior”.

No se puede inferir un conocimiento cabal de funcionamiento y consecuencias por la formación de la actora desconectada por completo del tipo de información que se le ofrece. Porque si fue un agente con formación específica en este tipo de productos el que ofreció esa información (y el producto, para vincularlo al importe del préstamo hipotecario anteriormente convenido) al cliente es porque se precisaba de grandes conocimientos y no le bastaba con sus conocimientos para percatarse de sus riesgos y consecuencias.

No puede confundirse empresario con cliente profesional a efectos financieros y se puede traer a colación lo que la propia normativa exige desde la MiFID a un cliente minorista que quiera (desea acceder a la contratación de productos vetados para los minoristas, y desea ser cliente de una entidad que sólo opera con profesionales), pero dicho cambio de calificación no puede ser simplemente decidido por él, sino que deberá:

- En primer lugar, solicitarlo expresamente a su entidad. La solicitud debe comprender una renuncia expresa a la protección que como cliente no profesional le pudiera corresponder.

- En segundo lugar, cumplir determinadas condiciones (mínimo dos) relativas a la frecuencia y volumen de operaciones que realiza, al volumen de su cartera y a su experiencia profesional en los mercados.

En todo caso, será la propia empresa oferente de los servicios de inversión la que deberá aceptar esta modificación en el tratamiento del cliente, atendiendo a los conocimientos y experiencia de éste y a su capacidad para valorar los riesgos que comprenden las decisiones sobre inversión.

Para establecer requisitos homogéneos que permitan tomar este tipo de decisiones, la LMV establece que en todo caso, deberán cumplirse al menos dos de los siguientes requisitos:

- a) La realización de operaciones significativas en los mercados de valores durante los últimos cuatro trimestres, realizando al menos diez por trimestre.
- b) Que el valor del efectivo y valores depositados supere los 500.000 euros.
- c) Que el cliente ocupe o haya ocupado durante al menos un año un cargo profesional en el sector financiero que requiera conocimientos sobre los productos o servicios previstos.

La legislación intenta de este modo que se garantice que el cliente tiene experiencia financiera y capacidad patrimonial suficientes para renunciar a este sistema de protección que su calificación como cliente no profesional le ofrece. Por ello, la entidad deberá asegurarse de que la categoría es adecuada para el cliente, debiendo explicarle las consecuencias que implica, entre ellas que recibirán menos información y advertencias.

Y lo que es más obvio es que si el Banco requiere de especialistas para diseñar, comercializar y dominar estos productos, no puede exigírsele al cliente los mismos conocimientos, máxime cuando, como también se ha reiterado, el cliente los productos que conoce y maneja son los propios de un empresario dedicado a una actividad no bancaria, y con aversión al riesgo ajeno al que su propio negocio le pueda plantear.

En definitiva, no se le puede pedir al empresario más diligencia que al propio gestor del banco, que lo comercializa contando con el soporte de un Departamento especializado en Derivados o Tesorería. No se le puede pedir al cliente que conozca y maneje los mercados financieros si no quiere ser víctima de productos inadecuados para su negocio, y que le pueden generar un alto coste.

Lógicamente y en todo momento la representación procesal del cliente debe poner de manifiesto la falta de conocimientos financieros del cliente, su condición de cliente medio y la ausencia de experiencia ya no sólo en derivados sino en cualquier otro producto que implicase riesgo, constituyendo un hecho negativo cuya afirmación

en sentido contrario corresponde a la demandada en virtud de lo dispuesto en el artículo 217.3 LEC.

También hay infracción del artículo 217.7 LEC por cuanto se ordena al tribunal que deba valorar la carga de la prueba de los hechos controvertidos que tenga presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes del litigio.

Si partimos de la base de que el defensor del cliente alega un hecho negativo (perfil inadecuado de la actora para la contratación de este tipo de productos e incumplimiento de la entidad de la normativa en materia de inversión) y la entidad financiera un hecho positivo (conveniencia y/o idoneidad del producto en relación con el perfil del cliente y cumplimiento de la normativa en materia de inversión), creemos que tendrá que ser ésta última la que tenga la carga de probar el hecho positivo ya que es, además, la que tienen la disponibilidad y facilidad probatoria de la que habla el art. 217.7. No en vano lo único que señala la sentencia impugnada es que los contratos son lo suficientemente claros como para que el cliente pueda advertir todas las consecuencias del mismo.

En resumidas cuentas, las citadas infracciones procesales pueden tener como consecuencia el traslado al cliente de los efectos negativos de una nula actividad probatoria que ni por ley, ni por lógica, le corresponde, dado que no se pueden dar por buenas las afirmaciones del banco que no se encuentran respaldadas por ningún medio probatorio de los exigidos por la normativa que impera en este tipo de contrataciones, pues salvo el contrato el cliente no cuenta con otra afirmación que la de los testigos empleados del banco de que le informaron al cliente sin mayor soporte que el que supuestamente ellos afirman unilateralmente, incluso aludiendo al apoyo que .

En la misma sentencia antes señalada de la Audiencia Provincial de Sta. Cruz de Tenerife de 24 de septiembre de 2014³²¹, se establece la valoración muy acertada sobre la fuerza probatoria de los testimonios de los empleados bancarios:

³²¹ E.P.

“... en cuanto al testimonio de los gestores bancarios, la cuestión fundamental es la de su valoración probatoria, pues entendemos que debe ser valorado con toda cautela en lo que resulte favorable al Banco. En primer lugar, porque la relación laboral que les une a la entidad demandada hace surgir una sospecha fundada de parcialidad; en segundo lugar, porque tal testimonio, en su aspecto procesal, sería equiparable al interrogatorio de personas jurídicas contemplado en el artículo 309.1 de la LEC, concretamente, el referido a aquellos supuestos en que el representante legal de la entidad interrogada no haya intervenido en los hechos controvertidos en el proceso, en cuyo caso, deberá citarse para ser sometida a interrogatorio a la persona que intervino en nombre de dicha persona jurídica sometida a interrogatorio; de ahí, que no haya problema alguno para valorar como ciertos los hechos que resulten perjudiciales a la entidad interrogada, que el representante de la misma haya reconocido como tales, si en ellos intervino personalmente (artículo 316 de la LEC); en tercer lugar, porque la presión a que suelen estar sometidos los gestores bancarios para cumplir los objetivos que les marca la empresa deriva frecuentemente en una presión sobre el cliente, que, entre otras consecuencias negativas, se traduce en prácticas que tienden a relativizar, sino obviar, las reglas que deben regir en la contratación, lo que, normalmente, va en detrimento de la protección de los derechos e intereses del cliente. Por otra parte, no consta que los gestores de la demandada mostraran al representante legal de la demandante el habitual soporte de presentación del producto, que normalmente contiene una serie de cuadros explicativos y supuestos virtuales, que de una manera más o menos didáctica ayudan al cliente a hacerse una idea del mismo, siempre que ese soporte no contenga información tendenciosa, pues es práctica habitual que aunque no se oculten los riesgos que conlleva, éstos quedan minimizados al presentarlo como una cobertura o protección contra el riesgo de la subida de tipos de interés (o de la inflación), e incluso, como un seguro, invitando a la tranquilidad, seguridad, y estabilidad”.

Se deja constancia de las siguientes resoluciones judiciales acerca del *onus probandi*:

1. STS, Sala Primera, de 30 de Marzo de 2010, nº 211/2010, rec. 326/2006³²²):

“La jurisprudencia ha destacado -con referencia a la norma contenida en el derogado artículo 1214 CC sobre reparto del "onus probandi" (carga de la prueba) que hoy regula el artículo 217 LEC - que no es aplicable en aquellos casos en los que el tribunal efectúa una valoración probatoria de los hechos fundándose en distintos medios de prueba, sino solamente cuando el tribunal, no obstante llegar explícita o implícitamente a la conclusión de la inexistencia de prueba sobre los hechos, hace

³²² EDJ 2010/45218.

recaer las consecuencias de dicha falta sobre la parte a quien no correspondía efectuar dicha prueba.”

2.- STS, Sala 1ª, de 22 de diciembre 2009, nº 834/2009, Rec. 407/2006³²³, que a su vez cita más jurisprudencia sobre la misma cuestión:

“TERCERO.- La carga de la prueba. La jurisprudencia suele destacar que las normas sobre reparto del onus probandi (carga de la prueba) no pueden considerarse infringidas en aquellos casos en los cuales el tribunal considera acreditados los hechos fundándose en distintos medios de prueba ; sino solamente en aquellos casos en los cuales el tribunal, no obstante llegar, explícita o implícitamente, a la conclusión de la inexistencia de prueba sobre los hechos, hace recaer las consecuencias de dicha falta sobre la parte a quien no correspondía proporcionar dicha prueba (SSTS, entre otras, de 15 de diciembre de 1998 (EDJ 1998/30773), 10 de noviembre de 2005 [EDJ 2005/207152], 24 de noviembre de 2006 [EDJ 2006/325612], 5 de diciembre de 2006 [EDJ 2006/325583] y 31 de enero de 2007 [EDJ 2007/5365])”.

Trasladando la doctrina anterior al tema que nos ocupa podemos decir que ante dos hechos excluyentes, entre los alegados uno negativo (omisión de información) por una de las partes y otro positivo por la otra, el Tribunal debería tener en cuenta que debe prevalecer, por mandato legal, el deber de las entidades financieras de probar la conveniencia del producto, la catalogación de cliente profesional y la experiencia en este tipo de productos, sin hacer recaer en el cliente las consecuencias de este conflicto probatorio sin tener en cuenta esa prevalencia legal, consagrándose tal actitud en una incorrecta valoración de la prueba.

Esta incorrecta valoración de la prueba derivada de una desatinada aplicación de la normativa vigente y aplicable al caso, puede suponer una indefensión y con ello entroncar con otro argumento: la necesaria obtención de la tutela judicial efectiva garantizada por nuestra Carta Magna, por lo que este motivo del recurso extraordinario por infracción procesal también se enlaza con el siguiente.

3.- Vulneración de la tutela judicial efectiva reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española (STS 196/2010, de 13 de abril ³²⁴) al amparo del artículo 469.1

³²³ EDJ 2009/332137.

³²⁴ (1096/ 2006) ROJ STS 158/2010.

4º LEC por incongruencia omisiva, por falta de claridad y precisión, y por error patente en la arbitrariedad en la valoración de la prueba realizada en la sentencia recurrida (Véanse las Sentencias del T.S. Sala 1ª de 18 de junio de 2009.³²⁵, la de 8 de julio de 2009³²⁶ y la de 30 de marzo de 2010³²⁷).

Al amparo del art. 469.1, 4º de la LEC, se puede alegar la vulneración en el proceso civil de uno los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución, en concreto, del derecho a la tutela judicial efectiva del actor (el cliente), pues son dos son las causas por las que, se puede ver vulnerado dicho derecho:

i. Por la incongruencia omisiva:

El Tribunal Constitucional ha manifestado en multitud de sentencias que el derecho a la tutela judicial efectiva consiste en obtener una resolución fundada en Derecho que ponga fin al proceso. Por otra parte no se trata de exigir a los órganos jurisdiccionales una argumentación extensa, exhaustiva o pormenorizada que vaya respondiendo a cada una de las alegaciones de las partes, ni impedir la fundamentación concisa que en su caso realicen quienes ejerzan la potestad jurisdiccional; lo importante es que las pretensiones de las partes se sometan a debate y se discutan de forma argumentada y razonada. Sin embargo se deberá analizar si en el caso que se recurre, se puede estar incurriendo en la sentencia recurrida sentencia en una incongruencia omisiva dejando sin pronunciamiento una de las pretensiones deducidas por el actor como es la de que para el caso de no estimarse la nulidad de la operaciones de permuta financiera, se declarase válidamente resuelto el contrato desde la fecha de las reclamaciones acreditadas antes de la finalización del contrato, en las que se plasman los costes de cancelación anticipada de los contratos.

De nuevo mencionamos el artículo 218.1 de la L.E.C. establece que las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y

³²⁵ (432/2009) ROJ STS 4436/2009.

³²⁶ (495/2009) ROJ STS 5201 /2009.

³²⁷ (211/ 2010) ROJ: STS 1866/2010.

decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. No se puede entender desestimada tácitamente la petición subsidiaria de resolución contractual si esta ha sido conveniente incorporada en el *petitum* de la demanda.

Para esta cuestión se pueden mencionar las siguientes resoluciones judiciales por su interés en la argumentación empleada:

Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2012 (Rec. 1298/2009)³²⁸ :

“A estos efectos, resulta oportuno recordar que, según una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, expuesta en la sentencia 67/2007, de 27 de marzo, y que se reitera, sustancialmente, en las sentencias constitucionales 44/2008, de 10 de marzo, 9/2009, de 12 de enero, y 24/2010, de 27 de abril, para que pueda declararse que un órgano judicial vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, que garantiza el artículo 24.1 de la Constitución, por falta de respuesta a las cuestiones planteadas en los escritos rectores del proceso, es necesario la concurrencia de los siguientes requisitos:

“Según dijimos en nuestra STC 52/2005, de 14 de marzo, "forma parte de la jurisprudencia sentada por este Tribunal sobre el derecho a la tutela judicial efectiva que determinados supuestos de falta de respuesta judicial a las cuestiones planteadas por las partes en el proceso constituyen denegaciones de justicia en sentido propio y aparecen por ello vedadas por el art. 24.1 CE. Tal lesión del derecho a la tutela judicial efectiva con trascendencia constitucional se produce, en esencia, cuando una pretensión relevante y debidamente planteada ante un órgano judicial no encuentra respuesta alguna, siquiera tácita, por parte de éste. No es el nuestro en tales casos un juicio acerca de 'la lógica de los argumentos empleados por el juzgador para fundamentar su fallo', sino sobre el 'desajuste externo entre el fallo judicial y las pretensiones de las partes' (SSTC 118/1989, de 3 de julio, FJ 3; 53/1999, de 12 de abril, FJ 3; 114/2003, de 16 de junio, FJ 3). Como recordaba recientemente la STC 8/2004, de 9 de febrero, se trata de 'un quebrantamiento de forma que ... provoca la indefensión de alguno de los justiciables alcanzando relevancia constitucional cuando, por dejar imprejuzgada la pretensión oportunamente planteada, el órgano judicial no tutela los derechos o intereses legítimos sometidos a su jurisdicción, provocando una denegación de justicia' (FJ 4). a) En la lógica de la cuestión fundamental no resuelta por el órgano judicial, constituye el primer requisito de la incongruencia omisiva que infringe el art. 24.1 CE el de que dicha cuestión fuera 'efectivamente planteada ante el órgano judicial en momento procesal oportuno' (STC 5/2001, de 15 de enero, FJ 4; también, entre otras, SSTC 91/1995, de 19 de junio, FJ 4; 206/1998, de 26 de octubre, FJ 2).

³²⁸ ROJ 110/2012.

Debe reseñarse, en segundo lugar, que no se trata de cualquier cuestión, sino, en rigor, de una pretensión, de una petición que tiene lugar en el proceso en virtud de una determinada fundamentación o causa petendi. Como subrayaban las SSTC 124/2000, de 16 de mayo, y 40/2001, de 12 de febrero, 'el juicio sobre la congruencia de la resolución judicial presupone la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por referencia a sus elementos subjetivos -partes- y objetivos -causa de pedir y petitum. Ciñéndonos a estos últimos, la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre' (FJ 3 en ambas)... [La constrictión de la incongruencia omisiva relevante a la que tiene por objeto la pretensión procesal distingue estos supuestos de los que se suscitan por falta de respuesta a las alegaciones no sustanciales con las que se quiere avalar las pretensiones. Estos últimos supuestos no deben analizarse desde la perspectiva de la inexistencia de respuesta judicial, sino desde la menos rigurosa de la motivación de la misma...

Obvio es decir que el tercero de los requisitos de la incongruencia omisiva lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva es la falta de respuesta del órgano judicial a la pretensión debidamente planteada por una de las partes en el proceso. Tal falta de respuesta no debe hacerse equivaler a la falta de respuesta expresa, pues los requisitos constitucionales mínimos de la tutela judicial pueden satisfacerse con una respuesta tácita, análisis éste que exigirá una cuidadosa y particularizada atención al tenor de la resolución impugnada (por todas, SSTC 91/1995, de 19 de junio, FJ 4; 56/1996, de 15 de abril, FJ 4; 114/2003, de 16 de junio, FJ 3). Para poder apreciar la existencia de una respuesta tácita tal -y, con ello, de una mera omisión sin trascendencia constitucional- 'es necesario que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución pueda deducirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida sino, además, los motivos fundadores de la respuesta tácita' (SSTC 1/2001, de 15 de enero, FJ 4; 141/2002, de 17 de junio, FJ 3). En tal sentido 'no se produce incongruencia omisiva prohibida por el art. 24.1 de la Constitución, cuando la falta de respuesta judicial se refiera a pretensiones cuyo examen venga subordinado a la decisión que se adopta respecto de otras pretensiones que, siendo de enjuiciamiento preferente, determinen que su estimación haga innecesario o improcedente pronunciarse sobre éstas, como ocurre en el ejemplo típico de estimación de un defecto formal que impida o prive de sentido entrar en la resolución de la cuestión de fondo' (STC 4/1994, de 17 de enero, FJ 2)" (FJ 2)".

