

Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad de los *swaps*

por

HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS

Doctor en Derecho

Abogado

SUMARIO:

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA CUANTÍA DEL PROCEDIMIENTO.
- III. LA ACUMULACIÓN SUBJETIVA DE ACCIONES.
- IV. LA CADUCIDAD DE LAS ACCIONES POR VICIO EN EL CONSENTIMIENTO.
- V. EL ERROR EN EL CONSENTIMIENTO.
 - 1. EL PERFIL DEL DEMANDANTE Y LA POSIBLE INEXCUSABILIDAD.
 - 2. LA CARGA DE LA PRUEBA DEL ERROR.
 - 3. LA CONFUSIÓN CON UN SEGURO.
 - 4. LA INICIATIVA DE LA ENTIDAD DE CRÉDITO.
 - 5. LA FALTA DE EQUILIBRIO EN LAS PRESTACIONES.
- VI. EL DOLO.
- VII. LA FALTA DE CAUSA.
- VIII. LA INFRACCIÓN DE LA NORMATIVA BANCARIA.
 - 1. REFLEXIÓN SOBRE LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA MIFID A ESTOS SUPUESTOS.
 - 2. ÁMBITO TEMPORAL DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA MIFID.
 - 3. INCUMPLIMIENTO RESPECTO A LA NO REALIZACIÓN DEL TEST MIFID Y LA AUSENCIA DE ENTREGA DE DOCUMENTACIÓN PRECONTRACTUAL.
 - 4. ANÁLISIS DE LA OBLIGACIÓN DE SUMINISTRAR PREVISIONES SOBRE EL ELEMENTO ALEATORIO AL QUE PROPORCIONA COBERTURA EL *SWAP*.
 - 5. LA PROBLEMÁTICA DE LAS CLÁUSULAS DE CANCELACIÓN.
 - 6. ESTUDIO RESPECTO A LA POSIBLE NULIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA BANCARIA.

- IX. LA NORMATIVA DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y DE CONSUMIDORES.
- X. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS.
- XI. LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*.
- XII. LAS COSTAS.
- XIII. CONCLUSIONES.
- XIV. BIBLIOGRAFÍA.
- XV. JURISPRUDENCIA CONSULTADA.

I. INTRODUCCIÓN

Los *swaps* o permutas financieras se han venido utilizando en el tráfico jurídico desde la década de los años 40¹. Sin embargo, nunca han sido tan controvertidos como lo están sido estos últimos años², no solo a nivel nacional, sino también en otros países como Alemania³. Seguramente los principales motivos de su creciente litigiosidad han sido su comercialización a clientes minoristas por las grandes entidades de crédito y los resultados económicos negativos que ha provocado la fluctuación de los correspondientes elementos aleatorios. Aunque es posible que se haya producido un «efecto llamada» con las primeras sentencias de las Audiencias Provinciales, lo cual ha podido incrementar de manera exponencial la interposición de demandas sobre este tipo de contratos.

El objeto de este artículo no es profundizar sobre cada uno de los aspectos de las permutas financieras, sino simplemente proporcionar una serie de directrices respecto a algunas de las cuestiones jurídicas que frecuentemente se alegan en este tipo de pleitos⁴ a la luz de los diferentes posicionamientos doctrinales, de la jurisprudencia menor y de las sentencias del Tribunal Supremo de 15 y 21 de noviembre de 2012⁵. Y es que es evidente, con independencia de los análisis generales que puedan realizarse, que este tipo de controversias tienen

¹ Vid. GARCÍA LASTRES, J. L., *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo XXXIX, V. 5.º, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2009, págs. 769.

² Vid. JUAN GÓMEZ, M., «Aproximación práctica a la figura del *interest rate swap* o permuta financiera de tipos de interés», en *Diario La Ley*, núm. 7581, Sección Doctrina, de 3 de marzo de 2011, año XXXII, pág. 1; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., «La cuantía de los pleitos de *swaps* (a propósito de los Autos de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, de 15 de junio y de 7 de septiembre de 2010)», en *Diario La Ley*, núm. 7549, Sección Doctrina, de 18 de enero de 2011, año XXXII, pág. 1.

³ Cfr. STS alemán, asunto XI ZR 33/10, de 22 de marzo de 2011.

⁴ Vid. GARCÍA ANGULO, B. L., *Nulidad de los contratos swap en la jurisprudencia*, Eolas, 2011.

⁵ Primeras sentencias de nuestro Alto Tribunal recaídas en controversias sobre *swaps*.

que resolverse caso a caso según las circunstancias particulares del mismo, tal y como declara la SAP de Castellón, Sección 3.^a, de 26 de septiembre de 2011.

II. LA CUANTÍA DEL PROCEDIMIENTO

Este aspecto tiene una especial relevancia para las costas y el posible acceso al recurso de casación por razón de la cuantía⁶. Esta última cuestión parece que en la actualidad tiene menor relevancia, puesto que con la modificación introducida por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal y el Acuerdo de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 30 de diciembre de 2011, el acceso por razón de la cuantía se ha elevado a 600.000 euros, pero la posibilidad de acceso, al menos teóricamente, se ha flexibilizado con la interpretación del interés casacional⁷. En este sentido, el propio Acuerdo comenta:

«La Ley 37/2011 establece con carácter general la existencia de un interés casacional —que consiste, en síntesis, en la necesidad de unificación o fijación de la interpretación de la ley— como presupuesto que da lugar a la admisibilidad del recurso, cualquiera que sea la forma de tramitación y la cuantía del asunto. Se exceptúan los asuntos que no se tramitan por razón de la materia y que tienen una cuantía superior a 600.000 €, en los cuales el recurso es admisible sin que concurra aquel presupuesto. En suma, la baja cuantía del asunto no opera a partir de la reforma como impedimento para la admisibilidad del recurso de casación. Paralelamente, el carácter excepcional del recurso de casación por razón de la cuantía comporta la necesidad de una interpretación rigurosa de esta modalidad para que mantenga su finalidad de unificación de la aplicación de la ley civil y mercantil, y no se convierta en una vía de acceso al TS carente de justificación institucional».

⁶ Cfr. GARCÍA ANGULO, B. L., *op. cit.*, págs. 30 a 32, y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., *op. cit.*, pág. 4.

⁷ A estos efectos se dice *teóricamente*, ya que el propio Acuerdo del Tribunal Supremo exige para la concurrencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales lo siguiente: *«este elemento exige que sobre un problema jurídico relevante para el fallo de la sentencia recurrida se invoquen dos sentencias firmes de una misma sección de una AP que decidan en sentido contrario al seguido en otras dos sentencias, también firmes, de una misma sección. Esta última ha de ser distinta, pertenezca o no a la misma AP. Las sentencias han de haber sido dictadas con carácter colegiado. Una de las sentencias invocadas ha de ser la recurrida»*. Lo cual indudablemente supone restringir de manera considerable el acceso a la casación por este motivo.

Dentro de ese contexto parece que hay que encuadrar los Autos del Tribunal Supremo que tanta polémica han generado⁸: uno de 15 de junio de 2010 y dos de 18 de enero de 2011. En estos autos el Tribunal Supremo consideraba que la cuantía del litigio era el precio del contrato, que a estos efectos era el nocional o nominal del contrato. No podemos dejar de señalar que tal cifra es teórica y que la probabilidad de que el resultado del litigio implique el abono de dichas cantidades es prácticamente inexistente⁹. Y ello porque el nocional del contrato es la referencia que se toma como base para calcular las liquidaciones que genera esta clase de contratos¹⁰. Por lo tanto, tales autos parecen responder al interés del Tribunal Supremo de conocer de estas controversias, flexibilizando el criterio de la cuantía de una manera que ha sido bastante cuestionada por la doctrina¹¹. De hecho el Tribunal Supremo no ha seguido ese criterio flexible en otros pronunciamientos, como en los Autos de 7 de septiembre de 2010 y de 19 de septiembre de 2011¹².

Pero como acertadamente indica parte de la doctrina, parece incuestionable que la cuantía en los litigios que las permutas financieras no han vencido ha de ser indeterminada, puesto que es imposible determinar la cuantía de las liquidaciones pendientes al depender estas de un elemento aleatorio¹³. Aunque hay algún autor que comenta que el criterio correcto sería ceñirse a la cuantía reclamada, que corresponde con el importe de las liquidaciones que ya han sido giradas. Y ello porque las liquidaciones pendientes serían una condena a futuro al amparo del artículo 220 de la LEC¹⁴, cuyo importe no es tenido en cuenta para fijar la cuantía del litigio¹⁵. Esta última postura es interesante por su precisión técnica, pero parece que en determinados supuestos puede no ajustarse a la realidad. En efecto, en algunos casos puede que las liquidaciones

⁸ Cfr. GARCÍA ANGULO, B. L., *op. cit.*, págs. 27 y sigs., y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., *op. cit.*, págs. 3 y sigs.

⁹ Cfr. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., *op. cit.*, pág. 8.

¹⁰ Cfr. VEGA VEGA, J. A., *El Contrato de Permuta Financiera (swap)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, págs. 122 y 123; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., *op. cit.*, pág. 7; GARCÍA LASTRES, J. L., *op. cit.*, pág. 769.

¹¹ Cfr. GARCÍA ANGULO, B. L., *op. cit.*, págs. 27 y sigs., y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., *op. cit.*, págs. 1 y sigs.

¹² En ese mismo sentido parece pronunciarse la STS de 21 de noviembre de 2012, en la que el Alto Tribunal afirma sobre el nocional del *swap* que «ha de indicarse, para poner de relieve el significado meramente especulativo de la operación, que el importe nominal de los capitales convenidos en los contratos de dos mil cinco —al igual que había sucedido en los del año anterior—, esto es, un millón ochocientos tres mil euros (1.803.000 €), en uno, y setecientos cuarenta y nueve mil euros (749.000 €), en el otro, constituyeron, por voluntad de las partes, una mera referencia contable solo tomada en consideración para el cálculo de los intereses durante la vigencia de las relaciones contractuales».

¹³ Cfr. GARCÍA ANGULO, B. L., *op. cit.*, pág. 27.

¹⁴ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en lo sucesivo, «LEC».

¹⁵ Cfr. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., *op. cit.*, pág. 9.

futuras cambien de signo de manera relevante, y con ello se modificaría incluso la posición de acreedor de las restituciones recíprocas tras la compensación. Por ello, y porque la cuantía indeterminada no parece perjudicar ni en materia de costas¹⁶ ni para el acceso a la casación¹⁷, parece más acertado considerar dicha cuantía como indeterminada.

De la misma manera, siguiendo lo postulado por el Tribunal Supremo en su Auto de 7 de septiembre de 2010, habría que concluir que una vez que el contrato litigioso ha vencido, o ya se ha girado o comunicado al cliente el importe de la última liquidación (puesto que estas se calculan al inicio del periodo de cálculo), la cuantía debería corresponder con el saldo final de las liquidaciones giradas¹⁸.

Con independencia de lo anteriormente expuesto, habría que señalar que en el proceso ejecutivo, una vez estimada la demanda (o incluso en el proceso declarativo si el fallo de la sentencia condena a una cuantía concreta), la realización del cálculo directamente sobre el saldo de las liquidaciones en ambos sentidos, en vez de calcular los intereses sobre cada una de ellas y posteriormente calcular el saldo final, puede suponer unas grandes distorsiones que a la postre, podrían constituir una vulneración de la aplicación estricta del artículo 1303 del Código Civil¹⁹.

En consonancia con lo previamente explicado, parece que habría que concluir que la cuantía de esta clase de litigios debería ser indeterminada si el *swap* está en vigor, o determinada por el saldo correctamente calculado de las liquidaciones cuando el contrato litigioso está vencido o ya se ha girado la última liquidación.

III. LA ACUMULACIÓN SUBJETIVA DE ACCIONES

En este tipo de procesos sobre vicios del consentimiento, a pesar de que la concurrencia del mismo depende de las circunstancias de cada caso, se han

¹⁶ Si se entiende que lo conveniente es evitar unas costas elevadas que puedan desincentivar a los afectados a demandar, o simplemente evitarles un mayor perjuicio económico en el caso de que no sean estimadas sus pretensiones.

¹⁷ De esta forma quedaría vedado el acceso por razón de la cuantía, que igualmente estaría cerrado en la mayoría de los litigios (págs. 6 y 7 del Acuerdo del Tribunal Supremo), pero continuaría abierta la posibilidad de acceder por interés casacional. No podemos olvidar en cualquier caso, que el Tribunal Supremo ha entendido generalmente que los motivos de casación contemplados en el artículo 477.2 de la LEC son excluyentes. Cfr. Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, Sección 1.ª, de 21 de abril de 2009, y pág. 11 del Acuerdo del Alto Tribunal.

¹⁸ Cfr. GARCÍA ANGULO, B. L., *op. cit.*, págs. 27 y 28. Este criterio es especialmente aplicable cuando no hay controversia sobre el importe de la última liquidación. Si existe disputa sobre tal cantidad, parece que el criterio más prudente y acorde con el derecho de defensa, consistiría en tomar el importe mayor de las cantidades alegadas, puesto que solamente al resolver la controversia podrá esclarecerse qué cantidad realmente se debe.

¹⁹ Cfr. SSTs de 22 de noviembre de 2005 y de 23 de junio de 2008.

iniciado con cierta frecuencia pleitos con un gran número de demandantes. En ellos una de las grandes controversias es la posible indebida acumulación subjetiva de acciones en virtud de los artículos 12 y 72 de la LEC. A estos efectos conviene recordar que tanto dichos artículos como la doctrina²⁰ y la jurisprudencia del Tribunal Supremo²¹, exigen que las acciones provengan de *un mismo título o causa de pedir*, o que exista *un nexo*, aclarando que tales requisitos se cumplen *cuando las acciones se funden en los mismos hechos*.

No obstante, en este tipo de procesos parece que no suele concurrir dicho nexo, puesto que los demandantes habitualmente han contratado productos que no son exactamente los mismos, han participado en diferentes procesos de contratación y tienen distintos perfiles. En consecuencia, los títulos no son los mismos, ya que nos encontramos ante contratos distintos. Y el nexo es difícil de apreciar cuando las comercializaciones y los demandantes no tienen ningún elemento en común, excepto que la contraparte de los contratos sea el demandado y que ejerciten, en su caso, el mismo tipo de acciones. Así, en algunos casos las circunstancias del actor particular pueden claramente indicar la inviabilidad de la pretensión del vicio en el consentimiento, en otros la comercialización puede que se haya realizado escrupulosamente conforme a la normativa y en otros casos puede que no concurra nada de lo anterior. Por lo tanto, se tendrá que producir necesariamente un pronunciamiento individualizado respecto a cada uno de los demandantes, que parece evitar el riesgo de resoluciones contradictorias, pero puede originar una mayor complicación del proceso. Lo cual puede suponer una mayor duración del proceso, y con ello, un evidente perjuicio a los actores cuando están en circunstancias económicas problemáticas. Además, los plazos concedidos al demandado por la LEC no experimentan modificación alguna en estos casos²², lo que puede originar una real indefensión al disponer del mismo tiempo para unas actuaciones procesales que objetivamente implicarían un mayor trabajo. Y es que es evidente que no es lo mismo contestar una demanda que responder a las alegaciones de un número relevante de actores, que muchas veces están particularizadas al tratarse de acciones por vicios del consentimiento. Por ese motivo los juzgados de primera instancia han estimado de oficio la indebida acumulación subjetiva de acciones en varias resoluciones sobre litigios de *swaps*, como los Autos de los Juzgados de Primera Instancia, número 1 de Madrid, de 13 de julio de 2011 y del número 91 de Madrid, de 5 de octubre de 2011.

²⁰ Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, A. y otros, *Curso de Derecho Procesal Civil, I. Parte General*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, págs. 459 y sigs., BANACLOCHE PALAO, J. y otros, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 201 y sigs.; LORCA NAVARRETE, A. M., *Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte general. El nuevo proceso civil*, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 316; ROBLES GARZÓN, J. A. y otros, *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, págs. 276 y 277.

²¹ Cfr. STS de 13 mayo de 2005.

²² Como consecuencia de no haber contemplado esta especialidad la ley.

De la misma manera se han pronunciado en algunas ocasiones las Audiencias Provinciales a la hora de resolver controversias similares. En este sentido se pueden citar el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3.^a, de 27 de marzo de 2007, respecto a más de cien contratos de compraventa de multipropiedad, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21 bis, de 31 de mayo de 2012, en la cual se ejercitaban varias acciones, entre las que estaba el vicio en el consentimiento, de 97 demandantes respecto a seis tipos de productos diferentes. En ese último caso, la Audiencia Provincial de Madrid sostuvo, entre otros argumentos, los siguientes:

«(...) debemos concluir en que nos encontramos ante una indebida acumulación subjetiva de acciones, por las siguientes razones:

1.º) Los actores son tanto entidades mercantiles como inversores minoristas, unos con experiencia en la contratación de productos similares y otros no (...).

2.º) Los productos contratados por los demandantes son diferentes: unos contrataron productos de LEHMAN BROTHERS, otros de BANCOS ISLANDESES (...) los instrumentos contratados (...) también difieren, además de las cuantías.

3.º) La forma de contratar fue distinta en cada caso: a unos inversores se les entregó ficha comercial, a otros no, unos contrataron telefónicamente, otros lo verificaron por escrito, unos no recibieron información previa a la contratación y otros recibieron folletos publicitarios.

(...) es diferente también lo que se preguntó al inversor y lo que se le aclaró, por lo que, llegado al caso, la sentencia que se dictara debería motivar, caso por caso, cada una de las circunstancias de cada uno de los demandantes, que son propias y que carezcan de nexo común.