- ii. Por infracción de las exigencias de precisión y claridad de las sentencias al amparo del art. 469.1. 2º LEC.

Si se aplica la legalidad de manera irrazonada o irrazonable y en consecuencia no estamos obteniendo una resolución fundada en Derecho y por tanto puede resultar lesionado el artículo 24.1 de la Constitución. Esto ocurre cuando las sentencias contienen contradicciones internas o errores lógicos que la convierten en una

resolución manifiestamente irrazonable por contradictoria y por tanto carente de motivación.

Señalando por ejemplo que los contratos son claros, cuando en reiteradas sentencias incluso de la misma Sala y ponente han dicho lo contrario, con la misma entidad financiera o Banco, considerándolo como contrato complejo y que es “prácticamente ininteligible”, se permite afirmar, como mera afirmación de parte, y sin soporte documental que el contrato se explicó al completo de todos sus factores, cuando la prueba documental no lo acredita.

Realmente resulta esencial poder probar, siquiera indiciariamente el desconocimiento del cliente de extremos importantes del producto litigiosos sobre todo en relación a los tremendos costes, y que en realidad tampoco están siempre asociados al endeudamiento del cliente, sino independientes del mismo, o cuando se ha explicado que están asociados al endeudamiento pero a la vez, no se menciona que son contratos que nada tiene que ver con él, de tal suerte que existen supuestos en los que el cliente cancela el endeudamiento pero el contrato de swap sigue vigente, pues tiene vida jurídica y económica independiente de él. En el momento en el que el swap no acompaña al endeudamiento del cliente, o que este endeudamiento desaparece o se aminora por debajo del importe nominal del swap, este deviene en un producto especulativo.

Es decir que el cliente no recibió “todas” las explicaciones del banco, puesto que documentalmente no constan las explicaciones y verbalmente, tal vez no se ha llamado a declarar a los especialistas que estuvieran presentes en la fase precontractual, o al menos en el momento justo de la contratación. Si se les ha llamado debe valorarse la testifical como se indica en a continuación.

No podemos obviar que muchos swaps se contrataron bajo la normativa anterior a la entrada en vigor de la MiFID, esto es, bajo la Ley de Mercado de Valores y el Real Decreto 629/ 1993 de 3 de mayo, y que no es hasta enero de 2008, en que se modifica la normativa para hacerse aún más protectora del inversor, pero la vigente en el momento de la contratación de los swaps ya se señalaba entre otras muchas cuestiones, que “ *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(.../..)* “ la información debe ser clara, correcta, precisa,

suficiente, y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que conlleva, muy especialmente en los productos de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata... etc.

Si existe contratación posterior a la entrada en vigor del RD 217/ 2008 de 15 de febrero y la normativa MiFID, el cliente debe recibir de la entidad financiera la calificación del cliente, como minorista, o como profesional. De forma que el cliente pudiera saber qué consideración y por lo tanto qué nivel de protección tenía como cliente de la entidad. Creemos que este incumplimiento es lo suficientemente grave para que no se pueda entender que el cliente no ha recibido todo el auxilio que se podía esperar de su entidad financiera al contratar estos productos especulativos y de riesgo.

iii. Valoración arbitraria vulneración de las reglas de la lógica y la razón (art. 218. 2 LEC)

1º. Si el cliente no ha contratado nunca productos complejos, y por supuesto nunca ha contratado un derivado financiero y el contrato se le vendió como cobertura, no puede descargarse la responsabilidad únicamente en el cliente, olvidando que la entidad bancaria debe prestar el apoyo necesario y las explicaciones sobre todo de los riesgos del contrato, pues es ella quien los diseña, y se trata de un contrato de adhesión. Sin olvidar que en todo caso subyace el principio de buena fe negocial que debe mantener el oferente del contrato, frente al adherente del mismo.

Es un hecho probado que la entidad difícilmente pudo transmitir una información correcta al cliente sobre los riesgos inherentes a una operación cuyo resultado depende de la evolución del tipo de referencia, cuando los propios empleados del Banco requieren de un departamento especializado que les sirve de apoyo (Departamento de Tesorería o de Derivados).

La entidad bancaria siempre cuenta con expertos en estos productos, y el gestor bancario habitualmente desconoce a fondo el swap, por lo que se suele remitir a una explicación “verbal” del producto que no puede probarse documentalmente, y lo único que realmente se entrega al cliente en general, es el propio documento contractual

que tampoco suele estar firmado en todas sus hojas, sino únicamente al final del documento, y que no está tampoco protocolizado ante notario.

Respecto a la explicación de los riesgos al cliente se señala siempre por la entidad financiera, que el contrato es auto explicativo, por lo que se remite puramente al documento contractual, a todas luces resulta insuficiente incluso para un cliente avezado, pues no se puede entender a través de dicho contrato que el cliente puede llegar a perder miles de euros (o incluso millones)

Máxime cuando lo que el swap puede reportar como ventaja, no se compadece con los riesgos que se asumen. No se está hablando en modo alguno de riesgos, sino solo de ventajas, y no de grandes cantidades, pues cierto es, que casi los contratos presentan barreras al alza de los tipos de interés, de forma que el cliente no se encuentra protegido ante cualquier subida de tipos, sino en unas franjas o barreras muy limitadas (entre el 0,25 % y el 0,50 %) pero sin embargo si los tipos bajan el cliente asume todo el descenso del Euribor, el contrato es desequilibrado en cuanto a las obligaciones que asumen las partes, todas de contenido económico y en el que posible beneficio para el cliente es muy inferior al que puede reportar a la entidad financiera (bien a la intermediaria, bien a la titular del “contrato espejo”).

Evidentemente, si la comercializadora considera que estos datos no son relevante para decidir sobre la conveniencia de contratar un swap de tipos de interés, difícilmente puede suministrar una información veraz sobre los riesgos inherentes a la operación y la conveniencia de contratar el producto en una época de estabilidad financiera porque la mayor parte de los swaps litigiosos se contrataron entre 2004 y 2008. No creemos que señalar que el contrato es sencillo, contrato sea la conclusión lógica, no arbitraria y conforme a la sana crítica, y sustituirla por otra, que a nuestro entender, no encuentra sustento en ningún elemento fáctico y que carecer de racionalidad y lógica. Sin olvidar que es el Juez de Instancia el que goza de la inmediación procesal, y que el Tribunal Supremo no va a ahondar en la credibilidad o no le al juez a quo le puedan merecer las declaraciones de las partes.

Por ello, si el banco no ha probado documentalmente que se haya facilitado a la demandante una información completa y pormenorizada de los distintos escenarios en los cuales podía moverse el producto contratado, tanto beneficiosos como adversos, la terminología empleada en dichos contratos la hace prácticamente ininteligible y si

ciertamente ante estos contratos lo más prudente es no suscribirlos no debemos olvidar que el Banco desempeña una labor de asesoramiento financiero de sus clientes, en que debe informarles pormenorizadamente del contenido del contrato, plantearles las distintas probabilidades que pueden darse y en función de un análisis de su conveniencia para el cliente aconsejar o desaconsejar sus suscripción. Y desde esta óptica el banco debe asumir las consecuencias que las omisiones y dejaciones han comportado en el caso que nos ocupa.

Y es que del examen de la doctrina de las distintas Audiencias Provinciales y la Jurisprudencia (señalado así por ejemplo por la sección 19ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14ª, en sentencia de 8 de febrero del 2013 recurso de apelación 126/2013³²⁹ o en las numerosas sentencias de la Audiencia Provincial de Bizkaia (SAP, Sección Tercera, de 8 de julio de 2014 o de la Sección Quinta, de 3 de noviembre de 2014) el hecho de ser un profesional no implica que tenga los conocimientos necesarios para una correcta comprensión de negocios de la especialidad y dificultad del plasmado. Sin querer dejar de traer a colación la STS de 7 de julio de 2014, (Rec. 892/2012)³³⁰ en el que las demandantes eran tres empresas constructoras, en el que se a su vez se recoge la STS nº 840/ 2013 de 20 de enero³³¹, en el FJ Quinto:

“Según se declaró en STS nº 840/ 2013 la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y los clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado, que tiene su último fundamento en el principio de buena fe comercial, a la que ya se había referido esta Sala en la STS nº 244 / 2013 también del Pleno, de 18 de abril de 2013, recurso 1979/2011, en la que – aunque dictada en un proceso sobre un contrato de gestión discrecional de cartera de inversión concertado antes de la trasposición al ordenamiento jurídico español, antes de la normativa MiFID – se analizó las obligaciones del profesional respecto del inversor, y en concreto, el elevado estándar de información a la empresa que presta servicio de inversión.”

³²⁹ AC 2013\468.

³³⁰ La Ley 79819/14.

³³¹ La Ley 3315/14

Esta falta de datos objetivos se hace extensible a la calificación que puede hacer la sentencia aquí recurrida sobre el perfil profesional del cliente. Pese a que a esta circunstancia en el presente recurso se puede denunciar la infracción del artículo 217 LEC, volvemos a reproducir las alegaciones que también resultan de aplicación en este apartado, en aras a facilitar la claridad expositiva, pero partiendo de la base que ya resulta conocida sobre la normativa MiFID y los tipos de clientes, sobre todo cuando a un cliente se le califica como profesional por cumplir los requisitos que marca la MiFID, pero ello no implica que el cliente no deba recibir información suficiente sobre el producto que contrata, son cifras objetivas pero que no implican mayor conocimiento por parte del cliente en cuanto a experiencia inversora. En este punto deberían ser reproducidos lo que hemos recogido en el punto anterior sobre la categorización de los clientes y la normativa que lo regula.

Esto es, la ley está reconociendo que el cliente profesional es un verdadero experto en inversión, y productos de todo tipo. No puede ser que porque se hayan contratado préstamos o financiación de cierto volumen se pase directamente a ser cliente profesional, sin que se haya acreditado experiencia inversora alguna.

La legislación intenta de este modo que se garantice que el cliente tiene experiencia financiera inversora y capacidad patrimonial suficientes para renunciar a este sistema de protección que su calificación como cliente no profesional le ofrece. Por ello, la entidad deberá asegurarse de que la categoría es adecuada para el cliente, debiendo explicarle las consecuencias que implica, entre ellas que recibirán menos información y advertencias.

No se olvide que muy pocos usuarios financieros habían oído hablar de un swap en el 2004, 2005 ó 2006 y tampoco se puede obviar el contexto en el que surgieron y lo novedoso de su contenido entre el cliente habitual de banca. Tal vez no conviene perder dicha perspectiva, puesto que ahora, y precisamente por la litigiosidad suscitada, son ya mucho más conocidos.

Estos contratos ahora parece que son muy habituales, pero en el momento de la comercialización no formaban parte del tráfico mercantil habitual, pues tales

conocimientos suponemos que no se deben limitar al saber común que tiene un ciudadano medio sino a un conocimiento superior que sólo se obtiene mediante una preparación específica en la materia, y que el actor habitualmente no posee.

Habrà de probarse por parte de la defensa del cliente no reúne ninguna de estas características, no ha realizado nunca operaciones de valores, no tiene valores depositados por dichos importes, que jamás ha trabajado en el sector financiero, ni ha contratado productos de inversión o fondos complejo.

Y lo que es más obvio, es que si la entidad financiera requiere de especialistas para diseñar y comercializar y dominar estos productos, no puede exigírsele al cliente los mismos conocimientos o mas incluso cuando, el cliente ni siquiera ha contratado una “acción” o un fondo de inversión en su vida, y los productos que conoce y maneja son los propios de un empresario dedicado a una actividad ajeno a la inversión y contrario al riesgo, ajeno al que su propio negocio le pueda plantear.

En definitiva, se le pide al empresario más diligencia que al propio director del banco, que lo comercializa contando con el soporte de un Departamento especializado en Derivados. Se le pide al cliente que conozca y maneje los mercados financieros sino quiere ser víctima de productos inadecuados para su negocio, y que le pueden generar un alto coste.

Así mismo, difícilmente pudo el cliente, “*conocer los riesgos asumidos en un producto de claro tinte especulativo*” porque como ya hemos referido, Banco en todo momento ha negado el carácter especulativo del swap, y la conclusión lógica es que los riesgos inherentes a un producto de claro tinte especulativo tampoco le fueran transmitidos al cliente.

Podemos así mencionar la Sentencia dictada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia, de 13 de marzo de 2014³³², que en su Fundamento de Derecho Segundo dispone textualmente en el FJ *Segundo*:

“... el problema de estos instrumentos financieros es que se opera a futuro, es decir se juega con la incertidumbre o riesgo de que se produzca una alteración brusca del subyacente, que viene a garantizar las operaciones cuando, y que producida la alteración, el cliente se encuentre con que un contrato que inicialmente vendría a

³³² (568/ 2013) JUR 2014 \183416.

cubrirle las oscilaciones de tipos de interés que le perjudicarían en los futuro se convierta en un coste”.

Y en el FJ Tercero de la misma sentencia aborda la cuestión de la equivocada Valoración de la prueba. Se señala que:

“... este Tribunal, considera que la valoración de la prueba practicada que se ha llevado en la instancia es absolutamente correcta, con la prueba practicada, en virtud del uso que ha hecho la Magistrada de su facultad de libre apreciación o apreciación en conciencia de las pruebas practicadas en el juicio. Se exige que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia (STC de fechas de 17 de diciembre de 1985, 23 de junio de 1986, 13 de mayo de 1987, 2 de julio de 1990, 4 de diciembre de 1992, y 3 de octubre de 1994, entre otras.) y únicamente debe ser rectificado, bien cuando en verdad sea ficticio, o bien cuando un detenido y ponderado examen de las actuaciones ponga de relieve un manifiesto y claro error del juzgador, “ a quo” de tal magnitud y diafanidad que haga necesaria, con criterios objetivos y sin el riesgo de incurrir en discutibles y subjetivas interpretaciones del componente probatorio existente en autos, una modificación de la realidad fáctica establecida en la resolución apelada”.

Esta sentencia, se adecua a la verdadera naturaleza del Recurso de Apelación. Y hay que valorar si se invierte la carga de la prueba, aludiendo por ejemplo a que debe darse más validez a las respuestas de los empleados, cuando el Juez a quo ha considerado que todas las versiones eran contradictorias (que es lo habitual). Siendo el banco el que redacta, diseña y ofrece el contrato, no puede darse únicamente valor a sus testimonios, que por otra también defienden los empleados de la propia entidad con la que mantienen normalmente una relación de dependencia.

La sentencia debe enmarcar la fundamentación jurídica y explicar qué elementos normativos le llevan a considerar o no, que el cliente debía conocer en el momento de la contratación el producto. Porque no puede olvidarse que estos contratos no formaban parte del grupo de productos habituales en la contratación bancaria. Que la gran litigiosidad que han tenido los swaps, ha sido debida a la escasa información y los criterios puramente comerciales que llevaron a las entidades a no ser rigurosos en la venta del producto, provocando serios perjuicios a muchas empresas, como se ha puesto de manifiesto a través de las numerosas sentencias existentes. No son los clientes los que deben entender el producto, es el banco el que debe explicárselo,

Por último debe señalarse que todas las infracciones procesales que se mencionen en el recurso de casación deberán haber tenido lugar en el momento de dictarse sentencia por la Audiencia Provincial, por lo que no han podido ser denunciadas en momento procesal alguno anterior a la presentación del propio escrito del recurso de casación, no siendo por tanto de aplicación la limitación del punto 2 del artículo 469 de la LEC.

V.4. POSIBILIDADES DE UN RECURSO DE CASACIÓN: EL INTERÉS CASACIONAL

En virtud de lo dispuesto en el artículo 477.2.3º de la LEC, serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales cuando la resolución del recurso presente interés casacional. Lo anterior ha de completarse a la luz de lo establecido tanto en el artículo 477.3 de la LEC, como en el Acuerdo, de fecha 30 de diciembre de 2011, adoptado por la Sala Primera del Tribunal Supremo en uso de la potestad que compete a las Salas de Justicia en Pleno el artículo 264.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

El precitado Acuerdo se produce con ocasión de la Reforma operada por Ley 37/2011, de 10 de Octubre, de Medidas de Agilización Procesal. El artículo 477.3 de la LEC establece que:

“Se considera que un recurso presenta interés casacional cuando la Sentencia recurrida se oponga a la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales...”

A este respecto, debe señalarse que la propia Exposición de Motivos de la LEC entiende que el interés casacional es *“el interés trascendente a las partes procesales que puede presentar la resolución de un recurso de casación”*, aclarando que con la reproducida regulación *“se establece con razonable objetividad la necesidad del recurso”* con la que se *“aporta más seguridad jurídica a los justiciables y a sus Abogados”*.