(...) En nuestro caso, por las circunstancias expuestas, no existe sustrato común ni conveniencia de enjuiciamiento conjunto para evitar sentencias contradictorias. La estimación de la demanda respecto de unos y el rechazo respecto de otros nunca implicaría la existencia de resoluciones contradictorias, precisamente por las múltiples diferencias anteriormente expuestas. En resumen: no existe idéntico título ni causa de pedir. Ni existe identidad de personas ni de acciones ejercitadas, siendo las reclamaciones formuladas en cada caso susceptibles de resolución independiente, por fundarse en la existencia de contratos distintos, con objeto diferente, por lo que las reclamaciones formuladas en los distintos procesos pueden ser objeto de estimación o desestimación, sin que las resoluciones sean contradictorias entre sí».

Sin perjuicio de lo anterior, hay que indicar que en supuestos muy similares también se han producido pronunciamientos judiciales que han estimado debidamente acumuladas las acciones siguiendo la teoría de la acumulación objetiva-subjetiva, en virtud de la cual se flexibilizan los requisitos de acumulación subjetiva cuando se satisfacen los de la objetiva. A este respecto, podemos citar la SAP de Madrid, Sección 13.^a, de 23 de enero de 2009, y el Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 1 de Móstoles, de 4 de julio de 2011.

A pesar de la falta de consenso jurisprudencial, en consonancia con la doctrina de la jurisprudencia menor expuesta, parece que la acumulación subjetiva de acciones no debería proceder en supuestos en los que el único nexo entre ellas es que van dirigidas contra el mismo demandado por el mismo motivo: vicio en el consentimiento.

IV. LA CADUCIDAD DE LAS ACCIONES POR VICIO EN EL CONSENTIMIENTO

Es frecuente en estos litigios que se ejerciten acciones sobre contratos suscritos entre los años 2004 a 2008. Es decir, contratos que se han celebrado cuatro años antes del ejercicio de la acción. En muchas ocasiones esos contratos se han cancelado de mutuo acuerdo, concluyéndose en el mismo acto uno nuevo. Lo cual se conoce habitualmente como *reestructuraciones* u *optimizaciones*.

Evidentemente, este aspecto no es controvertido cuando la acción se ejercita dentro de los cuatro años tras la celebración del contrato. En el resto de los casos tiene que determinarse si nos encontramos ante un plazo de caducidad o prescripción, así como cuándo debe empezar a computar dicho plazo establecido en el artículo 1301 del Código Civil. Y ello porque al tratarse de una acción por vicio en el consentimiento, la consecuencia de su estimación es la anulabilidad²³. En consonancia con lo anterior, la acción es susceptible de haber caducado o incluso de que el vicio en el consentimiento haya sido confirmado, y por ende, subsanado, con posterioridad²⁴.

²³ Cfr. SSTS de 6 de abril de 1984, de 27 de noviembre de 1998 y de 13 de febrero de 2007. De igual manera se pronuncia la doctrina. Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Comentario del Código Civil*, T. II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pág. 541; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Contratos, Principios de Derecho Civil*, III, 13.^a ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2010, págs. 140 y sigs.

²⁴ Posibilidad que ha sido rechazada por algunas sentencias de manera muy criticable, puesto que entendían que se trataba de un supuesto de nulidad radical. Cfr. SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.^a, de 13 de junio de 2012.

Aunque hay posicionamientos contradictorios del Tribunal Supremo²⁵, parece que puede sostenerse que el criterio acertado es el de caducidad. Así lo ha sostenido el Tribunal Supremo en las SSTS de 27 de octubre de 2004 y de 5 de abril de 2006. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 2006 declara en su Fundamento Jurídico Tercero que:

«Respecto del plazo de ejercicio, dice el artículo 1301 del Código Civil (LEG 1889/27) que: “La acción de nulidad solo durará cuatro años”, precepto este que si en un primer momento se aplicaba a todas las nulidades incluidas las radicales, hoy existe plena conformidad en la doctrina y en la jurisprudencia que solo resulta aplicable a los supuestos de anulabilidad (SSTS de 13 de mayo de 1963 y 20 de noviembre de 1980 [RJ 1980/4145]). Pero lo más relevante y trascendente, con clara incidencia en el caso de autos, es si el referido plazo es un plazo de prescripción o de caducidad, porque los efectos que de ello pudieran derivarse son distintos. Al respecto, sin perjuicio de reconocer que la doctrina se encuentra dividida y que en la Jurisprudencia del TS encontramos algunas sentencias que se inclinan por considerarlo como de prescripción, ha de concluirse que la mayoría de la doctrina opina que el expresado plazo ha de calificarse como de caducidad apoyándose para ello en la propia literalidad del precepto comentado, al ser tal construcción la más acorde desde el punto de vista dogmático con la concepción de la acción de anulación como un derecho potestativo o de configuración jurídica, así como por razones de seguridad jurídica y de tráfico que demanda una clara y pronta definición de la situación jurídica. El TS en la actualidad parece definitivamente inclinarse por esta última posición en sentencias tales como las de 17 de febrero de 1966, 4 de abril de 1984 [RJ 1984/1926], 17 de octubre de 1989 [RJ 1989/6928] y 25 de julio de 1991 [RJ 1991/5421]».

En igual sentido se ha pronunciado nuestra mejor doctrina, como DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN²⁶ o LASARTE ÁLVAREZ²⁷. En concreto este último al respecto comentó:

«Conforme el artículo 1301.1, “sólo durará cuatro años”. Cabe deducir de dicho giro que se trata de un plazo de caducidad».

²⁵ Cfr. SSTS de 27 de marzo de 1987, de 27 de marzo de 1989, de 27 de febrero de 1997 y de 1 de febrero de 2002.

²⁶ Cfr. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, 6.ª ed., Civitas, Madrid, 2007, págs. 597 y sigs.

²⁷ Cfr. *op. cit.*, pág. 141.

En conclusión, y según el tenor literal del artículo 1301.1 del Código Civil y la jurisprudencia más arriba mencionada, parece que la acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento está supeditada a un plazo de caducidad de cuatro años por ser más coherente con la seguridad del tráfico jurídico.

Una vez resuelta la naturaleza del plazo, la cuestión estriba en determinar cuándo se inicia el cómputo del mismo. Conforme al artículo 1301 del Código Civil, el plazo tiene que iniciarse desde la consumación del contrato. Lo que no está claro es cuándo se produce dicha consumación. En ese sentido, la mayoría de las sentencias de las Audiencias Provinciales, siguiendo algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo, como la STS de 11 de junio de 2003, consideran que el plazo comienza a computarse cuando el contrato ha desplegado todos sus efectos²⁸.

Esta postura no parece acertada puesto que puede permitir el ejercicio de acciones muchos años después de haberse suscrito el contrato y haberse padecido el vicio en consentimiento. Y ello porque no es infrecuente que las permutas financieras tengan unos plazos de duración de cinco y ocho años en los supuestos de contratos ligados a la inflación o a los tipos de interés. Por consiguiente, parece que no resulta ni lógico ni equitativo el permitir que el demandante viva durante más de cuatro años en el supuesto error²⁹. Lo cual, a su vez, podría motivar que el pretendido error fuera en todo caso inexcusable según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo³⁰. En ese sentido, parece que podría ser aplicable lo sostenido por las SSAP de Badajoz, Sección 2.ª, de 26 julio de 2011; de Vizcaya, Sección 3.ª, de 30 de septiembre de 2011, o de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 10 de abril de 2012, en las que se considera que el plazo de caducidad comienza a computar en la fecha de celebración del contrato. Así, la SAP de Badajoz, Sección 2.ª, de 26 julio de 2011, ilustrativamente señala resolviendo un litigio no relacionado con *swaps*:

«Nos encontramos ante dos contratos de suscripción de participaciones. En el presente caso la consumación de los contratos coincide plenamente con la fecha de la suscripción. No puede ser de otra manera porque en otro caso nunca podría caducar la acción de nulidad de los mismos. Si los contratos no responden a las expectativas puestas por los adquirentes en la adquisición de las participaciones, y se entendiera que tal cosa se debe a un incumplimiento por parte de la vendedora del producto financiero, llegaríamos en tal caso al artículo 1124 del Código Civil. Si existe error o dolo es algo que debe detectarse con anterioridad. En esos cuatro años que contempla el artículo 1301 del Código Civil existe ya tiempo suficiente como para

²⁸ Cfr. SSAP de Asturias, Sección 5.ª, de 23 de julio de 2010; de Asturias, Sección 4.ª, de 7 de noviembre de 2011; de Álava, Sección 1.ª, de 11 de mayo de 2012.

²⁹ Cfr. SAP de Ávila, Sección 1.ª, de 31 de enero de 2013.

³⁰ Cfr. SSTs de 20 de diciembre de 2002, de 16 de diciembre de 2005 y de 5 abril de 2006.

apreciar si existen divergencias entre el resultado real y lo convenido, que es la esencia del error o del dolo. Fuera de este periodo de vigencia de la acción de nulidad, y más allá de esos cuatro años, ya solo cabe hablar de incumplimiento contractual, no de cosa diferente».

Este criterio ha sido aplicado a una controversia de swap por la SAP de Cádiz, Sección 8.ª, de 3 de octubre de 2012, que al respecto comenta:

«Entendemos, por tanto, que se ha de estar a cada caso en concreto. Por ello, dadas las particularidades del contrato concertado, cabría plantearse la posibilidad de que estuviera caducada la acción de nulidad, dado el tiempo en que se concertó el contrato, existiendo al efecto sentencias de las audiencias que entienden que el cómputo se inicia en la fecha de celebración del contrato, si efectivamente entendemos que el contrato se consuma en la fecha de celebración habría que declarar caducada la acción, debiéndose estimar el recurso sin entrar en el resto de consideraciones, este es el criterio de la sala pues desde luego que lo que no es de recibo es entender consumado el contrato cuando me perjudica y no cuando me beneficia».

En esa misma línea se han producido algunos pronunciamientos en la jurisprudencia menor, como las SSAP de Valencia, Sección 9.ª, de 13 de febrero de 2012 y de 27 de marzo de 2012, que directamente rechazaban entrar a conocer del asunto cuando el contrato ya se había extinguido de mutuo acuerdo o por vencimiento del plazo fijado.

El anterior razonamiento parece especialmente aplicable cuando los aspectos negativos sobre los que recae el alegado error, como el riesgo de liquidaciones o costes de cancelación negativos, ya se han materializado previamente a la conclusión del contrato litigioso debido a una permuta financiera anterior. Lo cual sería una consecuencia de aplicar la doctrina contenida en las SSTs de 26 de diciembre de 1944, de 20 de noviembre de 1989 y de 29 de marzo de 1994, consistente en que no puede producirse un error sobre un aspecto ya conocido.

En consonancia con lo anterior, y a pesar de la ausencia de respaldo jurisprudencial, parecería lógico concluir que el plazo de caducidad debería realmente iniciarse cuando los elementos respecto a los que se padece el alegado error se materializan³¹, con independencia de cuál es la fecha de perfección o de vencimiento del contrato. Lo cual en este tipo de litigios estará habitualmente relacionado con las liquidaciones o costes de cancelación negativos que haya podido sufrir el cliente.

³¹ En el caso, claro está, de que lo hagan una vez que el contrato ya haya entrado en vigor. En caso contrario, se empezaría a computar desde la fecha de vencimiento del contrato.

Lo que debería resultar menos controvertido es que la consumación de los contratos tiene lugar cuando estos han sido cancelados de mutuo acuerdo mediante las *reestructuraciones* u *optimizaciones*. Y ello porque es evidente que dicho contrato no despliega posteriormente ningún efecto. Sin embargo, el posicionamiento mayoritario de las Audiencias Provinciales es entender que la consumación se produce una vez que se extingue el último contrato, puesto que estiman que nos encontramos ante negocios jurídicos de tracto sucesivo que no son independientes entre sí³². Esta postura se refleja fielmente en la SAP de Asturias, Sección 4.ª, de 7 de noviembre de 2011, que comenta:

«E incluso, aunque se calificara de caducidad, habría que tener en cuenta que el término inicial, el de la consumación del contrato según el citado artículo 1301, 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 celebración del contrato».

No obstante, se han venido dictando sentencias en sentido contrario, como las SSAP de Asturias, Sección 5.ª, de 28 de octubre de 2011, o de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 25 de julio de 2012. En concreto la primera sentencia citada establece:

«Lleva razón la recurrente en cuanto a la caducidad de la acción de nulidad del negocio de permuta suscrito el 19-12-05, con la consecuente estimación parcial del recurso y revocación parcial también de la sentencia recurrida, porque efectivamente, según resulta del documento obrante al folio 222 y porque es lo más cabal, el contrato de 25-5-06, vino a sustituir al anterior, quedando este sin efecto, y de donde que a la fecha de la presentación de la demanda (20-9-10, según cajetín de la entrada) la acción de nulidad habría caducado conforme al artículo 1301 del Código Civil (cuyo plazo se entiende de caducidad EX STS 6-9-06, 24-4-09, 23-9-10), de forma que solo procede la declaración respecto del negocio suscrito en el año 2006 y los efectos restitutorios deben limitarse a los derivados de este contrato».

Por todo lo anterior, sin perjuicio de los distintos criterios jurisprudenciales que se han analizado, parece que el plazo de la acción por vicio del consentimiento debe considerarse de caducidad y que el mismo debería empezar a computarse cuando los elementos sobre los que recae el error se han exteriorizado.

³² Cfr. SSAP de Asturias, Sección 5.ª, de 23 de julio de 2010; de Asturias, Sección 4.ª, de 7 de noviembre de 2011; de Álava, Sección 1.ª, de 11 de mayo de 2011.

V. EL ERROR EN EL CONSENTIMIENTO

La principal alegación de las demandas en este tipo de procesos es la concurrencia de un error en la contratación, al haberse confundido la permuta financiera con un seguro. Como bien es sabido, la existencia de un error en el consentimiento requiere de tres elementos, según reiterada jurisprudencia³³ y doctrina³⁴: esencialidad, inexcusabilidad y causalidad con la finalidad perseguida. A su vez, hay que recordar que el error en la contratación se tiene que sufrir en el momento de su celebración³⁵ y que jurisprudencialmente también se ha entendido que es exigible el requisito de la reconocibilidad³⁶, que a estos efectos se considera que es la posibilidad de que el error sea advertido por la contraparte.

A este respecto podría decirse que el resultado de este tipo de litigios suele ser favorable para los clientes que reclaman bajo este argumento³⁷. Lo cual resulta en cierta manera sorprendente, debido a que en este ámbito operan los principios de la aplicación restrictiva del error en el consentimiento³⁸ y de la presunción *iuris tantum* de validez del negocio jurídico celebrado³⁹. Estos principios, junto con la difícil concurrencia del error en el caso de los contratos aleatorios, son particularmente tratados en la STS de 21 de noviembre de 2012 que afirma:

«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. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad —autonomía de la voluntad—, deciden 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 esta materia

³³ Cfr. SSTS de 20 de noviembre de 1989 y de 22 de mayo de 2006, entre otras muchas.

³⁴ Cfr. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *op. cit.*, págs. 213 y sigs.; LASARTE ÁLVAREZ, C., *op. cit.*, págs. 23 y 24.

³⁵ Cfr. SSTS de 20 de noviembre de 1989, de 8 de febrero de 1993, de 21 de mayo de 1997 y de 21 de noviembre de 2012.

³⁶ Cfr. SSTS de 5 de marzo de 1960, de 30 de septiembre de 1963, de 10 de febrero de 2000 y de 1 de junio de 2005, respecto a vicios del consentimiento. A este requisito han aludido, aunque después no han profundizado en su análisis, varias sentencias que han resuelto este tipo de controversias como las SSAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 24 de abril de 2012 y de 13 de junio de 2012.

³⁷ Vid. <http://asuapedefin.com/sentencias-listados/> consultada el 3 de junio 2012, a las 14:00, entre otras.

³⁸ Cfr. SSTS de 4 de diciembre de 1990 y de 3 de junio de 2003, entre otras muchas. A nivel doctrinal pueden citarse, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *op. cit.*, 2007, pág. 209; LASARTE ÁLVAREZ, C., *op. cit.*, págs. 22 y 23, y JUAN GÓMEZ, M., *op. cit.*, pág. 6.

³⁹ Cfr. SSTS de 25 de noviembre de 2000 y de 21 de abril de 2004, y SAP de Zaragoza, Sección 5.ª, de 28 de marzo de 2011.

unos criterios razonablemente rigurosos —sentencia de 15 de febrero de 1977.

(...)

V. Se expuso antes que el error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo 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».

A su vez, no podemos olvidar que la determinación de la concurrencia de un vicio en el consentimiento depende de las circunstancias probadas en cada caso. Así, la SAP de Álava, Sección 1.ª, de 18 de julio de 2012, al respecto ilustrativamente declara:

«Tiene razón el recurrente cuando señala que pese al parecido de los contratos, hay que analizar el caso concreto, pues si el fundamento de la nulidad en otros casos fue el error de consentimiento, han de ponderarse los hechos de cada caso, que pueden ser diferentes pese a tratarse de idéntico contrato».

Sin perjuicio de lo anterior, también es relevante tener en cuenta que el Tribunal Supremo ha entendido, en su sentencia de 15 de noviembre de 2012, que el artículo 1288 del Código Civil puede ser aplicable a este tipo de litigios en las cláusulas oscuras, y que por ende, en esos casos procede realizar una interpretación *contra proferentem*.

A efectos de este artículo, únicamente se van a tratar algunas de las alegaciones recurrentes relativas al error por su especial interés y la controversia que genera.