Si se prevé que el caso presenta un claro interés casacional se deben enumerar los motivos siguientes:

Interés casacional por el desconocimiento y oposición de la Sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, siendo el problema jurídico planteado la posible infracción por la Sentencia impugnada del artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores (norma imperativa) y los artículos 60 a 70 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios de Inversión y de las demás Entidades que Prestan Servicios de Inversión, Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de Actuación en los Mercados de Valores; artículo 2 de la Orden de 7 de octubre de 1999, de Desarrollo del Código General de Conducta y Normas de Actuación en la Gestión de Carteras de Inversión; artículo 19 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, sobre Medidas de Reforma Económica; artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención en las Entidades de Crédito; artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, en relación con el artículo 6.3 del Código Civil, en cuanto a que esta parte considera que, el deber de información de la entidad de crédito al cliente que exigen los artículos y normas reseñados, no es un deber genérico ni meramente precontractual sino que se trata de un deber de información que exige unos requisitos muy precisos que se extiende a todo el tiempo que dure la relación contractual a la que se refiere dicho deber de información, y, tratándose de normas imperativas, su contravención debe dar lugar a la nulidad de los actos y contratos afectados. Lo ya tratado en el epígrafe dedicado a la nulidad absoluta podría tener encaje en este punto del recurso.

En consecuencia, se puede solicitar que el Tribunal Supremo declare la jurisprudencia – en los términos expuestos - habiendo sido desconocida o infringida por la sentencia que se recurre, y la jurisprudencia en cuya virtud se establece que los actos contrarios a una norma imperativa (normativa que podría resultar aplicable: artículo 79 bis de la LMV; artículos 60 a 67 del Real Decreto 217/2008; Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de Actuación en los Mercados de Valores; artículo 2 de la Orden de 7 de octubre de 1999, de Desarrollo del Código General de

Conducta y Normas de Actuación en la Gestión de Carteras de Inversión; artículo 19 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, sobre Medidas de Reforma Económica; artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención en las Entidades de Crédito; artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios), de no establecer esta un resultado distinto son nulos de pleno derecho (artículo 6.3 del Código Civil). Tal y como reconocen las siguientes Sentencias: de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre 2012³³³; Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 01 de marzo 2012³³⁴; Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 07 de octubre 2011³³⁵ y Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 14 de julio 2010³³⁶.

Se debe recoger si la sentencia objeto del recurso razona y analiza la legislación aplicable, al momento de la contratación, el hecho de que sea un empresario o profesional no implica que el banco no tenga obligación informativa alguna, dada la complejidad del asunto controvertido, si la sentencia recurrida no aprecia infracción del artículo 79.1 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, ni de los artículos 60 a 67 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, ni del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de Actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios (bajo cuya vigencia se suscribieron los contratos controvertidos), ni, tampoco del artículo 2 de la Orden de 7 de octubre de 1999, o del artículo 19 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, sobre medidas de reforma económica y de las normas y preceptos a que se refiere dicho artículo. De lo anterior se infiere, necesariamente, una infracción del artículo 6.3 del Código Civil, habida cuenta la nulidad de pleno derecho, ipso iure (nulidad de pleno derecho que es conveniente que esté solicitada en el *petitum* de la demanda, junto con otras peticiones subsidiarias, y que supone el planteamiento de una cuestión de Orden Público que, incluso, puede apreciarse de oficio por el Juzgador) que acarrea la conculcación de una norma imperativa que no tenga previsto un efecto distinto para el caso de contravención.

³³³ ROJ 7821/2012.

³³⁴ ROJ 1306/2012.

³³⁵ ROJ 6601/2011.

³³⁶ ROJ 4380/2010.

Se trata de normas imperativas, claras y cerradas en cuanto al supuesto de hecho que regulan que, como es sabido, sienta una auténtica responsabilidad civil de la entidad de crédito prestadora de servicios financieros y de inversión que viene obligada a ajustar su conducta a la *lex artis*, muy concretamente a los diversos apartados previstos en el artículo 79 bis de la LMV, que le corresponde como profesional, en este caso, de la prestación de servicios de inversión, antes incluso de la normativa MiFID y la modificación que esta supuso, recordando que la clasificación de cliente profesional es posterior a la contratación de los swaps litigiosos y que ni siquiera tras la entrada en vigor de la misma, se clasificó al cliente por parte de la Entidad . Concretamente el contenido del artículo 79 bis aparece expresamente citado en la demanda y en el recurso de apelación.

Se pueden invocar las Sentencias del Tribunal Supremo que establecen el marco jurídico de la cuestión a favor del cliente y examinar si la Sentencia que se recurre en Casación infringe la Jurisprudencia citada en los siguientes extremos:

- STS, Sala de lo Civil de 7 de julio de 2014³³⁷ , cuyo FD 5ª afirma:

“Según se declaró en la STS 840/2013 la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros, y los clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, es lo que ha determinado una normativa específica protectora del inversor no experimentado, que tiene su último fundamento en la buena fe negocial, a la que ya se había referido esta Sala en la STS nº 244/13 también del Pleno, de 18 de abril de 2013, Recurso nº 1979/2011 en la que – aunque dictada en un proceso sobre contrato de gestión discrecional, de cartera de inversión concertado el día antes de la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva MiFID –se analizó el alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor, y en concreto, el elevado estándar de información exigible a la empresa que presta servicios de inversión. Ahora esta Sala Debe reiterar en la presente sentencia los criterios de interpretación y aplicación de esta normativa y la incidencia en su incumplimiento en la apreciación del error vicio. Conforme a esta línea jurisprudencial, el cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa, como una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el artículo 7CC, y para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que sea imparcial, clara y no engañosa, sino que deberá incluir de manera comprensible

³³⁷ ROJ 2659/2012.

información adecuada sobre los instrumentos financieros, y las estrategias de inversión y también las orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias”.

-STS, Sala de lo Civil, de 15 de noviembre de 2012³³⁸, cuyo FDº5º IV afirma:

“A la misma conclusión se llega con la aplicación de las reglas de interpretación objetiva contenidas en los artículos 1286 y 1287 del Código Civil, ya que no se explica en qué resulta disconforme con la naturaleza y efectos del contrato entender que, producida su extinción, los prestatarios no deban un poco expresivo cargo por cancelación que no aparece claramente pactado; ni se justifica la existencia de unos usos que, en tal concreta circunstancia y de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los respectivos contratantes, hagan recaer en el cliente el discutido cargo.

V. Por último, el canon " contra proferentem " - inspirado en la buena fe, en la responsabilidad del declarante y en la protección de la confianza del destinatario de la declaración, y dirigido, como indicó la sentencia 158/2011, de 23 de marzo , tras la 711/2008, de 22 de julio , a evitar abusos derivados de la confusa redacción de las cláusulas del contrato - fue bien aplicado por el Tribunal de apelación, como resulta de lo expuesto, esto es, por hallarnos ante una cláusula oscura, cuya redacción fue sólo imputable a la recurrente”.

-STS, Sala de lo Civil de 1 de Marzo de 2012³³⁹, cuyo FDº2º afirma que:

“A tenor de lo que dispone el art. 6.3 CC los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.

-STS, Sala de lo Civil de 7 de Octubre de 2011³⁴⁰, cuyo FDº2º afirma que:

“Esta Sala, en jurisprudencia actual contempla los supuestos de infracción directa de una norma administrativa y ha reiterado que siendo norma imperativa o prohibitiva, acarrea la sanción de nulidad de pleno derecho contemplada en el artículo 6.3 del Código Civil”.

³³⁸ ROJ 7821/2012.

³³⁹ ROJ STS 1306/2012.

³⁴⁰ ROJ STS 6601/2011.

Como es sabido, la nulidad de pleno derecho *ipso iure* es cuestión de orden público que permite, incluso, su apreciación de oficio por el propio Juzgador.

-STS, Sala de lo Civil de 14 de Julio de 2010³⁴¹:

“FDº3º: Esta Sala ha establecido una doctrina que pretende acomodar las realidades jurídicas civil y administrativa, para impedir que se pueda seguir manteniendo la irrelevancia civil de la infracción de normas administrativas aplicando las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez”

Básicamente, las citadas Sentencias del Tribunal Supremo declaran que:

1º.- La nulidad absoluta *ipso iure*, ex artículo 6.3 del Código Civil de todo acto contrario directamente a la norma imperativa o prohibitiva, aunque esté igualmente sancionada por norma administrativa. Por ello, se declara que el acto o contrato debe declararse nulo por ir en contra de una norma imperativa (el artículo 79 bis de la LMV y los artículos 60 a 67 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero).

2º.- Debería analizarse a continuación de la *ratio decidendi* de la Sentencia. Por ejemplo que el representante legal de la actora es empresario o no, y dedicado a una labor totalmente ajeno a la actividad financiera, que se rige en tal ámbito por los consejos y el asesoramiento de los empleados de la demandada, y que el producto litigioso fue ofertado por el gestor Banco, con el que se ha acreditado que existe una relación de vinculación bancaria de largo tiempo y contaba con la confianza en la gestión de la entidad y con la que hasta la fecha solo había contratado productos de préstamos hipotecarios, crédito, leasing y renting, etc, pero jamás productos de inversión ni riesgo, ni con la entidad demandada ni con ningún otro (se debería presentar en la propia demanda los certificados sobre la relación comercial que le pueda vincular con otras entidades, y en las que aparezca el listado de productos bancarios y/ o financieros que el cliente haya contratado en su trayectoria financiera).

³⁴¹ ROJ STS 4380/2011.

El producto se ofreció a modo de “cobertura”, nunca se le dijo que fuera un derivado financiero, no fue comercializado por los expertos en dichos productos.

En este punto se debería poner de manifiesto los hechos relevantes y probados en el procedimiento. A título de ejemplo serían de interés tener en cuenta los siguientes:

- a) quién comercializó el producto (si se trataba de un especialista o no). Si cuando se comercializaron los productos estaba en vigor o no la normativa MiFID y en su caso cuál es el soporte normativo del fallo, y cuáles pueden ser sus lagunas.
- b) Si el contrato o contratos de swap fueron firmados pre-MiFID, no existía obligación de realización de test ni de catalogación del cliente, pero SI existía en deber informativo. La resolución debe hacer mención a la normativa que resulta aplicable al supuesto enjuiciado según la fecha de la contratación de los productos litigiosos.
- c) Si el cliente contaba con asesores financieros externos o no (es lo habitual)
- d) En todo caso poner de manifiesto, al hilo de la fecha en la que se haya contratado el swap, la novedad del producto, pues incluso en personas avezadas, no se trataba de un producto habitual de la banca, entre los años 2004-2008 que es la fecha en la que se comercializaron los swaps litigiosos (no se conocen swaps litigiosos comercializados en Pymes o particulares antes de 2003).

Pues bien, sin alterar el plano factual, y en un plano puramente sustantivo, en este punto concreto se podría valorar si la resolución que se recurre en casación se opone a la Jurisprudencia citada en la medida que el artículo 6.3 del Código Civil se ha infringido por dicha Resolución como consecuencia de incorrecta interpretación que la misma realiza de determinadas normas imperativas como son: el artículo 79 e) de la LMV, conculcándose por la Sentencia aquí recurrida tanto dicho artículo 79 bis de la LMV como los artículos 60 a 67 del Real Decreto 217/2008 y demás normas anteriormente reseñadas, pues debería justificarse por qué motivo el cliente ya tendría conocimiento de los riesgos o efectos negativos de una permuta financiera de tipos de interés en el año de la contratación, ni por qué considera que la entidad bancaria demandada no incumplió con su obligación de información precontractual hacia su

cliente, teniendo en cuenta además, como hecho totalmente incontrovertido, la prueba que en la instancia no consta que se le entregara al cliente folleto informativo alguno ni ninguna presentación comercial escrita y explicativa previamente a la contratación del producto (contraviniéndose así toda la normativa existente sobre la materia).

3º.- No estableciendo el artículo 79 bis de la LMV y los artículos 60 a 67 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, la Orden de 7 de mayo de 1999, o el artículo 19 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, infringidos por la Sentencia recurrida, un efecto diferente para el supuesto de contravención de cualquiera de sus apartados, todos ellos, referentes a aspectos sustanciales de la relación jurídico-privada entre la entidad y el cliente, necesariamente, debe acordarse la nulidad de pleno derecho de los contratos de permuta financiera.

4º.- Debe señalarse de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo sobre criterios de admisión que no es necesario que las Sentencias invocadas se refieran a supuestos fácticos idénticos. No obstante, puede exponerse que en la resolución existe una evidente identidad de razón en la medida en que la regla del artículo 6.3 del Código Civil es aplicable para toda norma imperativa, concurriendo, por ende, el carácter de norma imperativa en los artículos y normas antedichos y valorándose su infracción por la Sentencia y, con ello, la del artículo 6.3 del Código Civil, dado que la infracción de cualquiera de los anteriores preceptos debe llevar consigo el efecto establecido en el 6.3 del Código Civil y, en su caso, a la declaración de incumplimiento contractual ex artículo 1258 del Código Civil.

Respecto al interés casacional por la existencia de Jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales sobre puntos y cuestiones resueltos por la Sentencia recurrida en relación al problema de hasta dónde llega el deber de información. Es fundamental la jurisprudencia relativa al artículo 79 bis de la LMV y los artículos 60 a 70 Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero sobre Normas de Actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, así como el Real Decreto 629/1993, de

3 de mayo, sobre Normas de Actuación en los Mercados de Valores; el artículo 2 de la Orden de 7 de octubre de 1999, de Desarrollo del Código General de Conducta y Normas de Actuación en la Gestión de Carteras de Inversión; el artículo 19 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, sobre Medidas de Reforma Económica; el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención en las Entidades de Crédito y el artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, exigen unas informaciones detalladas y precisas mientras dure la relación jurídica en cuestión, obligación que se incumple por parte de la entidad con una información en la fase precontractual, a nuestro juicio, insuficiente. Concretamente, en lo relativo a los criterios, estrictamente jurídicos, existe una clara contraposición entre las siguientes Secciones de una misma Audiencia Provincial: de una parte, cuatro Sentencias de la Audiencia Provincial de Bizkaia, Secciones 5ª Sentencia de 3 de noviembre de 2014³⁴², Sección 4ª Sentencia de 3 de noviembre de 2014³⁴³, Sección 4ª, Sentencia de 13 de marzo de 2014³⁴⁴, Sección 3ª de 17 de octubre de 2013³⁴⁵. De otra parte, dos Sentencias de interés, una de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª: Sentencia de 27 de diciembre de 2013³⁴⁶, y la Sentencia AP de Bizkaia, Sección 4ª, de 14 de noviembre de 2014³⁴⁷.

La justificación del interés casacional en la resolución del recurso planteado puede hacerse también desde la perspectiva de que es un hecho notorio el incremento de la litigiosidad en materia de instrumentos financieros, y muy particularmente, los contratos de permuta financiera. En este sentido, se puede plantear la consecuencia de concretas contradicciones en lo relativo a la interpretación y aplicación del derecho material en lo que atañe a los requisitos para entender cumplidas o incumplidas las obligaciones legales (imperativas) dimanantes del artículo 79 bis de la Ley del Mercado

³⁴² (244/14) JUR 2014\65538.

³⁴³ (52/14) JUR 2014\183416.

³⁴⁴ (568/13) JUR 2014\146682.

³⁴⁵ (287/13) JUR 2014\18118.

³⁴⁶ (452/13) JUR 2015\65290.

de Valores. Así las cosas, se podrá argumentar que habrá que estar a la interpretación y aplicación de las obligaciones legales establecidas, de forma cumulativa, en el artículo 79 bis de la LMV.

Pues bien, como consecuencia de la contradicción entre Audiencias Provinciales, debe plasmarse esa contradicción, sin perjuicio del ulterior desarrollo en el motivo del recurso:

i. De una parte, las Sentencias antedichas declaran la nulidad de los contratos de permuta financiera suscritos con diversas entidades bancarias por incumplimiento, básicamente, del deber de información previsto en el artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores, exigiendo una exhaustividad y pormenorización en la información sobre las características de las permutas financieras y, muy particularmente, la obligación de la entidad de crédito de concretar los riesgos de la operación al cliente sin que resulten suficientes advertencias genéricas, incluso considerando que las actora son empresas, y algunas de tipo medio.

ii. De otra parte, dos Sentencias, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, de 27 de Diciembre de 2013 (Recurso de Apelación 452/12) y la Sentencia Recurrida por medio del presente escrito en las que respecto a los contratos de permuta financiera no se exige el cumplimiento de un deber de información exhaustivo a cargo de la entidad, resultando suficientes informaciones genéricas de carácter precontractual, interpretándose, y entendiéndose que el contrato es suficiente soporte informativo, por tanto, de forma contrapuesta el artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores a como lo interpretan y aplican las Sentencias de la Audiencia de Bizkaia mencionadas en el párrafo anterior. Constituyendo dicho aspecto jurídico *ratio decidendi*.

iii. Las Sentencias aportadas en sus respectivos Fundamentos de Derecho se refieren a la importancia de que la entidad se cerciore de que el cliente ha sido debidamente informado de que puede tener liquidaciones en cuantías relevante ante una evolución bajista de los tipos de interés y lo mismo respecto al coste de cancelación y sus criterios de cálculo. El incumplimiento de los requisitos de información por parte de la entidad de crédito frente al cliente (ya sea persona física o

jurídica) constituye *ratio decidendi* y está íntimamente conectado con la decisión de declarar nulos los contratos de permuta financiera en las dos Sentencias mencionadas.

iv. Sin embargo, tanto la Sentencia recurrida como la Sentencia de la misma Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 27 de diciembre de 2013³⁴⁸, desestiman la pretensión de nulidad de permuta financiera de tipos de interés considerando suficiente una información genérica e imputando, en gran parte, las consecuencias perjudiciales a que el cliente es una persona preparada para asumir los riesgos de la operación.

Respecto al interés casacional por la existencia notoria de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales sobre todos los problemas jurídicos planteados en relación con los contratos de permuta financiera y el perfil del inversor, resulta de interés referirnos a la excepción prevista en el Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 30 de diciembre de 2011, referente a la admisibilidad del recurso de casación cuando conste de manera notoria la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales sobre el problema jurídico planteado:

“Es admisible el recurso de casación cuando, a criterio de la Sala Primera del TS, conste de manera notoria la existencia de jurisprudencia contradictoria de las AAPP sobre el problema jurídico planteado. Para ello es necesario que el problema jurídico haya sido debidamente puntualizado por la parte recurrente y se haya justificado la existencia de un criterio dispar entre AAPP mediante la cita de sentencias contrapuestas”.

Esa “excepción de notoriedad” contemplada en dicho Acuerdo, si bien corresponde apreciarla a la Sala Primera del Tribunal Supremo, permite apreciar las razones que justifican su importancia:

³⁴⁸ JUR 2014\18118.

De una parte, el hecho de ser una controversia suscitada con ocasión de numerosos procedimientos judiciales que versan acerca de pretensiones de nulidad de pleno derecho, anulabilidad por error en el consentimiento y en algunos casos incumplimiento contractual con efectos o sin efectos resolutorios, o nulidad de cláusula de cancelación anticipada. En definitiva, de los diferentes supuestos de ineficacia que se invocan, según las circunstancias de cada asunto, en función de los aspectos factuales y normativos relevantes sobre los que discrepan las partes y que traen causa de lo acaecido en la fase precontractual, contractual y/o postcontractual. Constatándose, a nivel de jurisprudencia menor, unas graves y notorias discrepancias entre la interpretación de los deberes de informativos a cargo de las entidades financieras en la comercialización de estos contratos, incluso entre las mismas Secciones de las Audiencias Provinciales.

De otra parte, la existencia de dos líneas de resoluciones de Audiencias Provinciales contradictorias que resuelven el mismo problema jurídico con circunstancias fácticas idénticas o con diferencias irrelevantes, tal y como exige el citado Acuerdo de la Sala de lo Civil³⁴⁹. En concreto, existen dos líneas jurisprudenciales que partiendo de supuestos fácticos prácticamente idénticos al de los presentes autos, resuelven de forma opuesta respecto de la suficiencia de la información contenida en los contratos sobre el producto y su funcionamiento, y las advertencias relativas a los riesgos.

En unos casos, las Audiencias Provinciales consideran que el artículo 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en su redacción anterior a la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, en cuya virtud se transpone la Directiva MIFID 2004/39/CE a nuestro ordenamiento jurídico), establece una serie de obligaciones legales precisas que la entidad ha de cumplir con el cliente (sea persona física o jurídica) y que, en absoluto, se consideran cumplidas con una información genérica sino que exige una información precisa y detallada al cliente. Esta línea jurisprudencial coincide con la interpretación de los deberes legales de la entidad que sostiene esta

³⁴⁹ Apartado III, página 16.

parte en el presente proceso. Son ejemplo de ello, las Sentencias que se relacionan a continuación:

- AP de La Rioja, Sección 1, de 10 de Diciembre de 2014 ³⁵⁰.
- AP de Sta. Cruz de Tenerife, Sección 4, de 24 de Septiembre de 2014. ³⁵¹
- AP de Madrid, Sección 25, de 20 de Octubre de 2011 ³⁵².
- AP de Álava, Sección 1, de 3 de diciembre de 2013 ³⁵³.

Para otras Audiencias Provinciales la información genérica o no detallada en cuanto a las características y riesgos que la concreta operación de permuta financiera lleva consigo es suficiente para entender cumplido lo dispuesto en el artículo 79 BIS de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en su redacción anterior a la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, en cuya virtud se transpone la Directiva MIFID 2004/39/CE a nuestro ordenamiento jurídico). En este sentido, se pronuncian las siguientes Sentencias:

- AP de Zaragoza, Sección 5, de 27 de Diciembre de 2013 ³⁵⁴
- AP de Bizkaia, Sección 5ª, de 28 de noviembre de 2014 ³⁵⁵.

Estas resoluciones son una muestra de las dos líneas interpretativas que mantienen las Audiencias Provinciales, de modo contradictorio al resolver el mismo problema jurídico con circunstancias fácticas idénticas o con diferencias irrelevantes, tal y como exige el Acuerdo de la Sala de lo Civil en su punto citado *supra*.

³⁵⁰ JUR 2015\51038.

³⁵¹ JUR 2015\221702.

³⁵² AC 2011\2256.

³⁵³ JUR 2014\156889

³⁵⁴ JUR 2014\18118.

³⁵⁵ JUR 2015\64825.

CONCLUSIONES

Como final de nuestra memoria doctoral y partiendo de la hipótesis planteada sobre la importante litigiosidad de los contratos de permuta financiera (swaps) que comenzó a salir a la luz tras lo que se considera el inicio de la crisis económica-financiera vamos a plantar nuestras conclusiones siendo conscientes de que la tesis tenía como punto de partida la defectuosa información que recibían los clientes – usuarios de servicios financieros, en la comercialización de estos productos, y todo ello planteado desde la tónica o presentación del problema y su tratamiento jurisprudencial.

PRIMERA. ACERCA DE LA COMERCIALIZACION DE LOS SWAPS

La comercialización de los contratos de permuta financiera generó la litigiosidad creciente de los contratos financieros complejos comercializados antes de la crisis o los primeros momentos de esta. El anclaje de las reclamaciones se ha realizado partiendo de la defectuosa, cuando no inexistente, información relevante sobre la complejidad y riesgos del producto de swap que, en general, se había ofertado como un producto más del elenco de productos bancarios, cuando en realidad se trata de un producto financiero y de inversión, incluso en aquellos supuestos en los que la permuta financiera realiza cierta función de cobertura, pues en todo caso y a pesar de que el contrato se ofrezca con dicha finalidad, lo cierto es que se trata de un contrato aleatorio con “ tintes especulativos” como lo denominan la mayor parte de las resoluciones.

Se constata también que la comercialización de los swaps ha sido incorrecta partiendo de la propia denominación (producto de cobertura), y el empleo de prácticas comerciales agresivas en las que se ha utilizado sin lugar a dudas la simplificación técnica y verbal al transmitir a los clientes que se trataba de una especie de seguro que servía para cubrir el endeudamiento variable en el caso de ascensos del Euribor, sin matizar que en su caso, podría tener cierto carácter protector siempre que se tratara

de un ascenso muy limitado del Euribor , pero dejando al descubierto al cliente cuando se produjeran los descensos y omitiendo también la información sobre la cláusula de cancelación anticipada que ha planteado serios problemas a los clientes.

La litigiosidad generada con los swaps ha servido de fundamentación no solo para articular las reclamaciones sobre otros productos financieros complejos, sino para que los Tribunales afinen en la valoración de conceptos muy básicos del derecho contractual y se establezcan los criterios para su apreciación en los casos de los contratos bancarios atípicos

SEGUNDA. SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO / DEBER DE INFORMACIÓN

A través del trabajo de tesis se ha podido constatar que la litigiosidad generada por los swaps, está fundamentada en la asimetría informativa entre el banco y cliente. En esta relevante cuestión los tribunales no solo españoles sino también el TJUE³⁵⁶ han evolucionado hacia una mayor exigencia en la labor de información precontractual que deben desarrollar las entidades financieras en la comercialización de los productos financieros de inversión. En este sentido la jurisprudencia ha puesto de manifiesto que incluso antes de la entrada en vigor de la normativa MiFID el deber de información ya tenía carácter obligatorio, y estaba recogido en la legislación aplicable (Ley 25/1988 de Mercado de Valores y RD 629/1993 de 3 de mayo), sin embargo con la normativa MiFID y la jurisprudencia sentada por la UE tras la entrada en vigor de aquella, tal y como se ha recogido en el Capítulo I de esta memoria doctoral, el deber de información se ha traducido en la obligación de asesoramiento por parte de las entidades financieras, tanto si son ellas las que plantean la iniciativa comercial del producto como si éste es demandado por el cliente, en todo caso deberán realizar la comercialización ahondando en la verdadera naturaleza del contrato, en sus riesgos y sus peculiaridades, de forma que el banco realice una labor activa (no resulta suficiente con que el banco entregue la documentación o se ampare en la sencillez del

³⁵⁶ STJUE. Sala 4ª, de 30 de mayo de 2013 (C 604/11 ECLI:EU:C:2013:344)

contrato que no suele resultar tal), de verdadera explicación y adecuación del contrato al perfil y tolerancia al riesgo del cliente como se constata desde la primera sentencia del TS tras la entrada en vigor de la MiFID (STS de 20 de enero de 2014) por lo que se puede ir constatando la evolución hacia la necesidad de que se trate de una información que verdaderamente traslade el conocimiento y la comprensión del contrato al cliente, lo cual nos parece un importante avance necesario dada la complejidad técnica de los contratos financieros actuales, y los tribunales deben valorar dicha exigencia como posible incumplimiento normativo ex art. 6.3 CC, que trataremos en otra conclusión. Dicha información debe extenderse más allá de la fase precontractual y realizarse durante la fase contractual hasta la finalización del contrato.

TERCERA. LA PROBLEMÁTICA DE LA CADUCIDAD SIGUE ABIERTA

De los aspectos procesales tratados en la tesis, nos preocupa en este momento la cuestión de la caducidad de la acción de nulidad relativa, puesto que parecía un problema solventado, hasta que ha vuelto a la actualidad judicial a partir de la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 12 de enero de 2015³⁵⁷, que nos parece acertada en el sentido de que pretende establecer un criterio doctrinal claro con el fin de intentar evitar la divergencia judicial en la apreciación de dicha excepción procesal. Sin embargo, la resolución, a nuestro juicio, no consigue totalmente dicho objetivo, y de hecho plantea problemas de interpretación para el caso de las permutas financieras. No se olvide que la referida sentencia generaliza la doctrina recogida mencionando en ella los “contratos bancarios complejos” sin diferenciar la peculiaridad que puede presentar cada uno de ellos³⁵⁸. Y respecto a esta

³⁵⁷ RJ 2015/608

³⁵⁸ No se puede generalizar en el tratamiento de la caducidad sin diferenciar los distintos productos bancarios complejos, algunos no sometidos a plazo de vencimiento y por lo tanto de consumación cual es el caso de las participaciones preferentes o las obligaciones subordinadas y en otros casos, contratos que se han visto bruscamente resueltos o novados por acontecimientos externos (Intervención pública de la entidad, quiebra, etc.)

cuestión no puede dudarse de que la citada sentencia pone el acento en la protección del cliente, otorgando a este una posibilidad real de reclamación que no se agote por el mero paso del tiempo siempre y cuando dadas las circunstancias no se haya podido plantear la reclamación judicial hasta una determinada fecha en la que el plazo desde el perfeccionamiento del contrato ya ha pasado, pero en la resolución no se consigue centrar cuándo se entenderá consumado el contrato en el caso de los swaps, que a nuestro entender deben tratarse de manera diferenciada respecto de otros contratos como el caso de las participaciones preferentes, por ejemplo, dado su carácter perpetuo.

Sin embargo, a pesar de que los parámetros temporales que dicha resolución incluye como *dies a quo* son objetivos³⁵⁹, generan cierta confusión en el caso de los swaps que están aprovechando sin duda las entidades financieras para defender la prescripción de la acción en las reclamaciones de ineficacia, al considerar que el *dies a quo* del cómputo de plazo debe comenzar desde el momento en que se han generado las primeras liquidaciones negativas, lo cual perjudica notablemente las reclamaciones siempre que estas se planteen con base en el vicio del consentimiento (dolo y / o error). Por otra parte, y en aparente contradicción con lo anterior, no nos cabe duda de que la propia sentencia refleja también con claridad que el *dies a quo* del cómputo debe coincidir con el momento de la consumación del contrato, cuestión que en el caso de los swaps no debería generar dudas, puesto que hasta el vencimiento del mismo o en su caso el momento de la cancelación anticipada no se podría considerar consumado. Sin embargo, esta cuestión que parece clara no lo está siendo para todos los tribunales, a nuestro juicio de forma equivocada, puesto que creemos que estamos en disposición de defender de forma argumentada que en el caso de los swaps la verdadera comprensibilidad del contrato no se produce hasta la finalización del mismo, que es cuando el cliente conoce al completo las verdaderas consecuencias del mismo, que no puede generalizarse el cómputo del *dies a quo* a efectos de caducidad el momento de la primera liquidación negativa, pues ello supone privar de la posibilidad de impugnación del contrato a muchos clientes que han contratado el swap

³⁵⁹ Capítulo III.5.

y que hasta su finalización o vencimiento e incluso más tarde no han acudido a los tribunales, puesto que se consideraban amparados por un plazo de hasta 4 años.

CUARTA. SOBRE EL ÁMBITO SUBJETIVO DE PROTECCIÓN DEL CLIENTE BANCARIO O USUARIO DEL SERVICIO FINANCIERO

Tal y como hemos defendido en esta memoria doctoral consideramos que el tratamiento del cliente bancario debe ser similar (sin perjuicio del análisis de las peculiaridades del caso) tanto en el caso del consumidor como del empresario (fundamentalmente del pequeño empresario y del profesional) a pesar de que las entidades financieras insisten en diferenciar ambos conceptos pero sin embargo la normativa protectora del inversor no diferencia en cuanto a tratamiento o protección el carácter de consumidor o no del cliente. La categorización de los clientes ha quedado centrada en su experiencia inversora. El cliente minorista es el cliente medio, y carente de experiencia inversora, y en dicho ámbito pueden incluirse a los empresarios y profesionales, que es posible que puedan contar con más experiencia bancaria pero ello no puede asimilarse a experiencia inversora, que deberá ser acreditada de forma diferenciada. Sin olvidar que la carga de la prueba de la correcta información y adecuación del producto al cliente (sea empresa o no) corre a cargo de la entidad financiera.

QUINTA. NECESIDAD DE PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES

La litigiosidad en la contratación bancaria en el caso de los swaps y en los contratos bancarios en general ha ahondado en la necesidad de asunción del papel interpretativo por parte del Tribunal Supremo, analizándose con criterios más actuales los problemas jurídicos más tradicionales. Se ha partido de la nueva realidad social y económica para intentar adecuar el derecho a las nuevas circunstancias, y se ha

constatado el papel creciente y relevante de la Jurisprudencia europea, de la que el ciudadano es cada vez más consciente.

SEXTA. LOS SWAPS SON PRODUCTOS INADECUADOS PARA CLIENTES MINORISTAS

Una de las conclusiones más concretas de la litigiosidad generada por los swaps es que se ha podido constatar que este tipo de productos resultan inadecuados para los clientes minoristas, incluso cumpliendo la función de cobertura que se predicaba en su venta, el swap es un producto que siendo lícito, no resulta adecuado para clientes sin experiencia inversora, son productos de alto riesgo, en el que las obligaciones que se asumen por ambas partes resultan, en general, desequilibradas, rompiendo el esquema del justo equilibrio en las prestaciones de un contrato bilateral, que no tienen porqué ser iguales, pero sí guardar una cierta proporcionalidad cuando el contrato es aleatorio para ambas partes.

SEPTIMA. SOBRE LAS CUESTIONES SUSTANTIVAS DE LA LITIGIOSIDAD DE LOS SWAPS

La prosperabilidad de las reclamaciones judiciales se ha ido centrando prácticamente en el error como vicio del consentimiento, como se ha planteado en el Capítulo IV de la tesis, desde nuestro punto de vista se ha puesto de manifiesto una evolución no tanto de planteamientos de las reclamaciones, básicamente centrados en el vicio del consentimiento invocando la nulidad del contrato, como de los fundamentos de estimación o desestimación de las mismas, y creemos que ambas deben ser reconducidas, puesto que incluso el Tribunal Supremo se ha centrado hasta la fecha en el ámbito jurídico del error, como fundamento de la posible estimación de la nulidad. Sin embargo, y tal y como se ha constatado en esta tesis, inicialmente las resoluciones tendían a partir de la actuación dolosa (dolo omisivo) que en su caso concurría con el error para provocar el vicio en el consentimiento. Algunas de las

resoluciones, de forma tímida, apuntaban incluso a que la entidad financiera podía ser conoedora (a través de sus previsiones y estudios de mercado realizados por sus propios departamentos especializados a los que no accede el cliente) de que el “juego” con los subyacentes (tipos de interés, divisas o valor de las acciones) iba a inclinarse a favor de las entidades financieras. Sin embargo pronto se descartó dicho presupuesto, y la evolución jurisprudencial ha simplificado la cuestión y la ha reconducido únicamente al ámbito del error, “la carencia de información no implica error en el consentimiento” es la frase más repetida en las sentencias posteriores a los pronunciamientos del Supremo a partir de las resoluciones del otoño de 2012 (en especial la de 21 de noviembre de 2012³⁶⁰), descartándose valorar el dolo, y sin considerar siquiera la posible nulidad absoluta por violación de normas imperativas, que sin embargo, entendemos que debe merecer una reconsideración de futuro, puesto que si bien es cierto que se simplificarían las reclamaciones (no habría problemas de caducidad o de excusabilidad), también se lograría el efecto buscado por el legislador de que las entidades financieras cumplan con escrúpulo la normativa que les compete, en aras de la protección de la clientela.