1. PERFIL DEL DEMANDANTE Y LA POSIBLE INEXCUSABILIDAD

Una cuestión habitual en esta clase de disputas es si la persona que suscribió el contrato, generalmente en representación de una mercantil, tiene capacidad para entender dicho producto. Este aspecto es de especial relevancia, puesto que supone la concurrencia del elemento de la excusabilidad del error. A estos efectos, no puede olvidarse que la prueba de la excusabilidad del error recae sobre quien alega la concurrencia del vicio del consentimiento⁴⁰. Por ello, el

⁴⁰ Vid. *infra* apartado V.2.

perfil que suele retratarse en las demandas es de personas con nula o escasa formación, sin experiencia en productos derivados o complejos, que se dedican a un negocio completamente alejado de la especulación o las finanzas. Esta aparente realidad no pocas veces es desmentida documentalmente en las contestaciones a la demanda, donde se acredita un amplio historial de cargos societarios y de contratación de productos bancarios.

Ciertamente, nos encontramos ante una cuestión de hecho que debe ser resuelta según las circunstancias particulares del caso concreto. No obstante lo anterior, se debe reseñar que las Audiencias Provinciales se han pronunciado de manera contradictoria respecto a determinados hechos declarados probados que suelen aparecer en este tipo de litigios. La fácil explicación es que como señala reiteradamente el Tribunal Supremo, la valoración de la prueba hay que hacerla en su conjunto⁴¹. Aunque sobre determinados hechos que a continuación se explicarán, se podrá ver cómo los posicionamientos contradictorios pueden resultar algo criticables. En ese sentido, dentro de los hechos que se suelen alegar está la ausencia de lectura del contrato o falta de lectura atenta⁴², que se hayan suscrito varios contratos de permuta financiera⁴³, la condición de antiguo empleado de banca⁴⁴, la existencia de asesores o directores financieros⁴⁵, la contratación bancaria previa o experiencia empresarial⁴⁶, la formación del representante que lo suscribe⁴⁷, la confianza en la entidad de crédito⁴⁸ y la literalidad

⁴¹ Cfr. SSAP de Murcia, Sección 5.ª, de 4 de abril de 2012, y de Vizcaya, Sección 3.ª, de 5 de diciembre de 2006.

⁴² Cfr. a favor de la inexcusabilidad, SSAP de Madrid, Sección 9.ª, de 10 de julio de 2009 y de 30 de abril de 2012; de Asturias, Sección 1.ª, de 5 de marzo de 2012; de Pontevedra, Sección 1.ª, de 29 de marzo de 2012. En contra, SSAP de Palencia, Sección 1.ª, de 30 de junio de 2011; de Álava, Sección 1.ª, de 11 de mayo de 2012 y de 18 de julio de 2012.

⁴³ Cfr. a favor de la inexcusabilidad, SSAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 4.ª, de 4 de julio de 2011; de Zaragoza, Sección 5.ª, de 3 de abril de 2012; de Valencia, Sección 9.ª, de 17 de julio de 2012. En contra, SSAP de Álava, Sección 1.ª, de 11 de mayo de 2012 y de 29 de junio de 2012; de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 13 de junio de 2012.

⁴⁴ Cfr. a favor de la inexcusabilidad, SAP de Asturias, Sección 1.ª, de 5 de marzo de 2011. En contra, SAP de Álava, Sección 1.ª, de 18 de julio de 2012.

⁴⁵ Cfr. a favor de la inexcusabilidad, SSAP de Madrid, Sección 10.ª, de 27 de marzo de 2012, y de Pontevedra, Sección 1.ª, de 29 de marzo de 2012. En contra, SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 13 de junio de 2012.

⁴⁶ Cfr. a favor de la inexcusabilidad, SSAP de Madrid, Sección 10.ª, de 27 de marzo de 2012 y de 30 de marzo de 2012. En contra, SSAP de Asturias, Sección 4.ª, de 2 de marzo de 2011 y de 14 de febrero de 2012.

⁴⁷ Cfr. a favor de la inexcusabilidad, SSAP de Zaragoza, Sección 5.ª, de 16 de abril de 2012, y de Valencia, Sección 9.ª, de 5 de mayo de 2012. En contra, SSAP de Palencia, Sección 1.ª, de 30 de junio de 2011 y de Vizcaya, Sección 5.ª, de 16 de septiembre de 2011.

⁴⁸ Cfr. a favor de la inexcusabilidad, SSAP de Madrid, Sección 9.ª, de 10 de julio de 2009, y de Castellón, Sección 3.ª, de 26 de septiembre de 2011. En contra, SSAP de Zamora, Sección 1.ª, de 12 de diciembre de 2011, y de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 17 de julio de 2012.

del clausulado⁴⁹. Sin perjuicio de la disparidad de criterio comentada, parece que la mayoría de las sentencias que se han dictado en este ámbito tienden a considerar el error como excusable⁵⁰.

2. LA CARGA DE LA PRUEBA DEL ERROR

En estos pleitos suele vincularse el error en el consentimiento con el incumplimiento del deber de información que tienen las entidades de crédito⁵¹. Sin embargo, no debemos olvidar que son dos elementos distintos con cargas probatorias diferentes. Así, le corresponde al actor probar la concurrencia de los elementos del error en virtud del artículo 217 de la LEC⁵². De forma ilustrativa, la SAP de Vizcaya, Sección 5.ª, de 19 de marzo de 2012, comenta:

«Analizando la prueba practicada desde la óptica expuesta e insistiendo en que los vicios del consentimiento solo son apreciables en juicio si existe una prueba cumplida de su existencia y realidad de los mismos, prueba que incumbe a quien los alega (SSTS de 4 de diciembre de 1990 y 13 de septiembre de 1992, entre otras), no podemos concluir con que en el caso de autos se hubiera actuado con dolo ni incurrido en error».

Lo cual no empece que a la entidad de crédito le corresponda acreditar que ha cumplido con su obligación de informar sobre el producto⁵³. Así, la SAP de Salamanca, Sección 1.ª, de 2 de marzo de 2012 declaró:

«(...) de las pruebas practicadas en el procedimiento no puede concluirse que por parte de la entidad demandada se cumpliera escrupulosamente con el referido deber de informar en forma completa a los demandantes, deber que, como también se ha señalado, incumbía a la entidad demandada en cuanto que fue ella la que tomó la ini-

⁴⁹ Cfr. a favor de la inexcusabilidad, SSAP de Vizcaya, Sección 5.ª, de 2 de abril de 2012, y de Zaragoza, Sección 5.ª, de 3 de abril de 2012. En contra, SSAP de Álava, Sección 1.ª, de 18 de julio de 2012 y de 29 de junio de 2012.

⁵⁰ Cfr. <http://asuapedefin.com/sentencias-listados/> consultada el 5 de agosto de 2012 a las 14:00.

⁵¹ Cfr. JUAN GÓMEZ, M., *op. cit.*, pág. 11.

⁵² Cfr. STS de 21 de noviembre de 2012, SSAP de Castellón, Sección 3.ª, de 26 de septiembre de 2011; de Vizcaya, Sección 5.ª, de 19 de marzo de 2012 y de 2 de abril de 2012, entre otras, resolviendo controversias de error en la contratación de permutas financieras. Respecto a la carga de la prueba en otros casos de error en el consentimiento, vid. SSTS de 13 de diciembre de 1992, de 30 de mayo de 1995 y de 21 de abril de 2004.

⁵³ Cfr. SSAP de Toledo, Sección 1.ª, de 2 de noviembre de 2011, y de Pontevedra, Sección 1.ª, de 20 de enero de 2012, entre otras muchas.

ciativa para ofrecer el producto a los demandantes, por lo que a ella correspondía también la carga de su prueba en el proceso».

No obstante, como ha indicado alguna sentencia, el incumplimiento del deber informativo no necesariamente debe implicar un error en la contratación⁵⁴. Y es que son cargas probatorias distintas, como ilustrativamente señala la STS de 21 de noviembre de 2012, que sobre el particular comenta:

«Por otro lado, aunque en muchos casos un defecto de información puede llevar directamente al error de quien la necesitaba, no es correcta una equiparación, sin matices, entre uno y otro, al menos en términos absolutos».

En esa misma línea, la SAP de Guipúzcoa, Sección 3.^a, de 11 de mayo de 2012⁵⁵, indica:

«No obstante ello, a efectos de concluir si ha mediado o no error como vicio del consentimiento, no basta solo la complejidad del contenido del contrato e información suministrada, ya que la falta o deficiencia de información ha de determinar el error como vicio del consentimiento contractual en relación con un elemento esencial del contrato, por lo que han de valorarse asimismo muy especialmente también las condiciones de quien contrata el producto, el conocimiento que el cliente tenga de estas operaciones, su perfil, así como sus necesidades y motivaciones para contratar».

Este problema también ha sido tratado por la doctrina especializada, señalando JUAN GÓMEZ⁵⁶ que:

«Esta tesis, a pesar de ser muy interesante y un reducto curioso para paliar las dificultades de acreditar la concurrencia de un error en el consentimiento e, incluso, de una actuación dolosa, adolece de un defecto genético, consistente en equiparar la concurrencia de una posible falta de información, desde un punto de vista formalista (es decir, que no se haya aportado toda y cada una de la información contenida en diversas normas de conducta), con la existencia de un error de consentimiento, sin que implique una cosa necesariamente la otra, debiéndose poner en relación este dato (los posibles defectos de información) con el resto de los expuestos hasta el momento, sin que

⁵⁴ Cfr. SSAP de Vizcaya, Sección 5.^a, de 19 de marzo de 2012, y de Barcelona, Sección 15.^a, de 22 de marzo de 2012.

⁵⁵ De manera similar, vid. SAP de Guipúzcoa, Sección 3.^a, de 16 de julio de 2012.

⁵⁶ Cfr. *op. cit.*, pág. 11.

pueda vaciarse de contenido la carga de la prueba impuesta por el legislador procesal a la parte actora, evitando así reducir un debate jurídico tan rico a un mero “silogismo ilógico”».

Por consiguiente, parece que se ha de concluir que nos encontramos ante dos cargas probatorias distintas. Por un lado, la carga probatoria del error en la contratación la tiene quien lo alega, pudiendo motivar la falta de prueba en ese sentido la desestimación de la demanda. Por otro lado, las entidades de crédito tienen que probar que han cumplido con su deber de información sobre el contrato, originando una deficiencia probatoria en ese sentido la posibilidad de que se declare que se ha infringido dicha obligación, y en su caso, si se han probado los elementos del vicio en el consentimiento, la declaración de error en la contratación.

3. LA CONFUSIÓN CON UN SEGURO

Como previamente se ha comentado, esta es una alegación usual en esta clase de pleitos⁵⁷. Sin embargo, puede resultar extraño que este tipo de contratos, sin pago de prima, con liquidaciones periódicas entre ambas partes, que se suelen titular y definir como *swaps* o permutas financieras, pueda confundirse con un seguro. Máxime cuando varias sentencias han considerado que la claridad de esta clase de contrato impide la existencia de un error excusable⁵⁸. No podemos olvidar que un contrato de *swap* generalmente se define⁵⁹ como «*un contrato atípico, pero lícito al amparo del artículo 1255 del Código Civil y 50 del Código de Comercio, importado del sistema 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 (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*

⁵⁷ Cfr. JUAN GÓMEZ, M., *op. cit.*, pág. 6.

⁵⁸ Cfr. SSAP de Barcelona, Sección 5.ª, de 21 de febrero de 2012; de Madrid, Sección 10.ª, de 30 de marzo de 2012, o de Zaragoza, Sección 5.ª, de 3 de abril de 2012.

⁵⁹ Cfr. SSAP de Álava, Sección 1.ª, de 23 de febrero de 2011 y de 6 de junio de 2011, entre otras. De manera similar lo describe la doctrina especializada. Cfr. VEGA VEGA, J. A., *op. cit.*, págs. 46 y sigs.; GARCÍA-LASTRES PITA, J. L., *op. cit.*, págs. 772 y sigs.

o, solo 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 del 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».

Por consiguiente, según la definición jurisprudencial reproducida, parece que el *swap* es un contrato muy distinto de un seguro, lo cual dificultaría la confusión entre ambos tipos de contratos. Así lo ha entendido la doctrina⁶⁰ y la jurisprudencia⁶¹, como la SAP de Madrid, Sección 18.ª, de 5 de marzo de 2012, que comenta:

«(...) 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 del Contrato de Seguro)».

Sin perjuicio de lo anterior, hay que reseñar que se han producido una serie de pronunciamientos que se centran en las concomitancias que tiene esta clase de contrato con los seguros, declarando excusable el error⁶². En estos casos, se suele entender que la confusión puede originarse por el hecho de que el *swap* se comercialice como cobertura.

Consecuentemente, la jurisprudencia menor está dividida respecto a la posible confusión de las permutas financieras con los contratos de seguro, pareciendo que la tendencia mayoritaria es entender como posible este vicio del consentimiento a pesar de las diferencias que hay entre ambas clases de contratos.

⁶⁰ Cfr. GARCÍA-LASTRES PITA, J. L., *op. cit.*, págs. 776 y sigs., JUAN GÓMEZ, M., *op. cit.*, pág. 6.

⁶¹ Cfr. SSAP de Asturias, Sección 7.ª, de 3 de noviembre de 2011, de Zaragoza, Sección 5.ª, de 16 de abril de 2012, y de Pontevedra, Sección 6.ª, de 11 de junio de 2012.

⁶² Cfr. SSAP de Álava, Sección 1.ª, de 14 de abril de 2011, y de Guipúzcoa, Sección 5.ª, de 12 de septiembre de 2011.

4. LA INICIATIVA DE LA ENTIDAD DE CRÉDITO

La iniciativa empresarial está amparada por el artículo 38 de la Constitución. Es según DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN⁶³, «*uno de los grandes principios del orden económico de nuestra civilización, que, jurídicamente inspira nuestro ordenamiento*». De hecho, la mayoría de los contratos surgen a iniciativa comercial de los empresarios y no de los consumidores o de quien finalmente adquiere el producto o servicio. Sin embargo, no es infrecuente que las sentencias que resuelven este tipo de litigios tengan en cuenta que la iniciativa partió de la entidad de crédito para estimar que hay error en la contratación⁶⁴. Esta apreciación ha sido rechazada en otros pronunciamientos jurisprudenciales, como la SAP de Madrid, Sección 10.ª, de 30 de marzo de 2012, que a estos efectos señala:

«Carece de toda enjundia que haya sido la entidad bancaria la que haya ofrecido el producto, lo que no es objeto de polémica, si por una parte, ha sido aceptado con pleno conocimiento de los riesgos que entrañaba».

Parece que esta última postura es la acertada, puesto que en caso contrario la mayoría de los contratos serían susceptibles de ser anulados por vicio en el consentimiento al provenir la iniciativa de la contratación del empresario y no del consumidor. Todo ello sin perjuicio del menoscabo que podría suponer al principio de libertad empresarial, puesto que según DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, «*se considera beneficiosa una espontánea dinámica de la sociedad que el Estado no debe impedir*». Así, estos posicionamientos jurisprudenciales que parecen sancionar la iniciativa comercial, podrían suponer una restricción o podrían desincentivar la misma, lo cual también es completamente desaconsejable desde los postulados de la emergente disciplina de *Law & Economics*⁶⁵.

5. LA FALTA DE EQUILIBRIO EN LAS PRESTACIONES

Este es un argumento que se suele alegar y a veces se estima por las sentencias⁶⁶, sin llegar a realizar una distinción clara entre el posible desequilibrio económico que ha generado el producto y el posible desequilibrio del contenido contractual, que puede motivar que nos encontremos ante cláusulas

⁶³ Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *op. cit.*, pág. 56.

⁶⁴ Cfr. SSAP de Álava, Sección 1.ª, de 25 de marzo de 2011 y de 6 de junio de 2011.

⁶⁵ Vid. MITCHELL POLINSKY, A., *An introduction to Law and Economics*, 3.ª ed., Aspen, USA, 2003, págs. 157 y sigs.

⁶⁶ Cfr. SSAP de Asturias, Sección 4.ª, de 14 de febrero de 2011, y de Álava, Sección 1.ª, de 14 de mayo de 2011.

abusivas. Si bien ambos aspectos parece que podrían constituir indicios de la concurrencia de un vicio en el consentimiento (aplicando la lógica de que nadie firmaría conscientemente un contrato que le va a perjudicar económicamente o es abusivo).

En este sentido parece que el equilibrio de las prestaciones (y el del resultado económico del contrato) ni constituye un elemento esencial de la contratación, ni sobre el mismo puede recaer el verdadero error del cliente. Así, por un lado parece poco verosímil que un cliente medio bancario crea que un contrato predispuesto por una entidad de crédito es totalmente justo y equilibrado en sus prestaciones. Por otro lado, parece que tiene poca viabilidad un error en el resultado económico de un contrato aleatorio, en el que por definición no puede conocerse con antelación tal resultado⁶⁷.

A su vez, hay que resaltar que amparar el vicio en el consentimiento en un desequilibrio de las prestaciones permitiría anular la mayoría de los contratos de adhesión, puesto que es poco habitual que estos contratos tengan condiciones completamente equilibradas (como consecuencia no tanto de su abusividad, sino como resultado del diferente poder de negociación de las partes). Por ello, algunas sentencias han desechado este criterio para determinar que hay error. Así, la SAP de Barcelona, Sección 15.^a, de 22 de marzo de 2012:

«Con la referencia al objeto de contrato, de lo que se queja la demandante es en realidad de la falta de equidad en las prestaciones pactadas. No podemos cuestionar que no sea así, pero sí que ello pueda constituir un motivo de nulidad, particularmente cuando se trata de las prestaciones principales y el adherente no es un consumidor. Lo relevante desde la perspectiva del consentimiento prestado no es si las prestaciones son equilibradas o justas sino exclusivamente si son claras y de eso no queda duda alguna. El contrato describe con detalle qué pagos se permutan las partes y con ello es suficiente para que deba considerarse que su objeto está claramente delimitado».

Consecuentemente, no hay consenso jurisprudencial sobre la relevancia del desequilibrio de las prestaciones en esta clase de pleitos. No obstante, el segundo posicionamiento comentado parece el más acertado, puesto que ni es un elemento esencial de la contratación ni verdaderamente el error recae sobre ese aspecto. Cuestión distinta es que el mencionado desequilibrio sí pueda tener cabida en la correspondiente normativa de consumidores y usuarios, cuando se cumplan los requisitos establecidos al respecto⁶⁸, o que el mismo pueda interpretarse como un indicio de la concurrencia de un vicio en el consentimiento, que deberá ser

⁶⁷ Cfr. STS de 21 de noviembre de 2012.

⁶⁸ Vid. *infra* apartado IX.

confirmado con suficiente prueba sobre la existencia de los elementos del error en la contratación.

VI. EL DOLO

En este tipo de controversias es bastante frecuente ejercitar de manera principal o subsidiaria la acción de dolo al amparo del artículo 1269 del Código Civil. En las demandas se suele alegar principalmente que se ha engañado sobre el producto al ocultar sus riesgos, su naturaleza especulativa o las previsiones del correspondiente elemento aleatorio de referencia de la permuta financiera, como por ejemplo los tipos de interés o la inflación⁶⁹.

Lo cierto es que tanto la primera como la segunda instancia generalmente no se pronuncian sobre esta acción, sino sobre la concurrencia del error. Sin embargo, en las ocasiones que las Audiencias Provinciales han resuelto sobre el dolo en esta clase de disputas parece que se han decantado en su mayoría por determinar la ausencia del mismo⁷⁰. Lo cual es coherente con la mayor dificultad probatoria que conlleva.

A estos efectos tenemos que comenzar recordando que los requisitos exigidos por la doctrina científica⁷¹ y la jurisprudencia, como las SSTS de 16 de febrero de 2010 y de 5 de marzo de 2010, y las SSAP de Vizcaya, Sección 5.ª, de 19 de marzo de 2012 y de 2 de abril de 2012, para la apreciación del dolo son:

- (i) Una conducta por acción u omisión, insidiosa, intencionada que va dirigida a provocar la declaración negocial, utilizando para ello las palabras o maquinaciones adecuadas;
- (ii) Que la voluntad del declarante quede viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño, con coacción u otra insidiosa influencia;
- (iii) Que sea grave, si se trata de anular el contrato y;
- (iv) Que no haya sido causada por un tercero, ni haya sido empleada por las dos partes contratantes.

Por ello, correlativamente no se suele estimar la concurrencia del dolo puesto que, teniendo los actores que probar tales requisitos según lo previamente comentado⁷², en estos casos:

⁶⁹ Vid. STS de 21 de noviembre de 2012.

⁷⁰ Cfr. SSAP de Castellón, Sección 3.ª, de 26 de septiembre de 2011; de Barcelona, Sección 13.ª, de 21 de febrero de 2012; de Vizcaya, Sección 5.ª, de 19 de marzo de 2012 y de 2 de abril de 2012.

⁷¹ Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, C., *op. cit.*, págs. 28 y sigs.; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, V. I, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1983, págs. 92 y sigs.

⁷² Vid. *supra* apartado V.2.

- (i) El clausulado de los contratos suele avisar claramente de los riesgos y de su funcionamiento⁷³.
- (ii) Los productos cumplen usualmente con la función de cobertura por la que se comercializaron⁷⁴.
- (iii) Puede sostenerse que no hay obligación legal de suministrar previsiones del cumplimiento del elemento aleatorio, tal y como se expone en este artículo⁷⁵.
- (iv) Había previsiones contradictorias sobre el comportamiento de la inflación y los tipos de interés en los años 2007 y 2008⁷⁶, pero ninguna de las fuentes que se utilizan habitualmente predijo la caída brusca que se produjo finalmente en el año 2009⁷⁷ y que ha originado los resultados negativos de las permutas financieras, que a la postre han motivado la recurrente litigiosidad sobre las mismas.
- (v) No se puede ocultar información que consta en fuentes públicas como los boletines económicos del Banco de España (previsiones del elemento aleatorio), o que figura en el contrato (riesgos y naturaleza).

Así, ilustrativamente, la SAP de Vizcaya, Sección 5.ª, de 19 de marzo de 2012 a este respecto resolvió:

«Analizando la prueba practicada desde la óptica expuesta e insistiendo en que los vicios del consentimiento solo son apreciables en juicio si existe una prueba cumplida de su existencia y realidad de los mismos, prueba que incumbe a quien los alega (SSTS de 4 de diciembre de 1990 y de 13 de septiembre de 1992, entre otras), no podemos concluir con que en el caso de autos se hubiera actuado con dolo ni incurrido en error.

Lo que queremos así poner de relieve es que el señor Maeso no testifica con una mínima coherencia y que, en cualquier caso, lo que no se acredita es el dolo de adverso, del que se carece cualquier dato en las actuaciones».

Por todo lo anterior, siguiendo a la doctrina especializada⁷⁸ y las sentencias comentadas, parece que en la mayoría de los casos no podrá prosperar la acción

⁷³ Cfr. SSAP de Barcelona, Sección 13.ª, de 21 de febrero de 2012; de Madrid, Sección 10.ª, de 30 de marzo de 2012; de Vizcaya, Sección 5.ª, de 2 de abril de 2012; de Zaragoza, Sección 5.ª, de 3 de abril de 2012; de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 10 de abril de 2012.

⁷⁴ Vid. SSAP de Barcelona, Sección 15.ª, de 22 de marzo de 2012; de Asturias, Sección 7.ª, de 30 de marzo de 2012; de Huelva, Sección 2.ª, de 7 de mayo de 2012.

⁷⁵ Vid. *infra* apartado VIII.4.

⁷⁶ Vid. Informes del Banco de España, BBVA, Funcas, Caja Madrid y Banco Santander, entre otros.

⁷⁷ Cfr. SAP de Vizcaya, Sección 5.ª, de 21 de noviembre de 2012.

⁷⁸ Cfr. JUAN GÓMEZ, M., *op. cit.*, págs. 8 y 9.

de dolo en esta clase de disputas, salvo que la parte actora acredite suficientemente la concurrencia de los comentados elementos del dolo.

VII. LA FALTA DE CAUSA

La ausencia o ilicitud de causa es alegada de forma recurrente en estos procesos. Este aspecto indudablemente debe analizarse partiendo de la regulación contenida en el Código Civil sobre este elemento del contrato. Por consiguiente, conforme al artículo 1274 del Código Civil, se debe entender por causa, *la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte*. Además, se tiene que resaltar que según el precepto 1277 de dicho cuerpo normativo, la causa se presume que existe y que es lícita⁷⁹. Lo cual es acorde con el hecho que se mencione este tipo de contratos en normativa comunitaria y nacional, como la Ley de Mercado de Valores. Y es que es improbable que un contrato con regulación parcial carezca de causa o tenga una causa ilícita.

En línea con lo anterior, hay que tener en cuenta que según la jurisprudencia menor⁸⁰ y la doctrina⁸¹, la causa es un concepto objetivo, distinto del móvil subjetivo como realidad extranegocial. Este último nunca será la causa, a no ser que las partes lo incorporen al negocio como una cláusula o como una condición.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, tanto la doctrina especializada⁸² como la jurisprudencia menor⁸³ que ha resuelto estas controversias han entendido que la causa de los contratos de permuta financiera reside en el intercambio de pagos recíprocos. Por lo tanto, la misma existe y es lícita en la mayoría de los casos. En este sentido, la STS de 21 de noviembre de 2012, analizando el posible error en el consentimiento sobre la causa del contrato de swap indica:

⁷⁹ Lo cual, según la doctrina, origina una inversión de la carga de la prueba. Cfr. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *op. cit.*, pág. 285.

⁸⁰ Cfr. SSTs de 30 de diciembre de 1985, de 31 enero de 1991, de 8 febrero de 1996 y de 1 de abril de 1998.

⁸¹ Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, C., *op. cit.*, págs. 33 y sigs.; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, T. II, 13.ª ed., Edisofer, Madrid, 2008, pág. 34; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *op. cit.*, págs. 273 y 274.

⁸² Cfr. ZAMORANO ROLDÁN, S., *El contrato de swap como instrumento financiero derivado*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2003, pág. 119; GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., *op. cit.*, pág. 775; VEGA VEGA, J. A., *op. cit.*, pág. 57.

⁸³ Cfr. SSAP de Cáceres, Sección 1.ª, de 18 de junio de 2010, de A Coruña, Sección 3.ª, de 24 de enero de 2012, y de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4.ª, de 9 de abril de 2012, y Sección 3.ª, de 13 de junio de 2012; de Madrid, Sección 19.ª, de 10 de diciembre de 2012; de A Coruña, Sección 4.ª, de 5 de marzo de 2013; de Madrid, Sección 25.ª, de 12 de marzo de 2013, entre otras muchas.

«III. 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».

Por ese motivo, rara vez prospera la alegación de ausencia o ilicitud de causa. Así, cuando lo hace es porque realmente por las circunstancias del caso, como el clausulado y las manifestaciones de los testigos al respecto, se entiende que las partes han incorporado al contrato la función de cobertura y que en ese supuesto particular el contrato no la cumplía. A estos efectos podemos citar la SAP de Asturias, Sección 6.^a, de 21 de mayo de 2012⁸⁴, que resuelve una disputa en la que finalmente no se suscribió el préstamo al que se iba a dar cobertura con la permuta financiera.

VIII. LA INFRACCIÓN DE LA NORMATIVA BANCARIA

Los contratos de permuta financiera son objeto de una regulación sectorial dispersa. Dentro de la misma, adquiere una especial importancia por su evidente relación con los posibles vicios del consentimiento la normativa llamada MIFID⁸⁵, compuesta por la trasposición al Derecho español de la Directiva 2004/39/EC del Parlamento y del Consejo Europeos, de fecha 21 de abril de 2004, y de la Directiva 2006/73/EC de la Comisión Europea, de fecha 10 de agosto de 2006; así como el Reglamento número 1287/2006 de la Comisión Europea de fecha 10 de agosto de 2006. La referida relación con los vicios del consentimiento se produce porque esta normativa regula las obligaciones informativas de las entidades comercializadoras de los productos derivados. Esa

⁸⁴ En sentido similar, cfr. SSAP de Asturias, Sección 5.^a, de 11 de enero de 2013 y de 17 de enero de 2013.

⁸⁵ Acrónimo que responde en inglés a *Markets in Financial Instruments Directive*, que podría traducirse como directiva del mercado de instrumentos financieros.

es la regulación que se va a estudiar en este artículo, sin perjuicio que hay otra normativa que a veces se alega en este tipo de litigios⁸⁶.

1. REFLEXIÓN SOBRE LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA MIFID A ESTOS SUPUESTOS

Parte de la doctrina⁸⁷ entiende que esta es una cuestión cerrada porque la LMV⁸⁸ alude a este tipo de contratos al fijar su ámbito de aplicación en su artículo 2.2, porque considera que estos contratos no forman parte de otro producto financiero y porque aunque ese fuera el caso, el otro producto debería estar sujeto a otros estándares europeos en relación con la valoración de riesgos de los clientes o con los requisitos de información. Por consiguiente, conforme a este sector doctrinal, la excepción en su aplicación prevista en el artículo 79 quáter de la LMV no procedería en estos casos. Precepto que tenemos que recordar que indica que no son de aplicación los deberes de información y de registro de contratos cuando el producto se integra con otro que está sometido a estándares europeos relativos a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información.

Estos argumentos, que pueden parecer acertados, alguna vez han sido acogidos por la jurisprudencia menor⁸⁹. Pero lo cierto es que la inmensa mayoría de los pronunciamientos de las Audiencias Provinciales⁹⁰ aplican dicha normativa de manera automática sin plantearse problemática alguna sobre esta cuestión.

No obstante lo anterior, hay una serie de resoluciones judiciales que invitan a pensar que esta no es una cuestión jurídica tan resuelta. Así, se han pronunciado las SSAP de Madrid, Sección 10.ª, de 7 de marzo de 2012, de Asturias, Sec-

⁸⁶ Entre otras, la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica; la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito; la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989, del Ministerio de Economía y Hacienda, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de entidades de crédito; la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela; el derogado Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, por el que se establecen las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios; la Orden Ministerial, de 25 de octubre de 1995, de desarrollo parcial del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios; Circular 1/1996, de 27 de marzo, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre normas de actuación, transparencia e identificación de los clientes en las operaciones del mercado de valores.

⁸⁷ Cfr. GARCÍA ANGULO, B. L., *op. cit.*, págs. 35 a 38; VEGA VEGA, J. A., *op. cit.*, pág. 83.

⁸⁸ Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en lo sucesivo «LMV».

⁸⁹ Cfr. SAP de Palencia, Sección 1.ª, de 30 de junio de 2011.

⁹⁰ Cfr. SSAP de Álava, Sección 1.ª, de 11 de mayo de 2012; de Lugo, Sección 1.ª, de 28 de mayo de 2012; de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 13 de junio de 2012, entre otras muchas.

ción 7.^a, de 30 de marzo de 2012, de Barcelona, Sección 14.^a, de 10 de mayo de 2012, y alguna sentencia de primera instancia, como la del Juzgado de Primera Instancia, número 1 de Móstoles, de 27 de julio de 2012. Conforme a estos pronunciamientos, la LMV no sería aplicable por diversos motivos. En primer lugar, no resultaría de aplicación cuando la permuta financiera cumple una función de cobertura. En ese caso se estima que sí entraría en juego la excepción del artículo 79 quáter de la LMV. En segundo lugar, porque se estima que los *swaps* a los que alude la LMV son los ofrecidos en el mercado secundario. En tercer lugar porque no son valores sino contratos. En cuarto lugar, porque no se satisfacen los requisitos subjetivos, puesto que ni la entidad de crédito suele actuar en estos casos como una empresa de servicios de inversión, ni el cliente suele ser un inversor. En definitiva, los tribunales en esos casos parecen haber seguido el criterio establecido por los organismos supervisores de la práctica bancaria, contenido en su resolución de delimitación de competencias de la CNMV⁹¹ y del Banco de España en relación con la supervisión y resolución de las reclamaciones que afectan a instrumentos o productos financieros derivados de cobertura⁹²: cuando el producto cumple una función de cobertura, se entiende que forma parte de un producto financiero y entonces se aplica la excepción comentada.

Por consiguiente, la aplicación de la excepción contenida en el artículo 79 quáter de la LMV sigue siendo controvertida. Un amplio número de resoluciones judiciales no la considera aplicable y otro más reducido sí, siguiendo las pautas establecidas por la CNMV y el Banco de España.

2. ÁMBITO TEMPORAL DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA MIFID

La referida normativa comunitaria se traspuso al ordenamiento español mediante la Ley 47/2007⁹³ y el Real Decreto 217/2008⁹⁴. Pero la Disposición Transitoria primera de la Ley citada señala:

⁹¹ Comisión Nacional del Mercado de Valores.

⁹² Cfr. <http://www.cnmv.es/DocPortalInv%5CNovedades%5CES-delimitacion.pdf> consultada el 12 de agosto de 2012 a las 13:00. En este documento se establecen una serie de directrices que permiten delimitar cuando el *swap* es de cobertura, como que el importe nominal de la permuta financiera no sea superior al del producto o productos a cubrir, que el plazo de vigencia entre el *swap* y el producto financiero cubierto sea igual o menor. Es interesante señalar que conforme a este documento para aplicar la excepción del artículo 79 quáter de la LMV no es necesario que se proporcione cobertura a un solo producto financiero, que haya una vinculación formal expresa, que el producto coberturado sea un préstamo hipotecario o que ambos productos se contraten simultáneamente.

⁹³ Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

⁹⁴ 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 y por el

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

De la misma forma, la Disposición Final cuarta del Real Decreto 217/2008 indica:

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

En consecuencia, debido a que la publicación en el *BOE* de la Ley 47/2007 se produjo el 21 de diciembre de 2007, no es hasta el 21 de junio de 2008 cuando es plenamente exigible a las entidades de crédito esta normativa. Por consiguiente, y en virtud de los principios interpretativos de la literalidad y de utilidad contemplados en el artículo 3 del Código Civil, así como los de legalidad e irretroactividad del procedimiento sancionador recogidos en los artículos 127 y 128 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, parece que no cabría imponer una sanción, máxime si se trata de la nulidad de un contrato, cuando la norma todavía no es exigible para el presunto infractor. Y es que en caso contrario, ¿qué sentido y eficacia tienen las mencionadas disposiciones transitorias y finales? Así lo han entendido algunos juzgados de primera instancia, como reflejan las sentencias del Juzgado de 1.^a Instancia, número 4 de Irún, de 29 de marzo de 2012; del Juzgado de 1.^a Instancia, número 5 de Irún, de 18 de mayo de 2012 y del Juzgado de 1.^a Instancia, número 1 de Móstoles, de 27 de julio de 2012. No obstante, se han producido numerosos pronunciamientos de Audiencias Provinciales que parecen desconocer dicho periodo transitorio. Lo cual tiene una gran relevancia, puesto que resulta jurídicamente muy controvertido declarar el incumplimiento de una norma cuando la misma no era todavía exigible al sujeto infractor.

Aunque resulta aún más cuestionable la aplicación directa de las directivas comunitarias. Este posicionamiento parece observarse en algunos pronunciamientos de las Audiencias Provinciales⁹⁵. A veces esta aplicación directa se ha justificado en el supuesto efecto útil de las directivas. Pero tal aproximación al

que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre.