OCTAVA. SOBRE LA EXCESIVA Y/O RELAJADA APRECIACIÓN DE LA NULIDAD CONTRACTUAL

No estamos de acuerdo con considerar que la apreciación de nulidad de los contratos se ha relajado a raíz de la litigiosidad de los contratos bancarios, partiendo de la base de que fueron las permutas financieras las que abrieron la conflictividad de los contratos bancarios. Ya que por una parte el Tribunal Supremo sigue aplicando el error con carácter restrictivo, como no puede ser de otro modo, y las sentencias examinan con rigor la existencia probada de los elementos propios de la apreciación del mismo (esencialidad y excusabilidad), y además relacionándolo con el deber de información propio de esta temática contractual, pero sin embargo también debe mejorarse la diligencia de los clientes y su formación financiera. Debe insistirse en la

³⁶⁰ ROJ 7843/7843.

necesidad de mayor formación financiera y de mayor diligencia por parte de los clientes. Es claro que la labor informativa y de conocimiento compete a la entidad financiera, pero sin embargo debe mejorarse la formación de los clientes, ahondar más en sus conocimiento de sus opciones financieras, “desinstalar” la cultura del “donde hay que firmar”, y reclamar a la entidad en la mismas fase precontractual la comprensibilidad del contrato, cuando no se salva con la lectura del mismo que por supuesto debe realizarse. Ello ahondará en la “actualización” del principio de autorresponsabilidad, como hemos dicho, que no ha sido quebrado por el cliente, sino por las entidades financieras, que también da lugar a reflexión en el siguiente punto.

NOVENA. LA CRISIS INEVITABLE E IMPREVISIBLE

Si la cuestión de debate se ha centrado sobremanera en la tarea informativa de la entidad financiera, cabe preguntarse si no es posible (aunque de difícil prueba) que las entidades financieras omitieran la información de forma consciente. Lo que está claro es que si los clientes hubieran sido conocedores del gran componente aleatorio que implica el producto de swap y de que sus posibles ventajas no son en absoluto comparables a los riesgos que entraña, jamás lo hubieran contratado. Por ello esa defectuosa información y un diseño prácticamente similar del contrato – con sus variantes- de la mayor parte de los swaps, junto con el hecho de que en realidad la entidad comercializadora del producto únicamente realiza la labor de intermediación, nos hace pensar en que la estrategia de fondo en la venta de los swaps pasaba por asumir por parte del cliente un contrato que entraña una apuesta desequilibrada donde las posibilidades de ganar no pueden compararse con las de perder como hemos dicho. Pero en todo caso, ¿hasta qué punto eran conocedoras las entidades financieras, las titulares de los contratos espejo de que la crisis podía ser inevitable, pero no imprevisible?.

Cierto es, como ya se ha dicho en el punto relativo a la nulidad judicial de los contratos³⁶¹, que el análisis judicial se ha centrado en la fase precontractual, de forma que no se ha querido incidir por el carácter espinoso del tema, siendo además de dificultad probatoria, en el grado de conocimiento que podían tener las grandes entidades de la crisis que se avecinaba. Lo que plantean con acierto las sentencias es que el problema no es que la crisis se produjera, sino que no se hubiera explicado a los clientes en la fase precontractual cuáles eran las consecuencias para su economía de un posible giro financiero, independientemente de que este se produjera o no. Esto es, a pesar de que las entidades defienden la imprevisibilidad de los acontecimientos de septiembre de 2008, en este estudio no estamos de acuerdo con dicha afirmación, la crisis podía ser inevitable, pero no alcanzamos a saber hasta qué punto era imprevisible cuando los contratos espejo “reflejan” precisamente el supuesto contrato que se comercializaba al cliente. El cliente tenía que pagar mayor importe al descenso del tipo de interés o al descenso del valor de la divisa, a la vez que se enriquecía la contraparte que había apostado al efecto contrario. La incógnita sigue abierta.

DÉCIMA. LA QUIEBRA DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE- CONFIANZA NEGOCIAL

Por último, no se puede dejar de mencionar los efectos importantes que esta problemática generada por los contratos bancarios complejos, y que ha supuesto la quiebra del principio básico de la buena fe contractual, como principio inspirador del Derecho privado. La contratación bancaria y financiera se ha fundado durante muchos años en la confianza que tenían los clientes en la gestión de los bancos que ahora se encuentra seriamente deteriorada. En realidad, la confianza (buena fe) ha sido el fundamento de la mayor parte de las relaciones contractuales con las entidades, que tras su ruptura resulta muy complicada su recuperación. Es el momento de volver a recuperar la aplicabilidad del principio básico de la buena fe, es necesario volver a la confianza negocial como parámetro básico de cualquier negocio jurídico.

³⁶¹ Capítulo IV, 1.2.1.

La legislación es sin duda cada vez mas protectora para el cliente, pero hace falta que la ley se cumpla en su verdadero espíritu no únicamente en su letra, y ello requiere un esfuerzo de todos los agentes económicos, sociales y jurídicos. Desde la UE se generaliza la protección del cliente bancario, pero primero debe recuperarse la confianza en el propio sistema.

ANEXO I: EJEMPLO DE FUNCIONAMIENTO DE CONTRATO DE SWAP DE TIPOS DE INTERES.

Vamos a ver un supuesto concreto en que se comercializó un swap para unos prestatarios que estaban vinculados a la entidad financiera sobre todo por la contratación de un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual, se les ofertó el siguiente producto de swap cuyo nombre comercial era “cobertura de tipos de interés”

Para un nocional o nominal de 240.000 euros (era la cantidad aproximada del endeudamiento a través del préstamo hipotecario) que el cliente mantenía en un préstamo a tipo variable con la entidad financiera, se establecieron las siguientes Condiciones:

“INICIO DE LA COBERTURA: 19 de Septiembre de 2007.

FIN DE LA COBERTURA: 19 de Septiembre de 2011.

FECHAS DE REVISIÓN TIPO DE INTERÉS: ANUALES al final de cada periodo, dos días hábiles anteriores a los días 19 de Septiembre (o al siguiente día hábil, en caso de que éste sea inhábil en el mercado) de 2.008 a 2.011.

LIQUIDACIONES: ANUALES (comenzando el 19 de Septiembre de 2008 y finalizando el 19 de Septiembre de 2011)

OPERATIVA DEL PRODUCTO:

La operación consiste en un acuerdo con el Banco xxxx, por el cual el cliente se compromete a pagar el 4,77% y a recibir el Euribor 12 Meses fijado en cada Fecha de Revisión de Tipo de Interés siempre que éste sea igual o inferior al 5,40%. En caso de que el Euribor 12 Meses en la Fecha de Revisión sea superior al 5,40%, el cliente recibirá una bonificación del 0,10% sobre el importe contratado durante ese año. El año siguiente y sucesivos se procederá con igual metodología a la siguiente observación, hasta llegar al 19 de Septiembre de 2011 donde se hará la última observación.

Años	El Cliente Recibe	El Cliente Paga		Barrera
		Si Eur <Barrera	Si Eur >Barrera	
Año del 1 al 4	Euribor 12m	4,77%	Eur 12m-0,10%	5,40%

En el caso de que se suspenda, limite, interrumpa el mercado o que ocurriera cualquier otro hecho relevante durante el periodo de comercialización de este producto, y dichos hechos o acontecimientos modificasen de forma significativa la situación que existiría en el momento de realizar la oferta de este producto, el Banco podrá anular la oferta realizada con este Producto.”

Partiendo de este clausulado, el cliente era quien iba a recibir en la permuta financiera, un tipo variable y aleatorio (Euribor 12 meses) que precisamente a partir del otoño del 2008 empezó su caída a niveles por debajo del 1% como en la actualidad, y la vez se comprometía a pagar a la entidad financiera, que es quien “recibe”) un tipo fijo, esto es en concreto dependiendo a su vez de la coyuntura, siempre que el Euribor esté por debajo de la barrera del 5,40 %, el cliente pagará el 4,77%, y es aquí donde se beneficia del producto en dicho rango. En todo caso, debe tenerse en cuenta cuando el Euribor está por debajo de dicho índice el cliente debe pagar en todo caso el 4,77, y para el caso en el que el Euribor se sitúe por encima del 5,40 % el cliente debería pagar el índice en el que se encuentre el Euribor (por ejemplo en el año 2008 el Euribor llegó al 5,36 %), menos un 0,10%.

Es decir, que el producto está pensado para ascensos muy limitados del Euribor, de forma que siempre que el Euribor no traspase la barrera indicada por la entidad, puede obtener liquidaciones positivas de cantidad limitada a un máximo de 0,63%. Sin embargo, si el Euribor supera la barrera indicada solo va a recibir el 0,10% y lo que es peor, si el Euribor desciende por debajo del 4,77% como el cliente se ha comprometido en todo caso a abonar el 4,77 %, es el tipo fijo pactado, la liquidación va a resultar muy negativa (todo lo que exista de diferencia entre el 4,77 y el nivel del Euribor que a partir de 2009 se ha mantenido por debajo del 2% y actualmente roza el 0,16 %, siempre y cuando estemos hablando del Euribor 12 meses. En este supuesto

que nos sirve de ejemplo, la primera liquidación del swap practicada en el año 2008 y dado que el Euribor había ascendido, resultaba positiva para los clientes en 1.200 euros aproximadamente, pero para las siguientes liquidaciones, eran liquidaciones ya negativas que sumaban más de 15.000 euros en total. El contrato no se olvide que se comercializa como cobertura, pero sin embargo no se trata de una cobertura para cualquier ascenso del Euribor, sino que la cobertura se limita al 0,63% como máximo que es la barrera prefijada por el banco (entre el 4,77 % y el 5,40%). En este caso si el Euribor se encuentra entre la barrera recibirá liquidaciones positivas, sin embargo si la supera vuelve a estar expuesto al riesgo de tipo de interés y si el Euribor está por debajo entonces la cantidad a pagar es tan importante (pues en todo caso se ha comprometido a pagar el 4,77%) que desequilibra seriamente la permuta. Cuanto más bajo se encuentre el Euribor mayor será la diferencia con el tipo fijo del 4,77 % y por lo tanto mayor el pago por parte del cliente.

Teniendo en cuenta que el swap se vendía como producto de cobertura de su propio endeudamiento, como una “suerte de seguro”, el cliente no experto en contratos complejos, no comprendía cómo era posible tener que hacer frente a liquidaciones negativas y costes de cancelación importante si se quería cancelar anticipadamente (el presente caso se le trasladó al cliente un coste de cancelación anticipada de más de 16.000 euros) en la primavera de 2009.

Las liquidaciones en este contrato se practicaban anualmente, pero existen muchas variantes de swap en cuanto a la secuencia temporal de las liquidaciones: mensuales, trimestrales o semestrales.

ANEXO II: EJEMPLO DE FUNCIONAMIENTO de UNA PUT

Un ejemplo de funcionamiento de este contrato de Opción sería el siguiente, para un nocional de 1.500.000 euros, se parte de un precio de referencia inicial que se fija al inicio del contrato y se fija a la vez un precio final (que puede o no producirse), de forma que si se produce dicho precio o la cotización está por encima de la barrera desactivante (es el denominado Knock Out) no habrá liquidación, esto es la entidad financiera no pagaría nada al cliente (no se olvide que es posible que el cliente haya recibido una prima por contratar el producto y en principio este sería su beneficio) sin embargo si está por debajo de dicha barrera el cliente pagará una liquidación que se calculará en función de la formula que se establece más abajo:

Veamos los datos del presente caso de una forma más gráfica, con un ejemplo real:

- ✓ Precio de Referencia Inicial* (que se fija la inicio de la opción): 13,59
- ✓ Strike :100%
- ✓ Precio final: Precio de cierre oficial fijado a fecha de vencimiento
- ✓ Knock Out: 107% (hay que entender que del precio inicial, esto es, 14,55 (165% del precio al que se desactivará la opción)

(*) No se olvide que el precio de cotización real de esta acción era muy inferior, girando actualmente en el entrono del 7,0 %.

Con estos datos veamos cómo se practicaría una liquidación a vencimiento del contrato. Existen varias circunstancias que pueden darse al vencimiento:

i.- Podría darse que a lo largo de la vida del contrato en algún momento la acción hubiera alcanzado el precio knock out (preferimos llamarla barrera desactivante para una mayor comprensión) del 14,55 o mas, de forma que la PUT se desactivaría y no habría liquidación final, ni a favor ni en contra del cliente.

ii.- Para calcular la liquidación final, si el precio de la acción no ha alcanzado el knock out (barrera desactivante) acudimos a un contrato tipo en el que se señala que

“solo en el caso en que se haya cumplido la condición de ejercicio el vendedor abonara al comprador en la fecha de liquidación el producto resultante de multiplicar (i) El importe nominal por (ii) 100% por (iii) el mínimo entre el 60% y la diferencia entre el Precio del Ejercicio y el Precio de Referencia final dividido por el precio del ejercicio.”

Lo cierto es que esto no resulta fácil a primera lectura, salvo que se sea experto en la materia, y no solo economista, sino realmente experto en materia financiera de inversión.

La fórmula resulta incomprensible para un profano en la materia, y que solo un experto financiero en productos complejos puede llegar a comprender su significado o mejor dicho, el cómo “se traduce en dinero” para el cliente (reiterando que es el que tiene que pagar, puesto que si la Put se desactiva el cliente no paga nada pero tampoco recibe nada, por lo que no se comprende dónde está la ventaja del producto, aunque las entidades señalan que como la Put se asocia a un swap de tipos de interés, el hecho de que la permuta financiera se diseñe de una forma más ventajosa (con tipos de interés más bajos) implica que la Put pueda no tener ventajas.

Veamos qué datos necesitamos para poder valorar el importe de pérdidas o liquidación negativa;

1.- El precio de referencia final: como el contrato no ha finalizado tenemos que establecer una valoración simbólica, pero realista. Imaginemos que el precio de referencia final (es el precio de las acciones el día del vencimiento del contrato) está al 7,6 (es real a día de hoy ha cerrado a dicho precio según Figura en la cotización del IBEX),

2.- El precio del Ejercicio de la Opción es 13,59 (según el contrato)

3.- El Nominal es 1.500.000 euros

Si intentamos ver la aplicación de la fórmula:

[Precio de referencia final- Precio de ejercicio / precio del Ejercicio] x Nominal= liquidación

[(13, 59-7,6)/13,59] x 1.500.000 = 661.147,90 euros

La cantidad a pagar en este caso resultó cercana a los 700.000 euros para la pyme que lo había contratado como un contrato de cobertura.

ANEXO III. LEGISLACIÓN

Legislación estatal

Ley 26/84, de 19 de julio, General de Defensa de Consumidores y Usuarios.

Ley 13/85, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros.

Ley modelo de la CNUDMI, sobre arbitraje comercial internacional, 21 de junio de 1985.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder judicial.

Ley 24/88, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

Ley 26/88, de 29 de julio sobre disciplina e intervención en las entidades de crédito.

Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo de normas de actuación en los mercados y registros obligatorios, y anexo sobre código de conducta de los mercados de valores.

Ley 2/94, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de los préstamos hipotecarios.

Ley 7/98, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación.

Ley 37/98, de 16 de noviembre, de reforma de la Ley de Mercado de Valores.

Orden Ministerial 7 de octubre del 1999, del Ministerio de Economía y Hacienda, de desarrollo del código de conducta y normas de actuación en la gestión de cartera de valores.

Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior.

Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal.

Ley 35/2003, de 4 de noviembre, sobre instituciones de inversión colectivas.

Ley 36/2003, de 11 de noviembre, sobre medidas de reforma económica.

Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje.

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Ley 47/2007, de 19 de diciembre por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión.

Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación procesal.

Ley 37/2011, de 10 de octubre, sobre medidas de agilización procesal.

Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, *BOE*, nº 261, 29 de octubre de 2011, pág. 113242.

Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, *BOE*, nº 60, 10 de marzo de 2012, pág. 22492.

Real Decreto Ley 7/2012, de 9 de marzo, por el que se crea el Fondo para la financiación de los pagos a proveedores, *BOE*, nº 60, 10 de marzo de 2012, pág. 22502.

Normativa e informes de la UE

Directiva 85/611/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios.

Directiva 93/6/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, sobre adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito.

Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (93/13/CEE).

Directiva 2000/12/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000 relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio.

Directiva 2002/92/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 9 de diciembre de 2002, sobre la mediación en los seguros.

Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre del 2003, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión de cotización de valores.

Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las

Directiva 2006/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril del 2006, por la que se modifica la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros, con respecto a determinados plazos.

Directiva 2006/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 10 de agosto del 2006.

LIBRO VERDE SOBRE LOS SERVICIOS FINANCIEROS AL POR MENOR EN EL MERCADO ÚNICO”, de 30 de abril de 2007, COM (2007) 226 FINAL

Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios.

Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 16 de septiembre del 2009, por la que se modifican las Directivas 2006/48/CE, 2006/49/CE y 2007/64/CE en lo que respecta a los bancos afiliados a un organismo central, a determinados elementos de los fondos propios, a los grandes riesgos, al régimen de supervisión y a la gestión de crisis.