⁹⁵ Cfr. SSAP de Álava, Sección 1.^a, de 6 de junio de 2011 y de 18 de julio de 2012.

Derecho comunitario parece totalmente desacertada. Y ello porque como bien es sabido, las directivas por regla general no tienen efecto directo⁹⁶. La excepción jurisprudencial⁹⁷ que podría permitir su aplicación directa ha exigido que se trate de una relación vertical entre las partes, que haya transcurrido el periodo de transposición y que se reconozca un derecho para los particulares de manera clara, precisa e incondicional. Sin embargo, en nuestro supuesto la relación sería considerada horizontal a estos efectos, puesto que se produce entre particulares. Por consiguiente, no pueden tener efecto directo las directivas MIFID. Y tampoco puede entenderse que sean aplicables por el efecto útil, puesto que este principio del Derecho comunitario no otorga efecto directo a las directivas, sino que concede prevalencia al texto comunitario y su interpretación uniforme en todo el territorio de la Unión Europea para que la norma comunitaria cumpla con la finalidad para la que se aprobó⁹⁸. Por ello, parece acertado el posicionamiento de otras Audiencias Provinciales, como las SSAP de Ávila, Sección 1.ª, de 27 de enero de 2011 y de 12 de enero de 2012, que han rechazado la aplicación directa de las directivas mencionadas.

3. INCUMPLIMIENTO RESPECTO A LA NO REALIZACIÓN DEL TEST MIFID Y LA AUSENCIA DE ENTREGA DE DOCUMENTACIÓN PRECONTRACTUAL

Es indudable que la normativa MIFID obliga a evaluar la idoneidad y conveniencia en los artículos 72 a 74 del Real Decreto 217/2008. Sin perjuicio de lo anterior, hay que hacer una serie de matizaciones.

En primer lugar, y como previamente se ha indicado, tal obligación no sería exigible hasta el 21 de junio de 2008.

En segundo lugar, a pesar de que es frecuente la alegación sobre el incumplimiento de no haber realizado dos tests, y que alguna sentencia así parece haberlo entendido⁹⁹, no parece que haya obligación de cumplimentar dos tests según los propios artículos que regulan tal obligación, la interpretación que ha

⁹⁶ Cfr. artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. ISAAC, G., *Manual de Derecho comunitario general*, 4.ª ed., Ariel, Barcelona, 1997, págs. 202 y sigs.; HARTLEY T. C., *The foundations of European community Law*, 5.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2003, págs. 206 y sigs., <http://civil.udg.edu/tossa/1998/Textos/Diez-Picazo.htm> consultada el 7 de agosto de 2012 a las 20:00.

⁹⁷ Cfr. SSTJUE de 17 de diciembre de 1970, as. 33/70, *SACE c. Ministerio de Hacienda de Italia*; de 4 de diciembre de 1974, as. 41/74, *Yvonne Van Duyn c. Home Office*; de 19 de enero de 1982, as. 8/81, *Úrsula Becker*; y de 26 de febrero de 1986, as. 152/84 *M. H. Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area health Authority*.

⁹⁸ Cfr. HARTLEY, T. C., *op. cit.*, págs. 206 y sigs., <http://civil.udg.edu/tossa/1998/Textos/Diez-Picazo.htm> consultada el 7 de agosto de 2012 a las 20:00.

⁹⁹ Cfr. SAP Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 17 de julio de 2012.

realizado de ellos la doctrina especializada¹⁰⁰ y la propia CNMV en su guía para la actuación del análisis de la conveniencia y la idoneidad de 17 de junio de 2010. Y es que conforme a la interpretación del artículo 79.bis, apartado 6 de las fuentes citadas, el test de idoneidad debe realizarse cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversión o de gestión de carteras. Por ello, en la comercialización de un *swap* parece que debería efectuarse un test de conveniencia y no uno de idoneidad, puesto que no estamos, generalmente, ante una relación de asesoramiento, ni ante una inversión ni ante una gestión de carteras.

En efecto, esta clase de contratos suelen contener cláusulas negando dicha relación de asesoramiento. Pero, con independencia del valor probatorio que quiera concedérsele a esta clase de cláusulas, lo cierto es que usualmente no hay contrato de asesoramiento, no hay recomendaciones personalizadas, ni cobro de cantidad alguna por dicho asesoramiento. Únicamente hay ofrecimiento comercial. En consecuencia, no concurren los elementos que algunas sentencias han exigido para entender que nos encontramos ante una relación de asesoramiento¹⁰¹. Por lo tanto, teniendo en cuenta que las obligaciones no se presumen según los artículos 1089 y 1090 del Código Civil, parece que en nuestro caso solo habría que hacer un test de conveniencia, ya que no hay asesoramiento o gestión de carteras.

A su vez, sobre la obligación de realizar los test MIFID, se tiene que indicar que no es imperativa su cumplimentación cuando ya se tiene conocimiento de esa información por otros medios, como la relación previa que ha habido con el cliente, tal y como ha señalado la CNMV en su guía para la actuación del análisis de la conveniencia y la idoneidad de 17 de junio de 2010 y varias resoluciones, como los Informes Finales de contestación a las reclamaciones R/0857/2010 y R/0308/2010, de 17 de febrero de 2011. En cualquier caso, se puede observar cómo ha habido Audiencias Provinciales que han otorgado mucha relevancia a la obligación de cumplimentación del test¹⁰² y otras que no¹⁰³.

De la misma manera, una alegación habitual en esta clase de controversias es la falta de entrega de documentación precontractual. Para acreditar este hecho negativo se suele solicitar de forma recurrente por los actores requerimientos en las Audiencias Previas para que se aporten los recibís de los folletos infor-

¹⁰⁰ Cfr. CARRASCO MORALES, A., «La conveniencia e idoneidad de los servicios e instrumentos financieros», en *Boletín Económico de ICE*, núm. 3016, del 16 al 31 de agosto de 2011.

¹⁰¹ Cfr. SAP de las Islas Baleares, Sección 5.ª, de 2 de julio de 2011, respecto a otros productos financieros; SSAP de Valencia, Sección 9.ª, de 3 de abril de 2012; de Madrid, Sección 19.ª, de 10 de diciembre de 2012, sobre *swaps*, y sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 10 de las Palmas de Gran Canaria, de 13 de octubre de 2011.

¹⁰² Cfr. SSAP de Álava, Sección 1.ª, de 9 de enero de 2012, y de Asturias, Sección 5.ª, de 14 de mayo de 2012.

¹⁰³ Cfr. SAP de Barcelona, Sección 15.ª, de 22 de marzo de 2012.

mativos entregados. Lo cual, si bien puede entenderse como un indicio (con mayor valor probatorio si se une a una declaración en el mismo sentido de la persona a la que se le explicó el producto), parece que no debería constituir una prueba plena del incumplimiento del deber informativo¹⁰⁴. Y ello porque ni en los años en que se comercializó, ni incluso en la actualidad, es frecuente que haya que acusar recibo por cada folleto informativo que se entrega. A no ser, claro está, que haya una obligación normativa al respecto. Y en este sentido hay que resaltar que no existe ningún precepto que actualmente obligue a ello¹⁰⁵. Por consiguiente, parece acertado el criterio seguido por alguna sentencia de las Audiencias Provinciales que entiende que no hay una obligación de entregar documentación precontractual alguna. Lo cual no puede ser sinónimo que no haya obligación de informar, que se puede hacer verbalmente, mediante el uso de folletos que no se entreguen o incluso a través del propio contrato. En concreto, la SAP de Castellón, Sección 3.ª, de 26 de septiembre de 2011, afirma:

«Pero también que la falta de constancia de que se le entregara determinada documentación informativa no obsta a la validez y eficacia de los contratos, si se prueba que la parte demandante estaba informada suficientemente del contenido de los mismos».

De manera todavía más rotunda, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5.ª, de 14 de enero de 2011, en su Fundamento de Derecho Cuarto declaró:

«(...) sin que, por otro lado, pueda estimarse razonablemente dada la legislación aplicable a la fecha del contrato que era exigible la elaboración y entrega de un documento con el perfil del inversor del cliente y la explicación de las características y naturaleza del producto».

No obstante, en algunas sentencias, como las SSAP de Valladolid, Sección 1.ª, de 25 de octubre de 2011, y de las Islas Baleares, Sección 3.ª, de 26 de marzo de 2012, se ha considerado la falta de acreditación de la entrega de documentación precontractual como un elemento muy relevante para estimar las pretensiones de los actores.

¹⁰⁴ No obstante, en algunas sentencias parece que este elemento es muy relevante. Cfr. SAP de Valladolid, Sección 1.ª, de 25 de octubre de 2011, y de las Islas Baleares, Sección 3.ª, de 26 de marzo de 2012.

¹⁰⁵ Obligación que aunque no se recoge literalmente en los artículos 6 y 26 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente en servicios bancarios (y que no resulta aplicable a los *swaps* suscritos antes a su entrada en vigor), parece especialmente recomendable su cumplimiento para poder acreditar que se han satisfecho los deberes precontractuales.

Por lo tanto, nuevamente nos encontramos con posturas divergentes de las Audiencias Provinciales respecto a las cuestiones analizadas, pareciendo que conforme al artículo 3.1 del Código Civil, la más acertada en ambos casos es la más fiel al texto de la norma que se aplica.

4. ANÁLISIS DE LA OBLIGACIÓN DE SUMINISTRAR PREVISIONES SOBRE EL ELEMENTO ALEATORIO AL QUE PROPORCIONA COBERTURA EL SWAP

El estudio de esta cuestión debe partir de la literalidad de la normativa aplicable en virtud del artículo 3 del Código Civil. En este sentido, nos encontramos con que no hay ningún precepto, incluyendo el artículo 5.3 del Anexo de Real Decreto 629/1993 o los artículos 60.5 o 64 del Real Decreto 217/2008, que obligue a las entidades de crédito a suministrar tal información¹⁰⁶. Lo que sí que contemplan es que en el caso de que se proporcione una información sobre el comportamiento futuro del producto, tal previsión debe ser razonable. En concreto, el artículo 60.5 del Real Decreto 217/2008, claramente indica lo anterior al establecer:

«Si la información contiene datos sobre resultados futuros, deberán cumplirse los siguientes requisitos:

- a) No se podrá basar en resultados históricos simulados ni hacer referencia a los mismos.*
- b) Se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos.*
- c) Cuando se base en resultados brutos, deberá publicarse el efecto de las comisiones, honorarios u otras cargas.*
- d) Se deberá advertir de forma visible que las previsiones no son un indicador fidedigno de resultados futuros».*

No obstante, hay un gran número de sentencias de Audiencias Provinciales que han declarado el incumplimiento de esta obligación en controversias sobre

¹⁰⁶ En este sentido, el artículo 24.1.c.2 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente en servicios bancarios parece exigir informar sobre la cuantificación de las potenciales liquidaciones en los diversos escenarios que puede producirse, pero no la información relativa a las previsiones, al establecer como elemento informativo: *«las potenciales liquidaciones periódicas del instrumento, producto o sistema de cobertura, teniendo en cuenta diversos escenarios de tipos de interés que respondan a la evolución histórica del tipo de referencia, destacando la posibilidad de que las mismas pueden ser negativas»*. En sentido similar respecto a las cláusulas suelo se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2012.

swaps¹⁰⁷. Aunque también se han producido varios pronunciamientos en sentido contrario, como las SSAP de Valencia, Sección 9.^a, de 5 de abril de 2011, de 11 de julio de 2011 y de 3 de abril de 2013; de Vizcaya, Sección 5.^a, de 19 de marzo de 2012 y de 2 de abril de 2012. En concreto, la SAP de Pontevedra, Sección 3.^a, de 26 de mayo de 2011, sobre esta obligación ha considerado que:

«Finalmente, ha de rechazarse la conclusión alcanzada en instancia sobre la insuficiencia de información por no contener una “previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial”, pues no parece inadecuada la oferta en el momento y circunstancias en que se produjo, como se deriva de los iniciales resultados positivos, no se objetiva la realidad u otro alcance de la información disponible en aquellos momentos por la entidad financiera ni la posibilidad o la previsibilidad racional de la bajada de tipos determinante de su resultado negativo ulterior».

Este último posicionamiento parece el más acertado, no solo porque la normativa no lo requiere expresamente y según parte de la doctrina este tipo de obligaciones no debe interpretarse extensivamente por el principio de seguridad jurídica¹⁰⁸, sino porque además no se exige suministrar previsiones de comportamiento futuro en productos o contratos más arriesgados y especulativos, ni tampoco en los de cobertura como los seguros propiamente dichos.

5. LA PROBLEMÁTICA DE LAS CLÁUSULAS DE CANCELACIÓN

Un aspecto chocante de este tipo de contratos es que su suscripción sea generalmente gratuita y que sin embargo su cancelación de mutuo acuerdo pueda implicar, como está sucediendo actualmente respecto a los swaps de tipos de interés y de inflación, unos elevados costes de cancelación para el cliente. Esta impresión aumenta cuando se conoce que el coste de cancelación es variable, y que por tanto, no puede saberse con certeza cuál puede ser el mismo en el futuro¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Cfr. SSAP de Asturias, Sección 5.^a, de 28 de octubre de 2011; de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.^a, de 2 de junio de 2011; de Guipúzcoa, Sección 3.^a, de 11 de mayo de 2012, y de Álava, Sección 1.^a, de 18 de julio de 2012, entre otras muchas.

¹⁰⁸ Cfr. FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A., *Las normas de conducta en el Derecho del Mercado de Valores*, Ed. Instituto de Estudios Económicos, Valencia, 2000, pág. 180.

¹⁰⁹ Así, la SAP de Barcelona, Sección 13.^a, de 14 de febrero de 2012, comenta que la «(Confirmación de la Permuta Financiera de Tipos de Interés (“Swap Bonificado Reversible Media”), confirmación de los efectos establecidos en el anterior, referida a “permuta financiera de los tipos de interés” (f. 49 y sigs., 162 y sigs.), en cuyos anexos de funcionamiento se informa de los riesgos del producto, así como los costes —lógicamente, imposibles de

Estos elementos son los que han motivado que se alegue con frecuencia el error o invalidez de la cláusula del coste de cancelación, y que así se haya estimado por un número importante de sentencias¹¹⁰.

En este sentido, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 15 de noviembre de 2012, ha considerado que la cláusula de cancelación de un contrato *swap* que se remite a valor de mercado era oscura y que por ello se había aplicado correctamente en segunda instancia el artículo 1288 del Código Civil, relativo a la interpretación *contra proferentem*.

En consecuencia, este pronunciamiento parece seguir, al menos en parte, el posicionamiento de la jurisprudencia menor mayoritaria.

No obstante, habría que comenzar recordando que estos contratos son de duración determinada¹¹¹ y personalistas¹¹², por lo que no contemplan un derecho de desistimiento unilateral al que se puedan acoger las partes. Por consiguiente, la única alternativa para dejar sin efecto el contrato es la extinción de mutuo acuerdo, salvo que se produzca un incumplimiento del contrato o sea aplicable algún otro mecanismo excepcional contemplado en el ordenamiento¹¹³.

Por lo expuesto, algunas Audiencias Provinciales han estimado que la cláusula del coste de cancelación no es un elemento esencial sobre el que pueda recaer un error en la contratación¹¹⁴. En el mismo sentido, el criterio del Banco de España a la hora de interpretar este tipo de cláusulas ha sido generalmente distinto al sostenido por la mayoría de las Audiencias Provinciales, puesto que ha entendido que no supone una mala práctica bancaria ni fijar el coste

cuantificar “de futuro”, al perfeccionarse el contrato, aunque constando los parámetros para dicha cuantificación en el Contrato Marco— que pueden producirse en caso de cancelación anticipada».

¹¹⁰ Cfr. SSAP de Valencia, Sección 9.ª, de 6 octubre de 2010; de Álava, Sección 1.ª, de 14 de abril de 2011, y de Asturias, Sección 7.ª, de 21 de noviembre de 2011. De hecho alguna de esas sentencias y la doctrina entiende que la nulidad de dicha cláusula implica la nulidad de todo el negocio jurídico. Cfr. GARCÍA ANGULO, B. L., *op. cit.*, págs. 117 y sigs. Lo cual es controvertido, puesto que puede resultar contrario con el tradicional principio del ordenamiento de la nulidad parcial (*favor contractus* o el antiguo aforismo *utile per inutile non vitiatur*) defendido por los autores y estipulado expresamente en diversos artículos, como el artículo 10 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Cfr. SSTs de 20 de mayo de 1985 y de 17 de octubre de 1987; ZAMORANO ROLDÁN, S., *op. cit.*, pág. 115. Por ello, algunas sentencias de Audiencias Provinciales han anulado únicamente la cláusula de cancelación y no todo el contrato. Cfr. SSAP de Navarra, Sección 3.ª, de 31 de mayo de 2011, y de Alicante, Sección 8.ª, de 21 de diciembre de 2012.

¹¹¹ Cfr. VEGA VEGA, J. A., *op. cit.*, págs. 77 y 78, y GARCÍA LASTRES, J. L., *op. cit.*, págs. 780 y sigs., que considera que son contratos sometidos a término esencial.

¹¹² Cfr. GARCÍA LASTRES, J. L., *op. cit.*, pág. 789. En contra, VEGA VEGA, J. A., *op. cit.*, pág. 78.

¹¹³ Cfr. VEGA VEGA, J. A., *op. cit.*, págs. 147 y sigs.; GARCÍA LASTRES, J. L., *op. cit.*, pág. 789, y LASARTE ÁLVAREZ, C., *op. cit.*, págs. 148 y sigs.

¹¹⁴ Cfr. SSAP de Navarra, Sección 3.ª, de 31 de mayo de 2011, y de Vizcaya, Sección 5.ª, de 29 de octubre de 2012.

de cancelación en referencia al valor de mercado¹¹⁵ ni no proporcionar la fórmula del coste de cancelación¹¹⁶. A estos efectos cabe señalar que la doctrina ya había indicado con anterioridad a toda esta litigiosidad que el efecto de la cancelación de un *swap* sería abonar el valor actual del mismo, entendiendo que tal vez es, de forma simplificada, el resultado económico que se espera que genere el contrato¹¹⁷.

En línea con lo anterior, se han producido una serie de pronunciamientos de las Audiencias Provinciales¹¹⁸ que consideran que no hay irregularidad alguna con este tipo de cláusulas. Estas sentencias estiman que no son oscuras estas cláusulas porque no se puede proporcionar más información que la cancelación anticipada de mutuo acuerdo puede suponer un abono o un cargo del valor de mercado. En este sentido, también se ha argumentado que las referidas cláusulas tampoco serían abusivas, ya que únicamente implican el funcionamiento normal del producto, que a estos efectos es similar al de otros contratos bancarios¹¹⁹.

En consecuencia, parece que podría diferenciarse la invalidez de este tipo de cláusulas por infracción de normativa (que conforme a lo expuesto parece que no concurriría en la mayoría de los casos), del hecho de que el cliente que ha contratado el producto comprenda efectivamente este concepto de valor de mercado, que de por sí no es complejo¹²⁰, aunque sí lo sea la manera de calcularlo. Y eso, al igual que la oscuridad de la concreta cláusula, nuevamente dependerá de las circunstancias y los hechos de cada caso.

¹¹⁵ Cfr. Resolución del expediente R-200901046, de 24 de junio de 2009, en la que se dice «desde un punto de vista técnico-financiero es admisible la argumentación de la entidad cuando justifica que la cancelación anticipada de la permuta financiera tiene un coste: el coste que la propia entidad asumiría, en su caso, por cancelar el instrumento de cobertura que hubiera utilizado con el objeto de cubrir su posición».

¹¹⁶ Cfr. Resolución del expediente R-201000335, en la que se comenta «dada la fluctuación de los mercados, no se cuantifica el coste de cancelación, ni se ofrece fórmula de cálculo de la misma, sin que tal circunstancia pueda ser considerada una mala práctica bancaria». Aunque actualmente sí parece que hay que suministrar parte de dicha información, puesto que el artículo 24.1.c.3 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente en servicios bancarios (que no es aplicable a los *swaps* suscritos antes de su entrada en vigor) expresamente dispone que hay que informar sobre «la metodología de cálculo del coste asociado a una cancelación anticipada, con referencia a distintos escenarios de tipos de interés que respondan a la evolución histórica del tipo de referencia».

¹¹⁷ Cfr. VEGA VEGA, J. A., *op. cit.*, págs. 153 y sigs.; MANSO OLIVAR, R., *Los contratos de permuta financiera como coberturas del riesgo de interés*, CEES ediciones, Madrid, 1996, págs. 87 y sigs.

¹¹⁸ Cfr. SSAP de Castellón, Sección 3.ª, de 26 de septiembre de 2011, de Madrid, Sección 18.ª, de 4 de noviembre de 2011; de Zaragoza, Sección 5.ª, de 3 de abril de 2012 y de Ávila, Sección 1.ª, de 31 de enero de 2013.

¹¹⁹ Cfr. SAP de Ávila, Sección 1.ª, de 31 de enero de 2013.

¹²⁰ Cfr. SAP de Ávila, Sección 1.ª, de 31 de enero de 2013.

6. ESTUDIO RESPECTO A LA POSIBLE NULIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA BANCARIA

Ahora bien, como señala parte de la doctrina especializada¹²¹, el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de noviembre de 2012 y algunas sentencias de las Audiencias Provinciales¹²² previamente comentadas, el incumplimiento de esta normativa no tiene que implicar automáticamente la concurrencia de un error en la contratación. Ciertamente, las Audiencias Provinciales que estiman la concurrencia de un error parece que establecen, en muchos casos implícitamente, una relación de causalidad con el deber de información declarado¹²³. Pero lo que no declaran en la mayoría de los casos, al menos expresamente, es una nulidad de pleno derecho por aplicación del artículo 6.3 del Código Civil. Sin embargo, tal consecuencia jurídica sí ha sido postulada por algunos autores como REDONDO TRIGO¹²⁴.

No obstante lo anterior, sí hay pronunciamientos que han negado claramente la posibilidad de que algún incumplimiento de dicha normativa pueda implicar la sanción más grave del ordenamiento, como las SSAP de Barcelona, Sección 5.ª, de 26 de enero de 2012, o de Pontevedra, Sección 1.ª, de 29 de marzo de 2012. En concreto, esta última sentencia establece en sus Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto:

«TERCERO (...)

El cumplimiento de la normativa citada lo que busca a ultranza es que la entidad financiera informe cumplidamente de los productos que se han de contratar, con lo que lo trascendente desde un punto de vista civil, en cuya jurisdicción nos encontramos, no lo es si se ha cumplido escrupulosamente esa normativa, sino si el consentimiento de la contratante ha sido o no erróneamente prestado o si para obtenerlo la demandada ha hecho uso de maquinaciones insidiosas, prueba de ello es la STS de 22 de diciembre de 2009: “Es notorio que la regulación del artículo 79 LMV y su normativa de desarrollo tienen un carácter y alcance marcadamente administrativo dirigida fundamentalmente a velar por la transparencia del mercado de valores y cuya infracción será sancionable a través del procedimiento administrativo

¹²¹ Cfr. JUAN GÓMEZ, M., *op. cit.*, págs. 6 y 11.

¹²² Cfr. SSAP de Vizcaya, Sección 5.ª, de 19 de marzo de 2012; de Barcelona, Sección 15.ª, de 22 de marzo de 2012 y de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 11 de mayo de 2012, entre otras.

¹²³ Cfr. SSAP de Tarragona, Sección 1.ª, de 1 de septiembre de 2011; de Vizcaya, Sección 5.ª, de 16 de septiembre de 2011 y de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 12 de diciembre de 2011.

¹²⁴ Cfr. «La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MIFID», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723, págs. 646 y sigs.

sancionador correspondiente, sin que dicha vulneración se sancione por la propia norma con la nulidad del acto que la contradiga”.

Ejercita la actora, por tanto, la acción de nulidad de las compraventas de acciones bajo una invocación genérica del artículo 6 del Código Civil por infracción del artículo 79 LMV y normativa de desarrollo contenida en el Código general de conducta de los mercados de valores que se invocan como infringidos no en la demanda sino en la apelación. Según la jurisprudencia, la sanción de nulidad no se reputa doctrinalmente aplicable a supuestos de vulneración de normas administrativas (SSTS de 26-4-1995, 22-7-1997, 13-5-1980 y 7-7-1981) (...).

CUARTO (...)

En suma, que el cumplimiento o incumplimiento sin más de la normativa citada supra no puede determinar la estimación ni la desestimación de la demanda, sino que ha de ponerse en relación con la forma y con el modo de prestación de ese consentimiento, y es de insistir en que de las pruebas practicadas no se deriva que ese consentimiento haya sido erróneamente prestado. Se sabía qué se contrataba y para qué, se mantuvo la validez y la eficacia de la operación en tanto benefició y se intenta obtener su declaración de nulidad cuando perjudica, pero tanto el beneficio como el posible perjuicio eran conocidos y aceptados, hasta el punto paradigmático de que se procedió a contratar iguales productos los que con obtención de resultados favorables no han sido objeto de petición de nulidad por la actora con lo que en la instancia ha sido valorada erróneamente la prueba en relación con el deber de información de la entidad demandada».

Esta última postura parece la más acertada por diversas razones. En primer lugar, porque resulta más acorde con la interpretación que ha realizado el Tribunal Supremo en múltiples sentencias sobre las consecuencias jurídicas de la vulneración de normativa administrativa¹²⁵. En efecto, según lo señalado por la mencionada doctrina jurisprudencial, se debe analizar la índole y la finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir con la declaración de la validez del acto, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así lo permite o aconseja, o la sanción de la nulidad, si concurren transcendentales razones que patenten al acto como gravemente contrario a la Ley, la moral o al orden

¹²⁵ Cfr. SSTS de 18 de junio de 2002, de 9 de mayo de 2005, de 25 de septiembre de 2006 y de 27 de septiembre de 2007.

público. Y la conclusión de ese análisis respecto a un deber informativo parece que no debería trascender de la sanción que en su caso corresponda conforme a la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito y su normativa de desarrollo. Así, en la mayoría de los casos, el no haber informado adecuadamente a un cliente no transgrede el orden público.

En segundo lugar, el referido incumplimiento de la normativa bancaria parece que no debería implicar la nulidad radical, puesto que el principio general del ordenamiento es favorecer la subsistencia de los contratos celebrados. En este sentido, y respecto a este tipo de litigios, la SAP de Zaragoza, Sección 5.ª, de 28 de marzo de 2011, en su Fundamento de Derecho Décimo ilustrativamente comenta:

«Tampoco se puede aceptar que las posibles carencias explicativas de que adolezca el contrato le priven de objeto o lo lleven a una indeterminación tal que merezca la nulidad del mismo. Resultaría excesivo, desproporcionado e injusto invalidar un pacto por defectos de expresión o por ausencias conceptuales secundarias. El principio del favor contractii es un principio clásico que arranca del necesario respeto al acuerdo de voluntades (arts. 1089, 1091 y 1255 CC), aun cuando estas hubieran de integrarse con las propias reglas que el Derecho otorga».

En tercer lugar, no conviene olvidar que en virtud del principio anteriormente expuesto, la consecuencia jurídica que suele imponer el ordenamiento es la nulidad parcial antes que la nulidad de la totalidad del negocio jurídico en virtud de los principios *favor contractus* y el antiguo aforismo *utile per inutile non vitiatur*. Así lo ha sostenido la doctrina¹²⁶ y el Tribunal Supremo en varios pronunciamientos como las SSTs de 20 de mayo de 1985 y de 17 de octubre de 1987.

En consecuencia, parece que es más ajustado a Derecho considerar que un incumplimiento del deber de información contenido en la normativa bancaria, debería implicar en la mayoría de esta clase de litigios únicamente la correspondiente sanción administrativa, puesto que ésta es la consecuencia jurídica que expresamente establece el ordenamiento para tal vulneración. Todo ello sin perjuicio, claro está, que el referido incumplimiento de la obligación de informar haya podido contribuir de alguna manera a la concurrencia de un vicio en el consentimiento.

¹²⁶ Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *op. cit.*, págs. 587 y sigs.; LASARTE ÁLVAREZ, C., *op. cit.*, págs. 138 y sigs.

IX. LA NORMATIVA DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y DE CONSUMIDORES

No debería ser controvertido que este tipo de contratos, como la mayoría de los contratos bancarios, contiene condiciones generales de la contratación a efectos de los artículos 1 y 2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Así lo han entendido muchas sentencias de las Audiencias Provinciales¹²⁷. No obstante lo anterior, parece oportuno realizar una serie de precisiones.

Así, el que sea un contrato de adhesión no implica automáticamente que la condición no se deba incorporar o que sea nula conforme a los artículos 7 y 8 de la referida Ley. Para alcanzar tal determinación habrá que analizar cada cláusula¹²⁸ y tener en cuenta lo señalado en el artículo 91 del Real Decreto Legislativo 1/2007, cuando resulte aplicable¹²⁹.

A su vez, se tiene que reseñar que hay que identificar la cláusula que supuestamente incumple la correspondiente normativa¹³⁰. En efecto, la propia Ley veda una sanción de nulidad general en su artículo 10. De hecho, la consecuencia jurídica según el citado precepto debería ser la nulidad parcial en la mayoría de los casos¹³¹.

También a estos efectos es relevante que en muchos casos no todas las cláusulas son condiciones generales de la contratación, puesto que hay algunos términos que sí son individualizados, como la fijación del nomenclador del contrato.

En el caso de la normativa de consumidores y usuarios, es clara su aplicación cuando nos encontramos con un cliente persona física que suscribe la permuta financiera para una finalidad no empresarial, como protegerse de las subidas de tipos de interés respecto al préstamo hipotecario por el cual ha adquirido su vivienda. Ese suele ser el supuesto habitual de los CAPs¹³². Ahora bien, de

¹²⁷ Cfr. SSAP de Murcia, Sección 1.ª, de 21 de noviembre de 2011, y de Álava, Sección 1.ª, de 21 de noviembre de 2011.

¹²⁸ Cfr. SAP de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 31 de enero de 2013.

¹²⁹ 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 que dispone «las cláusulas abusivas referidas a la modificación unilateral de los contratos, a la resolución anticipada de los contratos de duración indefinida y al incremento del precio de bienes y servicios, no se aplicarán a los contratos relativos a valores, con independencia de su forma de representación, instrumentos financieros y otros bienes y servicios cuyo precio esté vinculado a una cotización, índice bursátil, o un tipo del mercado financiero que el empresario no controle, ni a los contratos de compraventa de divisas, cheques de viaje o giros postales internacionales en divisas».

¹³⁰ Cfr. SAP de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 31 de enero de 2013.

¹³¹ Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *op. cit.*, págs. 483 y 484; SAP de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 31 de enero de 2013.

¹³² Contratos que sí tienen unas grandes semejanzas con los seguros, puesto que, por ejemplo, en el supuesto de los CAPs de tipos de interés, se paga una prima a cambio de

forma igualmente clara ha entendido la mayoría de la jurisprudencia menor¹³³ que no procede su aplicación cuando nos encontramos ante personas jurídicas, puesto que con independencia de la actividad de la sociedad, la celebración del *swap* se integra dentro del proceso productivo de la empresa. Y parece que lo mismo cabría concluir respecto a las personas físicas que contratan este tipo de productos dentro de su actividad empresarial como autónomo¹³⁴, como un farmacéutico que lo suscribe para protegerse de las subidas de los tipos de interés del préstamo que concluyó para comprar la farmacia.

Por todo lo anterior, hay que concluir que el hecho de que este tipo de contratos contengan condiciones generales de la contratación no implica ni que las mismas sean nulas o se tengan por no incorporadas, debiéndose analizar el texto concreto de la cláusula particular y las circunstancias particulares de quien lo contrató para comprobar si es abusiva y si realmente resulta aplicable la normativa de consumidores y usuarios.

X. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS

Esta doctrina está claramente aceptada por el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones, como sus SSTs de 21 de mayo de 2001 y de 25 de enero de 2002. Por lo tanto, es incontrovertida su existencia.

En el caso de los vicios del consentimiento, parece que la aplicación concreta de dicha doctrina general sería la confirmación tácita prevista en los artículos 1309 y siguientes del Código Civil¹³⁵. A estos efectos es conveniente recordar que la confirmación tácita, que es la que generalmente podría estimarse aplicable a estos casos, requiere que concurra un conocimiento de la causa de nulidad, que la causa haya cesado, que quien actúe esté legitimado y que tal comportamiento consista en un acto que suponga sin equívocos dar cumplimiento al contrato¹³⁶.

que la entidad de crédito abone el euribor correspondiente sobre el notional a partir de un determinado nivel. Cfr. GARCÍA LASTRES, J. L., *op. cit.*, pág. 795. Aunque este funcionamiento tampoco le ha salvado de la frecuente litigiosidad. Cfr. SSAP de Madrid, Sección 18.ª, de 4 de noviembre de 2011, y de Asturias, Sección 7.ª, de 30 de marzo de 2012.

¹³³ Cfr. SSAP de Córdoba, Sección 2.ª, de 31 de julio de 2006; de Zaragoza, Sección 5.ª, de 4 de octubre de 2010; de Pontevedra, Sección 3.ª, de 26 de mayo de 2011; de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 13 de junio de 2012; de A Coruña, Sección 4.ª, de 5 de marzo de 2013; de Madrid, Sección 25.ª, de 12 de marzo de 2013, entre otras muchas. En contra, cfr. SAP de Murcia, Sección 1.ª, de 21 de noviembre de 2011.

¹³⁴ Cfr. BOTANA GARCÍA, G. A. y otros, «Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *La Ley*, Madrid, 2005, págs. 79 y sigs., sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 1 de Móstoles, de 27 de julio de 2012.

¹³⁵ Cfr. JUAN GÓMEZ, M., *op. cit.*, págs. 9 y 10; DELGADO ECHEVERRÍA, J., *op. cit.*, pág. 541; GARCÍA ANGULO, B. L., *op. cit.*, pág. 52; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *op. cit.*, pág. 606.

¹³⁶ Cfr. SAP de Guipúzcoa, Sección 2.ª, de 29 de junio de 2012.

En muchos de estos procesos parece que todos los requisitos mencionados se cumplen, puesto que ha habido años de ejecución de los contratos con liquidaciones positivas y negativas (a veces por importes relevantes en ambos sentidos), se han cancelado y suscrito nuevos contratos de permuta financiera e incluso, en algunos casos, hasta se han cobrado o abonado costes de cancelación. Estos hechos han sido tenidos en cuenta en algunos pronunciamientos de las Audiencias Provinciales, como las SSAP de Ávila, Sección 1.^a, 27 de enero de 2011; de Madrid, Sección 10.^a, de 27 de marzo de 2012 y de 3 de julio de 2012, y de Alicante, Sección 3.^a, de 20 de marzo de 2013. En concreto, la SAP de Pontevedra, Sección 6.^a, de 11 de junio de 2012 indica:

«Aplicando la doctrina anterior (doctrina de los actos propios) al caso, resulta que la parte actora suscribió el primer contrato de permuta financiera de tipo de interés (...) después y sin otro antecedente que el funcionamiento y liquidaciones del anterior swap se contrató uno nuevo que sustituía al anterior el día 4 de abril de 2008, y sin formular ninguna objeción en todo este tiempo, finalmente se decide la cancelación el día 3 de agosto de 2008.