Reglamento de la Unión Europea 1095/2010, del Parlamento europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados), se modifica la Decisión no 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/77/CE de la Comisión.

EUROPEAN COMMISSION, *Towards more responsibility and competitiveness in the European financial sector*, 2010, p.16.

EUROPEAN COMMISSION, *Communication Regulating financial services for sustainable growth*, 2010.

EUROPEAN COMMISSION, “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, Al Consejo, al Comité económico y social europeo y al comité de las regiones”, *Acta del Mercado Único*, 13 de abril de 2011, COM (2011) 206 final.

EUROPEAN COMMISSION, “Communication from the Commission to the Council, to the European Parliament, to the committee of the regions and to the european and social committee”, *An action plan to improve access to finance for SMEs*, 7-12-2011, COM (2011) 870 final.

Reglamento (UE) nº 236/2012 del Parlamento europeo y del Consejo, de 14 de marzo del 2012, sobre ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 14 de marzo de 2012.

EUROPEAN COMMISSION, “Green Paper. Shadow Market”, 19 de marzo de 2012, COM (2012) 2102 FINAL.

EUROPEAN COMMISSION, “Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the economic and social committee and the committee of the regions”, *A European consumer agenda – Boosting confidence and growth*, 22-05-2012, COM (2012) 225 final.

EUROPEAN COMMISSION, “Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and Social Committee and the committee of the regions”, *Better Governance for the Single market*, 8-06-2012, COM (2012) 259 final.

EUROPEAN COMMISSION, “Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council”, *On key information documents for investment products*, 3-07-2012, COM (2012) 352 final.

EUROPEAN COMMISSION, “Investor’s interests first under new rules”, 10-07-2012.

EUROPEAN COMMISSION, “Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and Social Committee and the committee of the regions”, *Single market Act II, Together for new growth*, 3-10-2012, COM (2012) 573 final.

EUROPEAN COMMISSION, “Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social committee and the committee of the regions”, *Setting up a European retail action plan*, XXX, COM (2013) 36/2.

Circulares

Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.

Circular 3/1993, de 29 de diciembre, de la CNMV, sobre registro de operaciones y archivo de justificantes de órdenes.

Circular 1/1996, de 27 de marzo, de la CNMV, sobre normas de actuación, transparencia e identificación de los clientes en las operaciones del mercado de valores.

Circular 2/2000, de 30 de mayo, de la CNMV, sobre modelos normalizados de contratos tipo de gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión, y otros desarrollos de la Orden de 7 de octubre de 1990.

Comunicación de la CNMV, de 7 de mayo de 2009, sobre Condiciones de comercialización de instrumentos financieros del mercado de valores.

Circular de la Fiscalía 2/2010, para la protección de los consumidores y usuarios”, *Diario La Ley, Ed. Grupo Wolters Kluwer*, 28 de enero de 2011, pág. 8.

Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, BOE, nº 161, 6 de julio de 2012, pág. 48855.

ANEXO IV. JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 6 de octubre del 2009.
Asturcom Telecomunicaciones (C 40/08-ECLI:EU:C:2009:615)

Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de diciembre del 2010
(2010/264965)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sala 4ª, de 30 de mayo de 2013
(C 604/11. ECLI: EU: C: 3013:344)

TRIBUNALES ALEMANES

LH Hamburg Urteil Vom 24 mars 2009, zivilkammer 10, exp 310 O 4/09 (traducción jurada de Fernández Nebreda, Maria José)

Trib. Fed. Supremo BGH, 5 de febrero de 2009, exp 1X ZR 6/06

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencias:

STC de 22 de marzo del 1993 (RTC 93/1993)

STC 150/2004, de 20 de septiembre (RTC 2004/50)

STC 164/2004, de 4 de octubre (RTC 2004/164)

STC 167/2004, de 4 de octubre (RTC 2004/167)

STC 3/2005, de 17 de enero (RTC 2005/3)

Autos:

Auto del TC 191/2004, de 26 de mayo (JUR 2004/175236)

Auto del TC 201/2004, de 27 de mayo (JUR 2004/175285)

Auto del TC 208/2004, de 2 de junio (JUR 2004/187213)

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias:

STS, sala 1ª, de 29 de enero del 1965 (RJ 1965/2)

STS, sala 1ª de 17 de diciembre del 1985 (RJ 1985\6589)

STS, sala 1ª, de 23 de junio del 1986 (RJ 1989\4779)

STS, sala 1ª, de 13 de mayo del 1987 (RJ 1987\3440)

STS, sección 1ª, de 15 de junio del 1987 (RJ 1987\4467)

STS, sala 1ª, de 2 de julio del 1990 (RJ 1990\5767)

STS, sala 1ª, de 4 de diciembre del 1992 (RJ 1992\10392)

STS, sala 1ª, de 3 de octubre del 1994 (RJ 1994\7445)

STS, sala 1ª, de 15 de junio de 1995 (RJ 1995/5296)

STS, sala 1ª, de 18 de noviembre del 1996 (La Ley 80/1997)

STS, sala 1ª, de 29 de mayo del 1997 (La Ley 6356/1997)

STS, sala 1ª, de 28 de octubre del 1997 (La Ley 10416/1997)

STS, sala 1ª, de 5 de noviembre del 1997 (La Ley 10814/1997)

STS, sala 1ª, de 11 de febrero del 1998 (La Ley 3096/1998)

STS, sala 1ª, de 10 de marzo del 1998 (La Ley 2876/1998)

STS, sala 1ª, de 24 de noviembre del 1998 (La Ley 10695/1998)

STS, sala 1ª, de 30 de noviembre del 1998 (La Ley 11136/1998)

STS, sala 1ª, de 19 de octubre del 1999 (La Ley 756/2000)

STS, sala 1ª, de 8 de febrero del 2000 (La Ley 4458/2000)

STS, sala 1ª, de 2 de marzo del 2000 (La Ley 5598/2000)

STS, sala 1ª, de 23 de marzo del 2000 (295/2000. La Ley 8051/2000)

STS, sala 1ª, de 11 de abril del 2000 (395/2000. La Ley 395/2000)

STS, sala 1ª, de 25 de enero del 2001 (RJ 2001\2545)

STS, sala 1ª, de 25 de enero del 2002 (JUR 2002/2302)

STS, sala 1ª, de 18 de marzo del 2002 (RJ 2002\2847)

STS, sala 1ª, de 20 de junio del 2002 (RJ 2002\ 5256)

STS, sala 1ª, de 31 de mayo del 2003 (RJ 2003\4803)

STS, sala 1ª, de 20 de enero del 2003 (28/2003) (EDJ 2003/197)

STS, sala 1ª, de 11 de junio del 2003 (RJ 2003\5347)

STS, sala 1ª, de 21 de abril del 2004 (294/2004)(RJ 2004/2334)

STS, sala 1ª, de 27 de abril del 2005 (RJ 2005\4558)

STS, sala 1ª, de 5 de septiembre del 2006 (844/2006. ROJ STS 5032/2006)

STS, sala 1ª, de 25 de septiembre de 2006 (RJ 2006/18643)

STS, sala 1ª, de 27 de marzo del 2007 (RJ 2007\1864)

STS, sala 1ª, de 27 de mayo del 2007 (RJ 2007\3648)

STS, sala 1ª, de 18 de junio del 2009 (432/2009. ROJ STS 158/2010)

STS, sala 1ª, de 8 de julio del 2009(495/2009. ROJ STS 5201/2009)

STS, sala 1ª, de 22 de diciembre del 2009 (nº 834/2009, Rec. 407/2006. EDJ 2009/332137)

STS, sala 1ª, de 30 de diciembre del 2009 (840/2009. ROJ STS 7697/2009)

STS, sala 1ª, de 16 de febrero del 2010 (Rec. 2400/2005. ROJ STS 554/2010)

STS, sala 1ª, de 30 de marzo del 2010 (nº 211/2010, Rec. 326/2006. EDJ 2010/45218)

STS, sala 1ª, de 13 de abril (196/2010. ROJ: STS 158/2010)

STS, sala 1ª, de 14 de julio del 2010 (ROJ: 4380/2010)

STS, sala 1ª, de 16 de marzo del 2011 (RJ 2011\2883)

STS, sala 1ª, de 30 de marzo del 2011 (230/11). RJ 2011/3133)

STS, sala 1ª, de 7 de octubre de 2011 (ROJ: STS 6601/2011)

STS, sala 1ª, de 1 de marzo del 2012 (ROJ: STS 1306/2012)

STS, sala 1ª, de 1 de marzo del 2012 (1298/2009) (ROJ:STS 110/2012)

STS, sala 1ª, de 8 de noviembre del 2012 (ROJ: STS 644/12)

STS, sala 1ª, de 15 de noviembre del 2012 (ROJ: STS 7821/2012)

STS, sala 1ª de 21 de noviembre del 2012 (683/2012. ROJ 7843/12)

STS, sala 1ª, de 8 de enero del 2013 (811/2012. Rec. 1124/2011. La Ley 476/2013)

STS, sala 1ª, de 9 de enero del 2013 (797/2012. Rec. 1123/11. La Ley 477/2013)

STS, pleno, de 18 de abril del 2013 (245/13. RJ 2013/3387)

STS, sala 1ª, de 9 de mayo del 2013 (ROJ: STS 1916/ 2013)

STS, sala 1ª, de 21 de noviembre del 2013 (RJ 2014\55)

STS, sala 1ª, de 28 de noviembre del 2013 (750/2012. La Ley 196572/13)

STS, sala 1ª, de 21 de octubre del 2013 (797/12. Rec 1972/11) (La Ley 179536/2013)

STS, sala 1ª, de 20 de enero del 2014 (nº 354/14. Rec. 840/12) (La Ley 3315/14)

STS, sala 1ª, de 17 de febrero del 2014 (41/14. Rec. 320/12) (La Ley 40087/14)

STS, sala 1ª, de 7 de julio del 2014 (Rec. 892/2012) (La Ley 79819/2014)

STS, sala 1ª, de 7 de julio del 2014 (385/14. Rec. 1520/12)(La Ley 81183/14)

STS, sala 1ª, de 7 de julio del 2014 (ROJ: STS 2659/2012)

STS, sala 1ª, de 8 de julio del 2014 (387/14. Rec. 1256/12) (La Ley 81186/14)

STS, sala 1ª, de 10 de julio del 2014 (192/14)(La Ley 95239/14)

STS, sala 1ª, de 2 de septiembre del 2014 (187/2012. Rec. 1140/12)(La Ley 143860/14)

STS, sala 1ª, de 9 de septiembre del 2014 (3053/2012)(RJ 2014\4947)

STS, sala 1ª, de 26 de diciembre del 2014 (732/14. Rec. 329/14) (La Ley 217829/14)

STS, sala 1ª, pleno, de 12 de enero del 2015 (629/15)(RJ 2015/608)

STS, sala 1ª, de 26 de febrero del 2015 (756/15. Rec. 1548/12. La Ley 14141/15)

STS, sala 1ª, de 18 de abril del 2015 (RJ 2015\1351)

STS, sala 1ª, de 28 de mayo del 2015 (276/15)(La Ley 89129/2015)

Autos:

ATS sección 1ª, de 15 de junio del 2010 (Rec. 237/2010. ROJ: ATS 8736/2010)

ATS sección 1ª, de 16 de junio del 2010 (2210/2004. JUR 2010\264406)

ATS sección 1ª, de 7 de septiembre del 2010 (Rec. 1698/2009. ROJ: ATS 10466/2010)

ATS sección 1ª, de 18 de enero del 2011 (512/2010. ROJ: ATS 1043/2011)

ATS sección 1ª, de 18 de enero del 2011 (456/2010. ROJ: ATS 572/2011)

ATS de 9 de julio del 2013 (2381/11. JUR: 2013\258503)

ATS de 3 de septiembre del 2013 (904/11. JUR: 2013\301699)

ATS sección 1ª, de 17 de junio del 2014 (rec. 1403/11. JUR: 2014\181895)

Acuerdo del TS, sala 1ª, de 30 de diciembre del 2011 (JUR 2012\2657)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencias:

SAP Tarragona, sección 3ª, de 23 de abril del 2001 (JUR 2001/26996)

SAP Jaén, sección 2ª, de 22 de julio del 2004 (JUR 2004/256064)

SAP Valencia, de 26 de abril del 2006 (ED 2006/305502)

SAP Jaén, sección 3ª, de 27 de marzo del 2009 (AC 2009/1604)

SAP Álava, sección 1ª, de 7 de abril del 2009 (AC 2009/995)

SAP Álava, de 18 de enero del 2010 (JUR: 2010\396897)

SAP Cáceres, sección 1ª, de 18 de junio del 2010 (AC 2010\1070)

SAP Madrid, sección 9ª, de 10 de julio del 2009 (564/2009) (AC 2009\1852)

SAP Pontevedra, sección 1ª, de 7 de abril del 2010 (JUR: 2010\174861)

SAP Bizkaia, sección 4ª, de 14 de septiembre del 2010 (JUR 2013\18423)

SAP Murcia, de 15 de marzo del 2011 (JUR: 2011.190628)

SAP Baleares, de 21 de marzo del 2011 (AC 2011\1058)

SAP Jaén, sección 1ª, de 28 de abril del 2011 (PO 138/11. JUR 2012\244834)

SAP Albacete, sección 1ª, de 6 de mayo de 2011 (JUR 2011\225771)

SAP Badajoz, sección 2ª, de 17 de mayo del 2011 (AC 2011\1254)

SAP Burgos, de 7 de junio del 2011 (JUR 2011\266922)

SAP Barcelona, sección 17ª, de 30 de junio del 2011 (JUR 2011\320031)

SAP Palma de Mallorca, sección 5ª, de 2 de septiembre del 2011 (278/2011)

SAP Madrid, sección 25ª, de 20 de octubre del 2011 (AC 2011\2256)

SAP León, sección 1ª, de 1 de marzo del 2012 (282/2012. AC 2012\413)

SAP Gerona, sección 1ª, de 20 de marzo del 2012 (JUR: 2012\149134)

SAP Bizkaia, sección 5ª, de 21 de marzo del 2012 (392/2012. JUR: 2014\150447)

SAP Gipuzkoa, sección 3ª, de 22 de marzo del 2012 (JUR: 2014\152302)

SAP Alicante, sección 4ª, de 14 de junio del 2012 (272/2012. AC 2012\1703)

SAP Álava, sección 1ª, de 25 de junio del 2012 (350/12) (JUR: 2014\145410)

SAP Madrid, sección 14ª, de 3 de septiembre del 2012 (392/2012. ROJ 14692/2012)

SAP Bizkaia, sección 3ª, de 27 de septiembre del 2012 (415/12. JUR: 2014\146548)

SAP Las Palmas, sección 1ª, de 9 de octubre del 2012 (AC 2013\335)

SAP Gipuzkoa, sección 3ª, de 19 de octubre del 2012 (Rec. 353/11) (JUR 2014\152312)

SAP Gipuzkoa, sección 3ª, de 12 de noviembre del 2012 (328/12. JUR: 2014\154616)

SAP Madrid, sección 14ª, de 12 de noviembre del 2012 (JUR: 2013\7174)

SAP Huesca, sala 1ª, de 15 de noviembre del 2012 (JUR: 2013\2192)

SAP Palencia, sala 1ª, de 13 de noviembre de 2012 (AC 2012\2397)

SAP Madrid, sección 14ª, de 8 de febrero del 2013 (126/2013. AC 2013\468)

SAP Bizkaia, sección 5ª, de 15 de mayo del 2013 (JUR 2013\278382)

SAP Pontevedra, sección 6ª, de 19 de julio del 2013 (3445/11) (JUR 2013\275432)

SAP Cantabria, sección 4ª, de 10 de septiembre del 2013 (Rap. 476/12) (JUR 2014\32797)

SAP Álava, sección 1ª, de 30 de septiembre del 2013 (Rap. 264/13. JUR: 2014\155961)

SAP Bizkaia, sección 5ª, de 6 de octubre del 2013 (276/13. JUR: 2014\144392)

SAP Bizkaia, sección 3ª, de 17 de octubre del 2013 (287/13. JUR: 2014\146682)

SAP Álava, sección 1ª, de 3 de diciembre del 2013 (420/13. JUR: 2014\156889)