De esta forma durante todo este periodo se cumplieron los derechos y cumpliendo las obligaciones que dimanaban del negocio, renovando el consentimiento una segunda vez. Si bien se alega que durante el primer contrato no hubo liquidaciones negativas, la existencia de las positivas indicaba que no había tal seguro y que fue a raíz de la subida de tipos, lo que conllevaría liquidaciones negativas futuras, cuando se acuerde celebrar un nuevo contrato con unos límites, por lo que difícilmente puede sostenerse un desconocimiento de lo pactado».

Sin embargo, el posicionamiento de las Audiencias Provinciales ha sido en gran medida contrario a la aplicación de la doctrina de los actos propios, por considerar que las *reestructuraciones* u *optimizaciones* constituyen un único contrato por diversas razones, como que en el contrato no ha cesado la causa de nulidad¹³⁷, que se realizaron bajo la condición de no cargarse el coste de cancelación¹³⁸, que es lógico que la reacción se produzca cuando se manifiestan los efectos negativos de los contratos¹³⁹ (aunque muchas veces tal reacción en forma de queja acreditada o demanda se produce años más tarde), que son irre-

¹³⁷ Cfr. SSAP de Guipúzcoa, Sección 2.^a, de 29 de junio de 2012 y de Álava, Sección 1.^a, de 18 de julio de 2012.

¹³⁸ Cfr. SAP de Guipúzcoa, Sección 3.^a, de 25 de julio de 2012.

¹³⁹ Cfr. SSAP de Asturias, Sección 4.^a, de 14 de febrero de 2011 y de Álava, Sección 1.^a, de 11 de mayo de 2012.

levantes las liquidaciones positivas recibidas por ser de escasa cuantía¹⁴⁰ o por estimar que el demandante no ha tenido posibilidad real mediante la ejecución del contrato y sus reestructuraciones de percatarse del funcionamiento del mismo¹⁴¹. En sentido similar se ha pronunciado un sector de la doctrina especializada¹⁴².

No obstante, siguiendo lo señalado por algún autor, como JUAN GÓMEZ¹⁴³, y algunas de las sentencias de las Audiencias Provinciales previamente comentadas, parece que el posicionamiento más acertado es considerar que la confirmación tácita podría aplicarse a estos procesos cuando hay unos actos inequívocos de cumplimiento del contrato como su cancelación de mutuo acuerdo, la suscripción de contratos posteriores similares y sobre todo el transcurso de años de ejecución. Máxime cuando se han producido liquidaciones negativas y se han pagado costes de cancelación sin que se pueda acreditar queja alguna al respecto.

XI. LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

Esta institución ha sido definida por LASARTE ÁLVAREZ¹⁴⁴ de la siguiente manera:

«No son totalmente extraños los supuestos en los que, como consecuencia de la extraordinaria alteración de las circunstancias atinentes al contrato, no previstas por las partes, se producen efectos que atentan contra la equivalencia de las prestaciones establecidas originariamente en el momento de celebración del contrato».

Según nuestra mejor doctrina¹⁴⁵ y jurisprudencia¹⁴⁶, los requisitos de aplicación de esta figura jurídica son los que extraemos de la STS de 27 junio de 1984:

«a) que entre las circunstancias existentes en el momento de cumplimiento del contrato y las concurrentes al celebrarlo se haya producido una alteración extraordinaria; b) que, como consecuencia de dicha alteración, resulte una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las prestaciones convenidas; c) que ello se haya

¹⁴⁰ Cfr. SSAP de Badajoz, Sección 2.ª, de 17 de mayo de 2011 y de Burgos, Sección 2.ª, de 2 de junio de 2011.

¹⁴¹ Cfr. SSAP de Asturias, Sección 4.ª, de 30 de mayo de 2011 y de Burgos, Sección 2.ª, de 2 de junio de 2011.

¹⁴² Cfr. GARCÍA ANGULO, B. L., *op. cit.*, págs. 51 y sigs.

¹⁴³ Cfr. *op. cit.*, págs. 9 y 10.

¹⁴⁴ Cfr. *op. cit.*, págs. 156 y 157.

¹⁴⁵ Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, C., *op. cit.*, págs. 158 y 159; ALBALADEJO GARCÍA, M., *op. cit.*, págs. 464 y 468.

¹⁴⁶ Cfr. SSTs de 10 de diciembre de 1990 y de 10 de febrero de 1997.

producido por sobreveniencia de circunstancias realmente imprevisibles; y d) que se carezca de otro medio para subsanar el referido desequilibrio patrimonial producido».

A este respecto, hay que enfatizar que la mencionada doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* tiene una aplicación restrictiva conforme a la constante y uniforme jurisprudencia que la ha interpretado. Así, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 junio de 1984:

«(...) esta Sala ha admitido la doctrina de la llamada cláusula rebus sic stantibus, si bien de manera restrictiva por afectar al principio general pacta sunt servanda y al de seguridad jurídica».

Asimismo, hay que resaltar que la doctrina jurisprudencial ha rechazado de forma clara la aplicación de esta figura jurídica a los contratos con elementos aleatorios, como es el caso de los contratos de *swap*. A estos efectos, respecto a otros contratos aleatorios, podemos citar las SSAP de Tarragona, Sección 2.^a, de 10 de enero de 1992; de A Coruña, Sección 4.^a, de 18 de febrero de 2000; de Jaén, Sección 2.^a, de 30 de septiembre de 2000, y de Madrid, Sección 12.^a, de 6 de abril de 2001. Por consiguiente, parece que la aplicación de esta figura no podría aplicarse generalmente en este tipo de controversias, ya que:

- (i) Cuando el contrato cumple una función de cobertura, no debería haber desequilibrio, puesto que lo ingresado o dejado de abonar en el contrato de cobertura debería compensarse con el correspondiente flujo dinerario de la permuta financiera.
- (ii) La volatilidad del elemento aleatorio era una circunstancia existente en el momento de la celebración del contrato. Únicamente ha cambiado el sentido de la fluctuación. Pero la mencionada fluctuación y sus cambios de sentido constituyen precisamente el elemento aleatorio sobre el que las partes han decidido libremente referenciar sus obligaciones de pago.
- (iii) Las sentencias que a continuación citaremos, consideran que tal fluctuación y su resultado negativo no puede considerarse imprevisible a efectos de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.
- (iv) Hay otros medios para subsanar el pretendido desequilibrio, puesto que en este tipo de demandas se ejercitan un gran número de acciones variadas.

En ese sentido se han pronunciado tanto la doctrina especializada¹⁴⁷ como los tribunales en los escasos pronunciamientos que han tratado esta cuestión

¹⁴⁷ Cfr. JUAN GÓMEZ, M., *op. cit.*, págs. 11 y 12.

en litigios sobre *swaps* como, por ejemplo, la sentencia de Juzgado de Primera Instancia, número 4 de Durango, de 2 de diciembre de 2011, y la SAP de Vizcaya, Sección 5.ª, de 19 de marzo de 2012. En concreto, la última sentencia citada comenta al respecto:

«No resulta de aplicación la cláusula rebus sic stantibus por modificación sustancial de las condiciones, la que según reiterada doctrina jurisprudencial (por todas STS de 21 de marzo de 2001) es de aplicación restrictiva por afectar al principio pacta sunt servanda y a la seguridad del tráfico jurídico, y encuentra difícil encaje en un contrato que su propia naturaleza implica la asunción por ambos contratantes del riesgo propio de variación, al alza o a la baja, de los tipos de interés».

A su vez, habría que señalar que tanto la doctrina¹⁴⁸ como la jurisprudencia¹⁴⁹ han considerado que dicha aplicación debe implicar efectos modificativos del contrato para compensar el desequilibrio, negando los efectos anulatorios de los contratos que se suelen pretender en las demandas de estas controversias.

En consecuencia, la cláusula *rebus sic stantibus* parece que generalmente no resultaría de aplicación en los litigios de permutas financieras, puesto que su uso debe ser restrictivo, no se emplea para contratos aleatorios, existen otros remedios jurídicos y además el objeto de los contratos de *swap* es precisamente la gestión del riesgo que ha modificado sustancialmente el resultado de las liquidaciones. Todo ello sin perjuicio que si el contrato cumple la función de cobertura, el desequilibrio producido en las liquidaciones del *swap* se debería compensar con lo percibido en el contrato coberturado, con lo que tampoco concurriría otro de los elementos necesarios para que se aplique esta figura jurídica.

XII. LAS COSTAS

Indudablemente, como en cualquier litigio se tiene que partir del criterio objetivo del vencimiento para determinar la posible imposición de las costas en virtud del artículo 394.1 de la LEC¹⁵⁰. Así, como indica la doctrina especializada¹⁵¹, la mayoría de las sentencias aplica el criterio general del vencimiento

¹⁴⁸ Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, C., *op. cit.*, pág. 159.

¹⁴⁹ Cfr. STS de 13 de marzo de 1987.

¹⁵⁰ Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A. y otros, *Curso de Derecho Procesal Civil, I. Parte General*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, págs. 399 y sigs.; BANACLOCHE PALAO, J. y otros, *op. cit.*, págs. 658 y sigs.; LORCA NAVARRETE, A. M., *op. cit.*, págs. 807 y sigs.; ROBLES GARZÓN, J. A., y otros, *op. cit.*, págs. 224 y sigs.

¹⁵¹ Cfr. GARCÍA ANGULO, B. L., *op. cit.*, pág. 139.

establecido en el artículo 394 y 398 de la LEC para la primera y segunda instancia respectivamente. En este sentido se pueden citar multitud de sentencias de Audiencias Provinciales, como las SSAP de Álava, Sección 1.^a, de 29 de marzo de 2012; de Vizcaya, Sección 5.^a, de 2 de abril de 2012; de Vizcaya, Sección 3.^a, de 3 de mayo de 2012; de Álava, Sección 1.^a, de 11 de mayo de 2012; de Guipúzcoa, Sección 2.^a, de 29 de junio de 2012; de Guipúzcoa, Sección 3.^a, de 17 de julio de 2012. Ilustrativamente, la SAP de Asturias, Sección 4.^a, de 7 de noviembre de 2011 en su Fundamento de Derecho Tercero, indica que:

«La reiteración de pronunciamientos sobre contratos de esta misma naturaleza en el seno de esta Audiencia, algunos con relación a la misma entidad bancaria aquí recurrente, aleja la presencia de dudas serias de hecho o de derecho a las que se refiere el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como excepción al criterio del vencimiento en materia de costas. Debe, pues, confirmarse también la sentencia apelada en este punto».

Y respecto a las costas de segunda instancia, comenta en su Fundamento de Derecho cuarto:

«Al desestimarse el recurso, las costas aquí causadas son de cargo de la apelante (art. 398 de dicha ley procesal)».

Evidentemente, la estimación parcial debe conllevar la no condena en costas, como sucede en otros procesos. Y así lo han entendido las Audiencias Provinciales a la hora de resolver este tipo de disputas, como las SSAP de Asturias, Sección 5.^a, de 28 de octubre de 2011; de Guipúzcoa, Sección 3.^a, de 16 de julio de 2012 y de 25 de julio de 2012.

Sin perjuicio de lo anterior, como indica la doctrina especializada, el criterio respecto a la condena en costas no es unánime¹⁵². Así se han producido un número considerable de resoluciones de Audiencias Provinciales que no condenan en costas al estimar que hay unas serias de dudas de hecho o de Derecho por los pronunciamientos contradictorios existentes entre Audiencias Provinciales. A estos efectos podemos señalar las SSAP de Ciudad Real, Sección 1.^a, de 18 de junio de 2009; de León, Sección 2.^a, de 21 de enero de 2011; de Valencia, Sección 9.^a, de 5 de abril de 2011; de Pontevedra, Sección 3.^a, de 26 de mayo de 2011; de Castellón, Sección 3.^a, de 26 de septiembre de 2011; de Guipúzcoa, Sección 3.^a, de 11 de mayo de 2012; de Valencia, Sección 9.^a, de 15 de mayo de 2012; de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.^a, de 13 de junio de 2012; de Guipúzcoa, Sección 3.^a, de 25 de julio de 2012; de Madrid, Sección 19.^a, de 10

¹⁵² Cfr. GARCÍA ANGULO, B. L., *op. cit.*, págs. 140 y 141.

de diciembre de 2012. En concreto, la SAP de Guipúzcoa, Sección 3.^a, de 11 de mayo de 2012, declaró en su Fundamento de Derecho Quinto:

«Finalmente, se alega la infracción del artículo 394 LEC al condenar en costas en un caso con dudas serias de hecho y de Derecho, citando diversas resoluciones judiciales no estimatorias de la pretensión de nulidad y resoluciones estimatorias de la nulidad, así como resoluciones que en base a ello no imponen condena en costas procesales.

Ha de acogerse este motivo de apelación entendiendo esta Sala que el caso es jurídicamente dudoso, a la vista de las múltiples resoluciones judiciales encontradas en supuestos de hecho semejantes, siendo una muestra de ellas las invocadas por la recurrente.

Por tanto, se revoca parcialmente la resolución recurrida, en el único sentido de dejar sin efecto el pronunciamiento de costas procesales».

Este posicionamiento no es compartido por toda la doctrina. Así, GARCÍA ANGULO ha criticado esta línea jurisprudencial por tres motivos¹⁵³. En primer lugar por entender que lo que realmente puede haber son dudas de hecho. En efecto, parece que el Derecho aplicable al error en el consentimiento es claro e incontrovertido. Sin perjuicio de lo anterior, sí puede señalarse que dicho error en este tipo de litigios está muy relacionado, entre otras cosas porque así se intenta por los demandantes, con el derecho de información de las entidades de crédito. Y sobre la normativa bancaria aplicable sí hay serias dudas de Derecho como previamente se ha indicado, ya que no está claro el contenido de sus obligaciones ni su exigibilidad en virtud del periodo transitorio contemplado en ellas mismas. Por consiguiente, sí parece que puede estimarse que en estos casos también concurren serias dudas de Derecho.

En segundo lugar, este autor considera que las sentencias desfavorables a las entidades de crédito son claramente superiores en número a las favorables, por lo que no puede tenerse en cuenta tal contradicción jurisprudencial a estos efectos. Sin embargo, siguiendo fuentes claramente alineadas con los intereses de los demandantes observamos cómo se reconoce que más de un 15 por 100 de las sentencias son favorables a los bancos¹⁵⁴. No obstante, de un estudio en bases de datos puede comprobarse cómo ese porcentaje parece ser claramente superior, especialmente respecto a determinadas Audiencias Provinciales como la de Madrid, Valencia o Zaragoza. Consecuentemente, sí parece que hay nú-

¹⁵³ Cfr. *op. cit.*, págs. 140 y 141.

¹⁵⁴ Cfr. <http://asuapedefin.com/sentencias-listados/> consultada el 5 de agosto de 2012 a las 14:00.

mero suficientemente relevante como para entender que existe jurisprudencia contradictoria para aplicar la excepción contemplada en el artículo 394.1 de la LEC.

Finalmente, el referido autor sostiene que es una práctica habitual que ambas partes aporten y citen jurisprudencia contradictoria. Lo cual indudablemente constituye una práctica forense. Pero eso no implica que dentro de ese uso procesal sea infrecuente encontrar tantas resoluciones con pronunciamientos contradictorios ante supuestos de hecho prácticamente idénticos. Por lo tanto, parece que esta matización no debería ser un obstáculo para entender acertado el criterio de la no imposición en costas.

En consonancia con lo expuesto, no parece acertado adoptar un posicionamiento único y automático respecto a la imposición de costas. Pero sí parece plausible y recomendable que se aplique con mayor frecuencia el criterio de no imposición de costas, puesto que en la mayoría de estas controversias si hay una gran inseguridad jurídica sobre el resultado de la misma por la interpretación contradictoria que están haciendo las Audiencias Provinciales del mismo Derecho en supuestos de hecho idénticos o muy similares. Generalmente incluso en relación con los mismos hechos declarados probados, tal y como se ha expuesto previamente respecto a la ausencia de lectura¹⁵⁵, la confianza¹⁵⁶, la contratación de varias permutas financieras¹⁵⁷, la iniciativa en la contratación¹⁵⁸ o el declarado desequilibrio de las prestaciones¹⁵⁹. Algunas de dichas cuestiones son puramente jurídicas, como la aplicación de la doctrina de los actos propios¹⁶⁰ o la excepción de caducidad¹⁶¹. A este respecto hay que añadir que tal contradicción a veces se produce dentro de una misma Audiencia Provincial¹⁶². A su vez, es interesante señalar que en muchos de estos casos también se podrían apreciar dudas de hecho, puesto que el juzgador se encuentra con dos versiones claramente contradictorias en las declaraciones de los empleados de la entidad financiera y de los representantes del demandante. Por lo tanto, parece que la imposición de costas no debería ser automática en función del resultado de la sentencia, pudiendo ser en muchos casos aplicable la excepción prevista en el

¹⁵⁵ Vid. *supra* apartado V.1.

¹⁵⁶ Vid. *supra* apartado V.1.

¹⁵⁷ Vid. *supra* apartado V.1.

¹⁵⁸ Vid. *supra* apartado V.4.

¹⁵⁹ Vid. *supra* apartado V.5.

¹⁶⁰ Vid. *supra* apartado X.

¹⁶¹ Vid. *supra* apartado IV.