- SAP Zaragoza, sección 5ª, de 27 de diciembre del 2013 (452/13. JUR: 2014\18118)
- SAP Bizkaia, sección 4ª, de 13 de marzo del 2014 (Rap. 568/2013. JUR: 2014\183416)
- SAP La Rioja, de 21 de marzo del 2014 (JUR: 2014\124924)
- SAP Bizkaia, sección 3ª, de 8 de julio del 2014 (Rap: 193/2014. JUR: 2014\267703)
- SAP Álava, sección 1ª, de 1 de septiembre del 2014 (199/2014. JUR 2014/224296)
- SAP Navarra, sección 3ª, de 8 de septiembre del 2014 (ROJ STSNA 2887/2014)
- SAP Santa Cruz de Tenerife, sección 4ª, de 24 de septiembre del 2014 (Rap. 23/14) (EA)
- SAP Bizkaia, sección 5ª, de 3 de noviembre del 2014 (244/2014. JUR: 2015\65538)
- SAP Bizkaia, sección 4ª, de 3 de noviembre del 2014 (618/2014. JUR: 2015\64815)
- SAP Bizkaia, sección 4ª, de 14 de noviembre del 2014 (639/2014. JUR: 2015\65290)
- SAP Gipuzkoa, sección 3ª, de 19 de noviembre del 2014 (276/14. JUR: 2015\63218)
- SAP Bizkaia, sección 5ª, de 28 de noviembre del 2014 (JUR: 2015\64825)
- SAP La Rioja, sección 1ª, de 10 de diciembre del 2014 (JUR: 2015\51038)
- SAP Bizkaia, sección 3ª, de 19 de enero del 2015 (9/2015. JUR: 2015\104510)
- SAP La Rioja, sección 1ª, de 27 de enero del 2015 (Rap. 302/2013. JUR: 2015\80544)
- SAP Cantabria, sección 4ª, de 4 de marzo del 2015 (177/14. JUR: 2015\160156)
- SAP Bizkaia, sección 3ª, de 5 de marzo del 2015 (63/2015. JUR: 2015\109592)
- SAP Bizkaia, sección 5ª, de 16 de marzo del 2015 (54/2015. JUR: 2015\132016)
- SAP Bizkaia, sección 3ª, de 30 de marzo del 2015 (105/2015) (EP)
- SAP Navarra, sección 3ª, de 13 de mayo del 2015 (165/2014) (EP)
- SAP La Rioja, sección 1ª, de 5 de junio del 2015 (114/14. JUR 2015\181395)
- SAP Córdoba, sección 1ª, de 16 de julio del 2015 (324/15) (EA)
- Autos:
- AAP Murcia, de 15 de marzo del 2011 (JUR: 2011\190628)
- AAP Asturias, de 14 de mayo del 2001 (49/2001)
- AAP Albacete, sección 1ª, de 6 de mayo del 2011 (JUR: 2011\225771)

AAP Asturias, 54/2011. JUR: 2011/268853)

AAP Barcelona, de 30 de junio del 2011 (JUR: 2012\114078)

AAP Córdoba, sección 1ª, de 6 de junio del 2012 (311/12) (EA)

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

Sentencias:

J1ªIns. nº 3 de Salamanca, de 7 de julio del 2005 (EA)

J1ªIns. nº 6 de Vitoria, de 5 de noviembre del 2008 (200/08) (EA)

J1ªIns. nº 1 de Badajoz, de 24 de noviembre de 2009 (AC 2010\39)

J1ªIns. nº 6 de Gijón, de 21 de enero del 2010 (AC 2010\4)

Jª1ªIns. nº 1, de Bilbao, de 22 de marzo del 2011 (EP)

Jª1ªIns. nº 6, de Santa Cruz de Tenerife, de 6 de abril del 2011 (EA)

Jª1ªIns. de Durango, de 30 de enero del 2012 (15/12) (EP)

Jª1ªIns. nº 1, de Granollers, de 21 de marzo del 2012

Jª1ªIns. nº 3 de Bergara, de 19 de abril del 2012 (30/12) (EP)

J1ªIns. nº 1 de Logroño, de 30 de abril del 2012 (80/12) (EP)

Jª1ªIns. nº 2 de Bergara, de 7 de mayo del 2012 (39/12))(EP)

Jª1ªIns. nº 1, de Amurrio, de 8 de febrero del 2013 (PO 112/12) (EP)

Jª1ªIns. nº 2, de Palencia, de 22 de febrero del 2013 (28/13) (EA)

J1ªIns. nº 3 de Calahorra, de 10 de diciembre del 2013 (148/2013) (EP)

J1ªIns. nº 2 de Vitoria, de 14 de enero del 2014 (6/14 – PO. 114/12) (EP)

J1ªIns. nº 2 de Santander, de 31 de enero del 2014 (28/14) (EP)

Jª1ªIns. nº 2 de Durango, de 21 de marzo del 2014 (EP)

Jª1ªIns. nº 3 de Bilbao, de 24 de marzo del 2014 (66/14) (EP)

J1ªIns. nº 2 de Cáceres, de 4 de junio del 2014 (EA)

J1ªIns. nº 3 de Salamanca, de 7 de julio del 2014 (EA)

J1ªIns. nº 1 de Barakaldo, de 3 de octubre del 2014 (EP)

J1ªIns. nº 2 de Bilbao, de 5 de noviembre del 2014 (EP)

J1ªIns. nº 1 de Barakaldo, de 26 de diciembre del 2014 (200/14) (EP)

J1ªIns. nº 9 de Bilbao, de 2 de marzo del 2015 (EP)

J1ªIns. nº 13 de Bilbao, de 20 de marzo del 2015 (65/2015) (EP)

J1ªIns. nº 9 de Bilbao, de 31 de marzo del 2015 (EP)

J1ªIns. nº 4 de Barakaldo, de 21 de mayo del 2015 (83/2015)

J1ªIns. nº 2 de Estella, de 11 de junio del 2015 (110/15) (EP)

J1ªIns. nº 3 de Salamanca, de 7 de julio del 2015 (EA)

Autos:

AJ1ªIns. nº 4 de Córdoba, de 14 de mayo del 2010 (EA)

AJ1ªIns. nº 2 de Córdoba, de 10 de enero del 2011 (EA)

AJ1ªIns. nº 56 de Barcelona, de 7 de julio del 2011 (EA)

AJ1ªIns. nº 13 de Madrid, de 28 de noviembre del 2011 (EA)

AJ1ªIns. nº 5 de Albacete, de 30 de marzo del 2012 (EA)

JUZGADO MERCANTIL

SJM nº2 de Bilbao, concurso ordinario 42/13 (JUR 2013\169193)

ANEXO V. BIBLIOGRAFÍA

A.V.1. Referencias doctrinales.

AGÜERO ORTIZ, A., “El consumidor como inversor de alto riesgo: la impugnación por vicios del consentimiento de los contratos de adquisición de participaciones preferentes y swaps, una opción sólo al alcance de algunos”, Revista CESCO de Derecho de Consumo, ISSN-e 2254-2582, Nº. 8, 2013 (Ejemplar dedicado a: DERECHO SANITARIO: ACCESO A LA SANIDAD, RESPONSABILIDAD CIVIL, MEDICAMENTOS, SEGUROS MÉDICOS Y SEGURIDAD ALIMENTARIA), pp. 479-504.

AGUILAR RUIZ, L., La protección legal del consumidor de crédito, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

AQUILLUÉ SIMÓN, G., “Recientes aportaciones jurisprudenciales en materia de contratos de permuta financiera (swaps)”, Revista jurídica de Catalunya, Vol. 112, Nº 1, 2013, pp. 155-166.

ARENILLAS LORENTE, C., El papel de la CNMV en los mercados de valores y los retos del futuro, Conferencia pronunciada en Cursos de la UIMP: <http://www.cnmv.es/Portal/ALDia/Discursos.aspx?tipo=1> , Santander, Junio 2007, pp. 1-17.

ARENTSEN, E., MAUER, D.C., Rosenlund, B., Zhang. H. H., ZHAO, F., “Subprime mortgage defaults and credit default swaps”, The Journal of finance, Vol. 70, Nº 2, 2015, pp. 689-731.

ARROYO I AMAYUELAS, E., “¿Qué es "forma" en el derecho contractual comunitario de consumo?”, Anuario de Derecho civil, Vol. LXI, núm. 2, 2008, pp. 520-522-525.

ASÚA GONZÁLEZ, C. I., La culpa in contrahendo. Tratamiento en el derecho alemán y presencia en otros ordenamientos. Servicio de publicaciones de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989.

BAKOS, Y., MAROTTA-WURGLER, F. y TROSSEN, D.R., “Does Anyone Read the Fine Print? Testing a Law and Economics Approach to Standard Form Contracts”, NYU Center for Law, Economics and Organization, LAW & ECONOMICS Research Paper Series, Working Paper No. 09-40 (Octubre 2009).

BARRACHINA GARCÍA, E., “Análisis de jurisprudencia inglesa reciente en materia de "swaps", Revista de derecho bancario y bursátil, Año nº 31, Nº 127, 2012, pp. 269-294.

BASOZABAL ARRUE, X., “En torno a las obligaciones precontractuales de información” Anuario de derecho civil, 2009, Vol. 62, Nº 2, 2009, pp. 647-712.

BAZ BARRIOS, S., “La problemática de los swaps o contratos de permuta financiera”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, ISSN-e 2254-2582, Nº. 8, 2013 (Ejemplar dedicado a: DERECHO SANITARIO: ACCESO A LA SANIDAD, RESPONSABILIDAD CIVIL, MEDICAMENTOS, SEGUROS MÉDICOS Y SEGURIDAD ALIMENTARIA), pp. 453-478.

BELINCHÓN ROMO, M. R., “El contrato de gestión de riesgos financieros. Análisis jurisprudencial de los "swaps", *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa /coord. por Matilde Cuenca Casas, Luis Antonio Anguita Villanueva, Jorge Ortega Doménech*, 2013, pp. 331-352.

BELTRÁ CABELLO, C., “Contratos financieros: swaps y vicios del consentimiento: Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de julio de 2014”, *CEFlegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, Nº. 163-164, 2014, pp. 91-100.

BELTRÁN CALFURRAPA, R., “La tónica jurídica y su vinculación argumentativa con el precedente y la jurisprudencia”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, nº 39, diciembre 2012.

BERGEL SAINZ DE BARANDA, Y., “El caso Lehman Brothers en la jurisprudencia española. Alcance de la responsabilidad de las entidades bancarias y de las empresas de servicios de inversión”, *Revista de Derecho Bancario y Bursatil*, nº 128/2012, Madrid, 2012.

BERROCAL LANZAROT, A. I., “La permuta financiera (swap) y su eventual ineficacia”, *Actualidad civil*, Nº 7-8, 2014

BLANCO-MORALES LIMONES, P., “Medidas de lucha contra la morosidad”. *Diario La Ley*. Ed. Grupo Wolters Kluwer, 2011, pp. 389-492.

BLANCO, TERESA, “Lista la Directiva que busca proteger al inversor y acorralar la especulación”, *El Economista*, Ed. Iuris Lex, 25 de abril de 2014.

CALLEJO CARRIÓN, S., y DE PRADA RODRÍGUEZ, M., “Swaps: no todo vale al amparo de la autonomía de la voluntad”, *Diario La Ley*, Nº 8471, 2015

CASTRONOVO, C., “Information Duties and Precontractual Good Faith”, *European Review of Private Law*, 4-2009, pp.559-571.

CHARLES GOODHART, A.E., “The Financial crisis and the structure of contracts”, Ed. Vox, December 17, 2009.

CHEREDNYCHENKO, OLHA O., “European Securities Regulation, Private Law and the Investment Firm-Client Relationship”, *European Review of Private Law*, Vol. 17, No. 5, October 28, 2009, pp. 925-952.

CHEREDNYCHENKO, OLHA O., *Fundamental rights. Contract Law and the protection of the weaker party a comparative analysis of the constitutionalisation of contract Law, with emphasis on risky financial transaction*, ed. Sellier, Munich, 2007.

CHURRUCA, J. y MENTXAKA, R., *Introducción histórica al Derecho Romano*. Ed. Deusto (15ª edición), Bilbao, 1994, p.172.

CONTHE GUTIÉRREZ, M., "Swaps de intereses: la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de enero de 2015", *Diario La Ley*, Nº 8515, 2015.

CUENA CASAS, M. y COLINA MEDIAVILLA, J. L., *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Ed. Civitas SL, julio de 2009.

DASTIS, JUAN CARLOS M.: "Change of Circumstances (Section 313 BGB) Trigger for the Next Financial Crisis?. *European Review of Private Law (ERPL)*, Vol. 23, No. 1, pp. 85-99, 2015: "Los swaps en Alemania y Portugal". Disponible en <http://derechomercantilesparana.blogspot.com.es/2015/08/los-swaps-en-alemania-y-en-portugal.html> (consulta: 30 de agosto de 2015).

DE LA LLANA VICENTE, M., "Contratos sobre productos financieros derivados (Swaps): inexistencia de error vicio pese al cambio de los tipos de interés". *Revista del poder judicial*, Nº 95, 2013, pp. 34-36.

DE LA SIERRA FLORES, M., "Transparencia sobre los derivados extrabursátiles", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 129/2013, Madrid, 2013.

DE LA TORRE GALLEGOS, A., *Operaciones de Permuta Financiera (Swaps)*, Ed. Ariel, Barcelona, 1996.

DÍAZ RUIZ, E. e IGLESIAS RODRÍGUEZ, J., "A propósito de los contratos de permuta de tipo de interés (swaps)", *Revista Dº Bancario y Bursátil*, núm. 124, octubre-diciembre 2011, pp. 213-246.

DÍAZ RUIZ, E. y RUIZ BACHS, S., "Los pagos en las permutas financieras sobre tipos de interés (interés *rate swap*-IRS) no son intereses", *Diario La Ley*, núm. 7387, 23 de abril de 2010.

DRAGOMIR, L., "European Prudential Banking Regulation and Supervision: The legal dimension". Abingdon: Routledge, 2010, 422 pages.

ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., "Los "Swaps" de tipos de interés y la tutela de los consumidores", *Estudios jurídicos sobre derivados financieros / coord. por Carmen Alonso Ledesma, Alberto Alonso Ureba, María del Carmen de la Orden de la Cruz, Ana Felicitas Muñoz Pérez, Reyes Palá Laguna*, 2013, pp. 581-618. *Ley*, Ed. Grupo Wolters Kluwer, nº 8549, 28 de mayo del 2015, pág. 18 y 19.

ESPIN GUTIERREZ C., *Las Fuentes del Derecho Bancario*, en A. SEQUEIRA (dir.), *Derecho Bancario*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 98-99.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Las aportaciones de créditos contra sociedad en desequilibrio patrimonial y tutela de la integridad del capital social”, *Anuario de derecho concursal*, Nº. 35, 2015, pp. 43-99.

FERRANDO VILLALBA, M^a. L., “Swap: Vicios del consentimiento y anulación del contrato”, *Diario La Ley*, núm. 7523, 3 de diciembre 2010, pp. 1-10.

FERRER-BONSOMS HERNÁNDEZ, M., “Las cláusulas más peligrosas que podemos encontrar en las hipotecas.”, *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, Nº. 145, 2014, pp. 40-43.

GÁLVEZ PASCUAL, J., “La protección de los consumidores y usuarios en la contratación de permuta financiera o swap”, *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* nº 9/2013, Pamplona, 2013.

GARCÍA-ESCÁRZAGA GONZÁLEZ, F., “Protección de clientes bancarios”, *Revista del Colegio de Abogados de Bizkaia*, 2011, núm. 206., pp. 12-13.

GARCÍA COLLANTES, J.M., “Es necesario reforzar los controles preventivos y la transparencia de los contratos financieros”, *Diario La Ley*, Ed. Grupo Wolters Kluwer, 29 de julio de 2014, nº 8364.

GARCÍA CRESPO, J. M., “Mercado hipotecario y seguridad jurídica”, *Diario La Ley*, Ed. Grupo Wolters Kluwer, 28 de junio del 2011, nº 7661, pág. 1.

GARCÍA RUBIO, M. P., “La forma en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Una aproximación al formalismo como característica del Derecho de consumo”, *Actualidad Civil*, núm.15/11, abril 1994, pp. 277-289.

GARCÍA RUBIO, M. P., “La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos”, *Anuario de Derecho civil*, Vol. 63, Nº 4, 2010, pp. 1621-1642.

GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*. 2^a Ed. revisada y corregida por S. MOLL, ed. Imprenta Aguirre, Madrid, 1975, p. 181.

GILIKER, P., “Pre-contractual Good Faith and the Common European Sales Law: A Compromise Too Far?”, *European Business Law Review*. Ed. Kluwer Law International, 1-2003, pp. 79-104.

GOMÁ LANZÓN, F., “Participaciones preferentes, swaps y otros productos financieros complejos: análisis crítico de su comercialización y algunas propuestas”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 53, 2012-2013, pp. 425-458.

GÓMEZ POMAR, F. & GILI SALDAÑA, M., “El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos”. *Indret*, 2012, pp.1-27.

GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, C., *Las cláusulas de exigibilidad anticipada del crédito en los contratos bancarios*, Ed. Tirant lo Blanch, 2012.

GÓMEZ URQUIJO, L., “El acceso a cuentas de pago básicas como elemento de cohesión e integración del mercado interior europeo”, *Revista General de Derecho Europeo*, 2014 (32).

GÓMEZ URQUIJO, L. y TOMÁS MARTÍNEZ, G., “La Orden Ministerial de Transparencia y protección del cliente de servicios bancarios: un ejemplo del nuevo marco de confianza en el sistema financiero europeo” en GÓMEZ, F., HERRÁN, A., ATXABAL, A., *Retos del Derecho en una economía sin fronteras*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2012, pp. 65-72.

GRUNDMANN, S. & YESIM, M.A., *Financial services, financial crisis and general European Contract law: Failure and Challenges of Contracting*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011.

HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La obligación precontractual de la entidad de crédito de informar al cliente en los servicios bancarios y de inversión*. Madrid, Marcial Pons, 2014.

HOWELLS, G., “The potential and Limits of Consumer Empowerment by Information”, *Journal of Law and Society*, vol 32, núm. 3, sept. 2005, pp. 349-370.

IGLESIAS RODRIGUEZ, J. “A propósito de los contratos de permuta de tipos de interés (swaps)”, *Revista de Derecho Bancario* nº 124/2011, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2011. Págs. 213-246.

ISMAILESCU, I. y PHILLIPS, B., “Credit Default Swaps and market for sovereign debt”, *Journal of Banking and finance*, Vol 52, Nº 3, 2015, pp. 43-61.

IZQUIERDO GRAU, G., “Los deberes de información precontractual”. *Revista Occa (consulta marzo 2015)*. Véase en: http://www.occa.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=caa84ab9-468e-4722-93d4-87512efa56e2&groupId=5857552

JORGENSEN, T., “Credit advice”, *European Review of Private Law*, 2012, 4, pp. 961-988.

JUAN GÓMEZ, M., “Los efectos del tiempo en la acción de nulidad dirigida frente a contratos bancarios”, *Diario La Ley*, Ed. Grupo Wolters Kluwer, nº 8255, sección doctrina, 20 de febrero de 2014.

JUAN GÓMEZ, M., “Aproximación práctica a la figura del interés *rate swap* o permuta financiera de tipos de interés”, *Diario La Ley*, núm. 7581, 3 de marzo de 2011.

JUAN SANJOSÉ, R. J., “Los contratos de permuta financiera (Swaps)”, *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, Nº. 46, 2013, pp. 5-40.

JUAN SANJOSÉ, R. J., “Las medidas cautelares en las demandas de nulidad de los SWAPS”, *Diario La Ley*, Nº 8148, 2013.

LAMOTHE FERNÁNDEZ, P., PÉREZ GUERRA, M., PÉREZ SOMALO, M., “Contratación de swaps complejos, ¿qué problemas conlleva?”, *Estrategia financiera*, Nº 296, 2012, pp. 38-44.

LANDO, O. / BEACE, E., “Principles of European Contract Law”, Kluwer, The Hague / London / Boston, 2000. Pp. 1-62.

LARA GONZÁLEZ, R., “La Problemática jurídica actual de las líneas de crédito: swaps y concurso de acreedores”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, ISSN 2174-1840, Vol. 1, Nº. 9 (enero), 2013, pp. 69-84.

LLANA VICENTE, M. de la., “Contratos sobre productos financieros derivados (Swaps): inexistencia de error vicio pese al cambio de tipos de interés”. *Revista del poder Judicial*, nº 95, 2013 pp. 34-36.

LLAMAS POMBO, E., “Nulidad de clips, swaps y figuras similares por vicio del consentimiento.”, *Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Nº. 114, 2013, pp. 4-7.

LOHMUS, U., “Contratos de permuta financiera («swaps») destinados a proteger las variaciones de los tipos de interés correspondientes a los productos financieros: TJ Sala Cuarta, S 30 mayo. 2013”, *La Ley Unión Europea*, Nº. 6, 2013, pp. 46-48.

LORRIO GIL, A., “La apreciación restrictiva del error invalidante en los contratos de swaps: comentario a la STS de 21 noviembre 2012 (RJ 2012, 11052)”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, Nº 862, Pamplona, 2013, pág. 3.

MACMILLAN, C., *Mistake in the contract Law*, Oxford: Hart publishing, 2010.

MARÍN LÓPEZ, M. J., “La causa del contrato”, *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* nº 18/2007, Pamplona, 2007.

MARÍN LÓPEZ, M.J., “La nueva regulación europea del crédito al consumo “. *Centro de estudios de consumo. Véase en el link:* https://www.uclm.es/profesorado/mjmarin/invest_art_35.pdf. (junio 2015).

MARÍN NARROS, H. D., “Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad de los "swaps"”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año nº 89, Nº 737, 2013, pp. 1477-1531.

MAROTTA-WURGLER, F., “Does disclosure matter?”, *NYU Center for Law, Economics and Organization, LAW & ECONOMICS Research Paper Series*. Working Paper No. 10-54 (Noviembre 2010).

MARTÍN ARAHAL, J.J., “Acción de anulabilidad de las permutas financieras o swaps”, *La Toga*, Nº. 188, 2013, pp.25-31.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., “Nulidad de “cláusulas suelo” de intereses en contratos de préstamo hipotecario. Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla de 30 septiembre 2010”, *Revista Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 121, enero-marzo 2011, pp. 209-239.

MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Cláusulas abusivas en contratos bancarios”. *Revista Centro de Estudios de Consumo*, Nº. 4, 2012, pp. 51-69.

MARTÍNEZ PARDO DEL VALLE, R. et al., “Informe y conclusiones del Observatorio sobre la Reforma de los Mercados Financieros Europeos (2010)”. *En Observatorio sobre la reforma de los mercados financieros europeos, Fundación de Estudios Financieros, Papeles de la Fundación nº 37, 2011, pp. 13-46.*

MARTÍNEZ PÉREZ-ESPINOSA, A., “Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios”, *Revista Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 124, octubre-diciembre 2011, pp. 279-284.

MAGRO SERVET, V., “Sobre el carácter abusivo de las cláusulas de sumisión expresa en los contratos de consumidores”, *Revista de Jurisprudencia, Ed. El Derecho*, nº 1, 3 de junio de 2015.

MANKOWSKI, P., “Information and Formal Requirements in EC private law”, *European Review of Private Law*, 2005, núm. 13-vol. 6, pp. 779-796.

MARÍN LÓPEZ, M. J., “Los derechos del consumidor en la fase de ejecución del contrato, según la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo”, *Diario La Ley, Ed. Grupo Wolters Kluwer*, 13 de septiembre de 2011, pág. 7.

MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN. G., “La comercialización de swaps de tipos de interés como parte de productos financieros”, *Diario La Ley*, Nº 8129, 2013.

MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización de swaps de tipos de interés por las entidades de crédito*, Bosch, Barcelona, 2012.

MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN. G., “La comercialización de swaps de tipos de interés como parte de productos financieros: comentario de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 30 de mayo de 2013”, *Diario La Ley*, Nº 8138, 2013.

MERCADAL VIDAL, F., y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., “Primeras sentencias del Tribunal Supremo sobre swaps de tipos de interés comercializados por entidades de crédito”, *luris: Actualidad y práctica del derecho*, Nº 190, 2013, pp. 37-42.

MORENO LISO, L., “Nuevas soluciones para la protección del consumidor frente a los contratos bancarios”, *Diario La Ley*, núm. 7514, 22.11.2010 y “El consumidor ante las cláusulas abusivas en los contratos bancarios”, *Revista Dº Bancario y Bursátil*, núm. 122, abril-junio 2011, págs. 47-86.

NAVAS, J.I., “Cláusula del convenio arbitral en las participaciones preferentes”, *Revista Aranzadi doctrinal* nº 6/2012, Pamplona, 2012.

NOVAL LAMAS, J.J. “El derecho de la información en la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores”, *Revista de Derecho Bancario* nº 126/2012, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2012., pp. 215-245.

OMRI BEN-SHAHAR Y C.E. SCHNEIDER, “The failure of mandated disclosed”, 2010, *The Chicago Working Paper Series* Index: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html> and at the Social Science Research Network Electronic Paper Collection. (Fecha consulta: 24.5.2012).

ONTIVEROS RODRIGUEZ, E., “Principales novedades del CMOF 2009”, *Auditoría pública* nº 53, 2011, pp. 95-108.

PAGADOR LÓPEZ, J., “Los swaps en el sistema contractual español.”, *Derecho de los negocios*, ISSN-e 2254-9013, Año nº 23, Nº 257, 2012, pp. 25-32.

PÉREZ ÁLVAREZ, P. “El valor jurídico del silencio en la teoría del negocio jurídico”, *en Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 28, 2013-II, pp. 285-306. Disponible en en: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/664064/RJ_28_15.pdf?sequence=1

PÉREZ DAUDÍ, V., “Aspectos procesales de la impugnación de los contratos de permuta financiera o swaps”, *Diario LA LEY*, núm. 7565, 9 de febrero de 2011.

PÉREZ GUERRA, M., “El abuso de mercado: Business as usual» en las operaciones de derivados”, *Diario La Ley*, Nº 8582, 2015.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los elementos esenciales del contrato y el control de las condiciones generales”, *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* nº 17/2003, Pamplona, 2003.

PHILLIPS, B. y ISMAILESCU, I., “Credit default swaps and the market for sovereign debt”, *Journal of banking and finance*, Vol. 52, Nº 3, 2015, pp. 43-61.

PINNA, A., *The obligations to inform and to advise. A contribution to the development of European contract law*, Den Haag, 2003.

PLANA PALUZIE, A., “Análisis teórico y práctico de la anulabilidad de los swaps”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº. 1 (abril 2013), 2013, pp. 143-178.

RALUCA STROIE, I., “Deberes de información en los contratos de permuta financiera. Un recorrido por la jurisprudencia civil de 2012”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Nº. 5, 2013, pp.124-151.

RÍOS LÓPEZ, Y., “La prueba del error-vicio en los procesos de nulidad de los swaps”. *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, Nº 214, 2014, pp. 36-39.

RIVERO ALEMÁN, S., *Crédito, consumo y Comercio electrónico*, Aranzadi. Madrid, 2002 pp. 614 y 616.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “El contrato swap y el recurso de casación”, *Revista Aranzadi doctrinal*, nº 5/2011, Pamplona, 2011.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “Los swaps también han de cumplir la directiva MIFID: STJUE 30 de mayo de 2013”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº. 6 (octubre 2013), 2013, pp. 77-83.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “La alegación de nulidad en los contratos bancarios”, *Revista Aranzadi doctrinal*, nº 3/2014, Pamplona, 2014.

RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., “La cuantía de los pleitos de swaps. A propósito de los autos de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 15 de junio y de 7 de septiembre de 2010”, *Diario La Ley*, Ed. Grupo Wolters Kluwer, nº 7549, Sección Doctrina, 18 de enero de 2011.

ROPPO, V., “From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts”, *European Review of Contract Law*, 3-2009, pp. 304-349. pp. 304-349.

ROQUETA RODRÍGUEZ, A., ““Swaps” o permuta financiera”, *Economist & Jurist*, Vol. 20, Nº. 160, 2012, pp. 52-60.

ROSILLO FAIREN, A., *La configuración del contrato de adhesión con consumidores*, La Ley, Madrid, 2010, p. 34.

SABATER BAYLE, E., “Interpretación de los contratos de inversión en productos financieros estructurados”, *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* nº 1/2015, Pamplona, 2015.

SALAS CARCELLER, A., “Nulidad por error del cliente bancario en un contrato swap. Comentario sobre la sentencia del Tribunal Supremo sala 1ª, de 26 de febrero del 2015”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6, 2015, pp. 133-139.

SÁNCHEZ MARTÍN, C., “La correcta determinación del dies a quo para el ejercicio de la anulación de los contratos bancarios complejos – el final de una larga polémica. Comentario de la STS del Pleno de la Sala Primera de 12 de enero de 2015 —rec. 2290/2012.

SANZ ACOSTA, L., “La evolución de la jurisprudencia del TS en materia de swaps y su culminación en la sentencia 20 de enero de 2014”, *La Ley mercantil*, Nº. 2 (mayo), 2014, pp. 92-99.

SANZ ACOSTA, L., “Primeras sentencias del Tribunal Supremo en torno a la nulidad de los swaps”, *Actualidad civil*, Nº 2, 2013.

SANZ BAYÓN, P., “Sobre la tónica jurídica en Viehweg”, *Revista telemática de Filosofía del Derecho*, nº 16, 2013, pp. 83-108.

SCHULZE, R., “Precontractual Duties and Conclusion of Contract in European Law”, *European Review of Private Law*, 6-2005, pp. 841-866.

SCHULZE, R. (ed.). *Common European Sales Law (CESL). Commentary*. ed. C.H.Beck-Hart-Nomos, Munich, 2012.

SCHULZE, R. & STUYCK, J., *Towards a European Contract Law (Which regulations are needed by European businesses and consumers for cross-border transactions?)*, *Ed. Centre for European Private Law*, 21 September 2011.

SZPRINGER, WLODZIMIERZ, “Anti-Usury and Consumer Bankruptcy Regulation – A trade off? An Attempt at Regulatory Impact Assessment”, *European Business Law Review*. Ed. Kluwer Law International, 2010, pp. 67-80.

TAPIA HERMIDA, A.J., “Jurisprudencia reciente de Audiencias Provinciales sobre demandas de nulidad por error en la comercialización de productos financieros por los bancos”, en *Revista de Dº Bancario y Bursátil*, núm. 124, octubre-diciembre 2011, pp. 273-276.

TAPIA HERMIDA, A.J., “El nuevo Código de Conducta de IOSCO de marzo de 2015 sobre Agencias de Calificación Crediticia (Agencias de Rating)”, *Revista de derecho bancario y bursátil*, Año nº 34, Nº 138, 2015, pp. 286-291.

TOMÁS MARTÍNEZ, G., “Derecho privado comunitario y evolución de las consecuencias del incumplimiento del deber de información del derecho de desistimiento: contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil”, *Revista de Derecho comunitario europeo*, mayo/agosto (2012) núm. 42, pp. 543-571.

TOMÁS MARTÍNEZ, G., “El instrumento opcional Common European Sales Law: ¿una vía para avanzar en la armonización del derecho contractual europeo?”, en GOMEZ, F., ENCISO, M., EMALDI, A. (eds.), *Globalización y Derecho: desafíos y tendencias*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2013, pp. 53-63.

TOMÁS MARTÍNEZ, G., “Hacia una nueva regulación de las cuentas de pago en un contexto de crisis económica: más transparencia y accesibilidad en la Unión Europea”, *Revista Facultad de Derecho y CCCPP (Colombia)*, 2014, Vol. 44, No. 120, pp. 87-116.

TOMÁS MARTINEZ, G. y GOMEZ URQUIJO, L., “La protección al cliente bancario en el nuevo marco de gobernanza financiera europea”. *Breve comentario a la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*, Diario La Ley, Nº 7842, Sección Doctrina, 20 Abr. 2012, Año XXXIII, Editorial LA LEY. LA LEY 4043/2012.

TORRES GALLEGO. A., *Operaciones de Permuta Financiera (Swaps)*. Editorial Ariel. Madrid 1996.

TRIAS PINTO, C., “Productos financieros socialmente responsables”, Dictamen del Comité económico y social europeo sobre el tema de productos financieros socialmente responsables *DOCE* nº C21, 21 de enero, pág. 23, Notario. Enero / febrero 2011, pág. 95.

URÍA FERNÁNDEZ, F., “La aplicación de la MiFID a las entidades de crédito”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2007, pp. 41-50.

VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad precontractual*. Ed. Reus. Madrid, 2012.

VALPUESTA, E. (coord.), *Unificación del derecho patrimonial europeo*. Barcelona: Bosch. (Traducción comentada de la versión articulada del DCFR), Aranzadi, Pamplona, 2011.

VAQUER, A., BOSCH, E. & SÁNCHEZ, M., *Derecho europeo de contratos: libros II y IV del Marco Común de Referencia, Atelier*, Barcelona, 2012.

VÁZQUEZ GARCÍA, D., “Examen de la reciente jurisprudencia de la sala primera del Tribunal Supremo”, *Diario la Ley*, nº 8536, de 11 de mayo de 2015.

VEGA VEGA, J. A., *Contrato de permuta financiera*, Ed. Aranzadi, 2002, pág. 63.

VIEHWEG, T., *Tópica y jurisprudencia (Traducción de Luis Díez-Picazo Ponce de León)*, Civitas, Madrid, 2007.

VON BAR, C., CLIVE. E., SCHULTE-NÖLKE, H., y otros (eds.) (2009). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, 6 Vols, Sellier, Munich, 2009.

VON BAR, C. y otros (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline edition. Sellier, Munich, 2009.

WILHELMSSON, T. Y TWIGG-FLESNER, CH., “Pre-contractual Information Duties in the Acquis Communautaire”, *European Review of Contract Law*, 4-2006, num. 2, pp.441-470.

WILHEMSSON, T., "Private Law Remedies against the Breach of Informational Duties", en R.SCHULZE, M. EBERS, H.C. GRIGOLEIT (Eds.), *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*, Tübingen, 2003, pp. 235-245.

ZUNZUNEGUI PASTOR, F., "Negociación de Swaps por cuenta propia", *Derecho bancario y bursátil / coord. por Fernando Zunzunegui Pastor; Antonio Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos (pr.)*, 2012, pp. 653-684.

A.V.2. Informes institucionales.

EUROPEAN BANKING AUTHORITY, *Follow-up review of banks's transparency in their 2010 Pillar 3 reports*, 2011, <http://www.eba.europa.eu/News--Communications/Year/2011/EBA-publishes-follow-up-review-of-banks-transpare.aspx>. (Última consulta 11 de noviembre de 2011). Véase: EUROPEAN PARLIAMENT, *Assessment of the cumulative impact of various regulatory initiatives on the European Banking Sector*, Brussels, 2011, pp.58-59.

http://www.bde.es/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/09/Fich/Actividad_desarrollada.pdf.

<http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/13/2.RESUMEN.PDF>

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:145:0001:0044:ES:PDF>.

<http://www.aebanca.es/Deinter%C3%A9sectorial/ContratoMarcodeOperacionesFinancieras/index.htm?pAnio=1997>. Última consulta 17/07/2015.