¹⁶² Por ejemplo, respecto al criterio de aplicación de las costas procesales, vid. SAP de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 17 de julio de 2012, a favor del criterio del vencimiento, y en contra, SSAP de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 11 de mayo de 2012 y de 25 de julio de 2012. Respecto a excusabilidad del error por un perfil alto, vid. SAP de Álava, Sección 1.ª, de 21 de mayo de 2012 a favor de la inexcusabilidad, y SSAP de Álava, Sección 1.ª, de 29 de marzo de 2012 y de 11 de mayo de 2012 sosteniendo la excusabilidad.

artículo 394.1 de la LEC. Sin perjuicio de lo anterior, obviamente no debería de proceder la aplicación de la excepción al principio de vencimiento, cuando nos encontramos con supuestos donde claramente no hay serias dudas de hecho o de Derecho.

XIII. CONCLUSIONES

En consonancia con lo expuesto, no se pueden obtener soluciones generales para resolver este tipo de litigios. No obstante sí se podrían alcanzar una serie de directrices útiles al respecto:

I. La cuantía en los pleitos en los que el contrato no haya vencido será generalmente indeterminada, puesto que no puede concretarse ni saberse el resultado económico de las liquidaciones pendientes. En el resto de los casos parece que el criterio correcto será estimar que la cuantía coincide con el saldo del resultado económico de la permuta financiera.

II. La acumulación subjetiva de acciones requiere que haya un nexo entre las mismas. Tal nexo usualmente excederá de la identidad del demandado, por lo que deben concurrir otros aspectos como un mismo contrato, identidad de las personas que intervinieron en el proceso de contratación, etc., para que se pueda entender procedente la acumulación.

III. La excepción de la caducidad de la acción puede prosperar en aquellos casos en los que pueda interpretarse que la consumación se ha producido antes de la finalización del contrato, como cuando los aspectos sobre los que recae el error se han materializado con anterioridad o el contrato se ha extinguido de mutuo acuerdo.

IV. El error se tiene que determinar atendiendo a las circunstancias del caso concreto, sin que un declarado incumplimiento de normativa bancaria tenga que llevar aparejado de forma automática la concurrencia del mismo. Asimismo, es el actor quien debe acreditar la concurrencia de todos los elementos de esta institución: esencialidad, excusabilidad, causalidad, e incluso, reconocibilidad.

V. El dolo no puede presumirse, exigiendo cumplida prueba de la parte actora. La actitud dolosa ha de ser grave, no pudiendo estimarse en supuestos en los que notoriamente no puede ocultarse o engañarse, como cuando los aspectos que han motivado el alegado dolo constan en fuentes públicas o en el propio contrato.

VI. Es controvertida la aplicación de la normativa MIFID a las permutas financieras cuando estas cumplen una función de cobertura. El periodo transitorio establecido en la correspondiente normativa debería motivar que no se declararan incumplimientos cuando MIFID aún no era exigible a las entidades de crédito. La normativa bancaria no debería interpretarse extensivamente en virtud del principio de seguridad jurídica, lo que conllevaría que su interpretación

no debería originar unas obligaciones que no están expresamente contempladas en la misma. La vulneración de esta normativa no puede suponer la nulidad automática del contrato, puesto que hay que analizar la infracción, su gravedad y la naturaleza de la norma para decretar tal sanción.

VII. La regulación de consumidores y usuarios generalmente no es aplicable cuando el cliente es una persona jurídica. La nulidad o no incorporación de la cláusula, requiere del estudio del texto de la cláusula, así como de las circunstancias del cliente, para determinar si finalmente puede ser considerado consumidor a efectos de la normativa pertinente.

VIII. El vicio en el consentimiento puede ser subsanado mediante una posterior confirmación tácita, cuando se acredita la concurrencia de actos inequívocos en ese sentido, como años de ejecución con liquidaciones positivas y negativas sin queja alguna por parte del cliente.

IX. La cláusula *rebus sic stantibus* se debe aplicar restrictivamente, excluyéndose habitualmente de su ámbito de aplicación los contratos aleatorios. Como consecuencia de lo anterior, esta figura usualmente no será aplicable a los pleitos de *swaps*, puesto que además, si el contrato satisface la finalidad de cobertura, no se debería producir desequilibrio alguno, puesto que el resultado económico de la permuta financiera y del contrato coberturado deberían compensarse.

X. La existencia de un número relevante de sentencias contradictorias de Audiencias Provinciales resolviendo casos muy similares, con posturas contradictorias sobre cuestiones jurídicas muy concretas como la caducidad, podría permitir aplicar la excepción del criterio de vencimiento de las costas en muchos litigios de este tipo.

XIV. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, 13.^a ed., Edisofer, S. L., Madrid, 2008.
- BANACLOCHE PALAO, J. y otros: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001.
- BOTANA GARCÍA, G. A. y otros: *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, La Ley, Madrid, 2005.
- CARRASCO MORALES, A.: «La conveniencia e idoneidad de los servicios e instrumentos financieros», en *Boletín Económico de ICE*, núm. 3016, del 16 al 31 de agosto de 2011.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. y otros: *Curso de Derecho Procesal Civil, I. Parte General*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012.
- *Curso de Derecho Procesal Civil, II. Parte Especial*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J.: *Comentario del Código Civil*, T. II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991.

- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, 6.^a ed., Civitas, Madrid, 2007.
- FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A.: *Las normas de conducta en el Derecho del Mercado de Valores*, Ed. Instituto de Estudios Económicos, Valencia, 2000.
- GARCÍA ANGULO, B. L.: *Nulidad de los contratos swap en la jurisprudencia*, Eolas, 2011.
- GARCÍA LASTRES, J. L.: *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo XXXIX, V. 5.º, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2009.
- HARTLEY, T. C.: *The foundations of European community Law*, 5.^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2003.
- ISAAC, G.: *Manual de Derecho Comunitario general*, 4.^a ed., Ariel, Barcelona, 1997.
- JUAN GÓMEZ, M.: «Aproximación práctica a la figura del *interest rate swap* o permuta financiera de tipos de interés», en *Diario La Ley*, núm. 7581, Sección Doctrina, de 3 de marzo de 2011, año XXXII.
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Contratos. Principios de Derecho Civil*, T. III, 13.^a ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2010.
- LORCA NAVARRETE, A. M.: *Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte general. El nuevo proceso civil*, Dykinson, Madrid, 2000.
- MANSO OLIVAR, R.: *Los contratos de permuta financiera como coberturas del riesgo de interés*, CEES ediciones, Madrid, 1996.
- MITCHELL POLINSKY, A.: *An introduction to Law and Economics*, 3.^a ed., Aspen, USA, 2003.
- REDONDO TRIGO, F.: «La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MIFID» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723, págs. 625 a 655.
- ROBLES GARZÓN, J. A. y otros: *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*, 2.^a ed., Tecnos, Madrid, 2010.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: «La cuantía de los pleitos de *swaps* (a propósito de los Autos de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, de 15 de junio y de 7 de septiembre de 2010)», en *Diario La Ley*, núm. 7549, Sección Doctrina, de 18 de enero de 2011, año XXXII.
- PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, V. I, 3.^a ed., Bosch, Barcelona, 1983.
- VEGA VEGA, J. A.: *El Contrato de Permuta Financiera (Swap)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.
- ZAMORANO ROLDÁN, S.: *El contrato de swap como instrumento financiero derivado*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2003.

XV. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CIVIL

1. STS de 26 de diciembre de 1944.
2. STS de 5 de marzo de 1960.
3. STS de 30 de septiembre de 1963.

4. STS de 6 de abril de 1984.
5. STS de 20 de mayo de 1985.
6. STS de 30 de diciembre de 1985.
7. STS de 13 de marzo de 1987.
8. STS de 27 de marzo de 1987.
9. STS de 17 de octubre 1987.
10. STS de 27 de marzo de 1989.
11. STS de 20 de noviembre de 1989.
12. STS de 4 de diciembre de 1990.
13. STS de 10 de diciembre de 1990.
14. STS de 31 de enero de 1991.
15. STS de 13 de diciembre de 1992.
16. STS de 8 de febrero de 1993.
17. STS de 29 de marzo de 1994.
18. STS de 30 de mayo de 1995.
19. STS de 8 de febrero 1996.
20. STS de 10 de febrero de 1997.
21. STS de 27 de febrero de 1997.
22. STS de 21 de mayo de 1997.
23. STS de 1 de abril de 1998.
24. STS de 27 de noviembre de 1998.
25. STS de 10 de febrero de 2000.
26. STS de 25 de noviembre de 2000.
27. STS de 21 de mayo de 2001.
28. STS de 25 de enero de 2002.
29. STS de 1 de febrero de 2002.
30. STS de 18 de junio de 2002.
31. STS de 20 de diciembre de 2002.
32. STS de 3 de junio de 2003.
33. STS de 11 de junio de 2003.
34. STS de 21 de abril de 2004.
35. STS de 27 de octubre de 2004.
36. STS de 9 de mayo de 2005.
37. STS de 13 de mayo de 2005.
38. STS de 1 de junio de 2005.
39. STS de 22 de noviembre de 2005.
40. STS de 16 de diciembre de 2005.
41. STS de 25 de septiembre de 2006.
42. STS de 5 de abril de 2006.
43. STS de 22 de mayo de 2006.
44. STS de 6 de septiembre de 2006.
45. STS de 13 de febrero de 2007.

46. STS de 27 de septiembre de 2007.
47. STS de 23 de junio de 2008.
48. ATS de 21 de abril de 2009.
49. STS de 16 de febrero de 2010.
50. STS de 5 de marzo de 2010.
51. ATS de 15 de junio de 2010.
52. ATS de 7 de septiembre de 2010.
53. ATS de 18 de enero de 2011.
54. ATS de 19 de septiembre de 2011.
55. STS de 15 de noviembre de 2012.
56. STS de 21 de noviembre de 2012.
57. STS de 9 de mayo de 2012.

RESOLUCIONES DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

1. SAP de Tarragona, Sección 2.^a, de 10 de enero 1992.
2. SAP de A Coruña, Sección 4.^a, de 18 de febrero de 2000.
3. SAP de Jaén, Sección 2.^a, de 30 de septiembre de 2000.
4. SAP de Madrid, Sección 12.^a, de 6 de abril de 2001.
5. SAP de Córdoba, Sección 2.^a, de 31 de julio de 2006.
6. SAP de Vizcaya, Sección 3.^a, de 5 de diciembre de 2006.
7. AAP de Valladolid, Sección 3.^a, de 27 de marzo de 2007.
8. SAP de Madrid, Sección 13.^a, de 23 de enero de 2009.
9. SAP de Ciudad Real, Sección 1.^a, de 18 de junio de 2009.
10. SAP de Madrid, Sección 9.^a, de 10 de julio de 2009.
11. SAP de Asturias, Sección 5.^a, de 27 de febrero de 2010.
12. SAP de Cáceres, Sección 1.^a, de 18 de junio de 2010.
13. SAP de Asturias, Sección 5.^a, de 23 de julio de 2010.
14. SAP de Zaragoza, Sección 5.^a, de 4 de octubre de 2010.
15. SAP de Valencia, Sección 9.^a, de 6 octubre de 2010.
16. SAP de León, Sección 2.^a, de 21 de enero de 2011.
17. SAP de Ávila, Sección 1.^a, de 27 de enero de 2011.
18. SAP de Asturias, Sección 4.^a, de 14 de febrero de 2011.
19. SAP de Álava, Sección 1.^a, de 23 de febrero de 2011.
20. SAP de Asturias, Sección 4.^a, de 2 de marzo de 2011.
21. SAP de Álava, Sección 1.^a, de 25 de marzo de 2011.
22. SAP de Zaragoza, Sección 5.^a, de 28 de marzo de 2011.
23. SAP de Valencia, Sección 9.^a, de 5 de abril de 2011.
24. SAP de Álava, Sección 1.^a, de 14 de abril de 2011.
25. SAP de Álava, Sección 1.^a, de 14 de mayo de 2011.
26. SAP de Badajoz, Sección 2.^a, de 17 de mayo de 2011.

27. SAP de Pontevedra, Sección 3.^a, de 26 de mayo de 2011.
28. SAP de Asturias, Sección 4.^a, de 30 de mayo de 2011.
29. SAP Navarra, Sección 3.^a, de 31 de mayo de 2011.
30. SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.^a, de 2 de junio de 2011.
31. SAP de Burgos, Sección 2.^a, de 2 de junio de 2011.
32. SAP Álava, Sección 1.^a, de 6 de junio de 2011.
33. SAP de Palencia, Sección 1.^a, de 30 de junio de 2011.
34. SAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 4.^a, de 4 de julio de 2011.
35. SAP de Valencia, Sección 9.^a, de 11 de julio de 2011.
36. SAP de Badajoz, Sección 2.^a, de 26 de julio de 2011.
37. SAP de Tarragona, Sección 1.^a, de 1 de septiembre de 2011.
38. SAP de Guipúzcoa, Sección 5.^a, de 12 de septiembre de 2011.
39. SAP de Vizcaya, Sección 5.^a, de 16 de septiembre de 2011.
40. SAP de Castellón, Sección 3.^a, de 26 de septiembre de 2011.
41. SAP de Vizcaya, Sección 3.^a, de 30 de septiembre de 2011.
42. SAP de Valladolid, Sección 1.^a, de 25 de octubre de 2011.
43. SAP de Asturias, Sección 5.^a, de 28 de octubre de 2011.
44. SAP de Toledo, Sección 1.^a, de 2 de noviembre de 2011.
45. SAP de Asturias, Sección 7.^a, de 3 de noviembre de 2011.
46. SAP de Madrid, Sección 18.^a, de 4 de noviembre de 2011.
47. SAP de Asturias, Sección 4.^a, de 7 de noviembre de 2011.
48. SAP de Asturias, Sección 7.^a, de 21 de noviembre de 2011.
49. SAP de Murcia, Sección 1.^a, de 21 de noviembre de 2011.
50. SAP de Álava, Sección 1.^a, de 21 de noviembre de 2011.
51. SAP de Zamora, Sección 1.^a, de 12 de diciembre de 2011.
52. SAP de Guipúzcoa, Sección 3.^a, de 12 de diciembre de 2011.
53. SAP de Álava, Sección 1.^a, de 9 de enero de 2012.
54. SAP de Ávila, Sección 1.^a, de 12 de enero de 2012.
55. SAP de Pontevedra, Sección 1.^a, de 20 de enero de 2012.
56. SAP de A Coruña, Sección 3.^a, de 24 de enero de 2012.
57. SAP de Barcelona, Sección 5.^a, de 26 de enero de 2012.
58. SAP de Valencia, Sección 9.^a, de 13 de febrero de 2012.
59. SAP de Barcelona, Sección 13.^a, de 14 de febrero de 2012.
60. SAP de Asturias, Sección 4.^a, de 14 de febrero de 2012.
61. SAP de Barcelona, Sección 5.^a, de 21 de febrero de 2012.
62. SAP de Salamanca, Sección 1.^a, de 2 de marzo de 2012.
63. SAP de Madrid, Sección 18.^a, de 5 de marzo de 2012.
64. SAP de Asturias, Sección 1.^a, de 5 de marzo de 2012.
65. SAP de Madrid, Sección 10.^a, de 7 de marzo de 2012.
66. SAP de Vizcaya, Sección 5.^a, de 19 de marzo de 2012.
67. SAP de Barcelona, Sección 15.^a, de 22 de marzo de 2012.
68. SAP de las Islas Baleares, Sección 3.^a, de 26 de marzo de 2012.

69. SAP de Madrid, Sección 10.^a, de 27 de marzo de 2012.
70. SAP de Valencia, Sección 9.^a, de 27 de marzo de 2012.
71. SAP de Pontevedra, Sección 1.^a, de 29 de marzo de 2012.
72. SAP de Álava, Sección 1.^a, de 29 de marzo de 2012.
73. SAP de Madrid, Sección 10.^a, de 30 de marzo de 2012.
74. SAP de Asturias, Sección 7.^a, de 30 de marzo de 2012.
75. SAP de Vizcaya, Sección 5.^a, de 2 de abril de 2012.
76. SAP de Valencia, Sección 9.^a, de 3 de abril de 2012.
77. SAP de Zaragoza, Sección 5.^a, de 3 de abril de 2012.
78. SAP de Murcia, Sección 5.^a, de 4 de abril de 2012.
79. SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4.^a, de 9 de abril de 2012.
80. SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.^a, de 10 de abril de 2012.
81. SAP de Zaragoza, Sección 5.^a, de 16 de abril de 2012.
82. SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.^a, de 24 de abril de 2012.
83. SAP Madrid, Sección 9.^a, de 30 de abril de 2012.
84. SAP de Vizcaya, Sección 3.^a, de 3 de mayo de 2012.
85. SAP de Valencia, Sección 9.^a, de 5 de mayo de 2012.
86. SAP de Huelva, Sección 2.^a, de 7 de mayo de 2012.
87. SAP de Barcelona, Sección 14.^a, de 10 de mayo de 2012.
88. SAP de Álava, Sección 1.^a, de 11 de mayo de 2012.
89. SAP de Guipúzcoa, Sección 3.^a, de 11 de mayo de 2012.
90. SAP de Asturias, Sección 5.^a, de 14 de mayo de 2012.
91. SAP de Valencia, Sección 9.^a, de 15 de mayo de 2012.
92. SAP de Asturias, Sección 6.^a, de 21 de mayo de 2012.
93. SAP de Álava, Sección 1.^a, de 21 de mayo de 2012.
94. SAP de Lugo, Sección 1.^a, de 28 de mayo de 2012.
95. SAP de Madrid, Sección 21 bis, de 31 de mayo de 2012.
96. SAP de Pontevedra, Sección 6.^a, de 11 de junio de 2012.
97. SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.^a, de 13 de junio de 2012.
98. SAP de Álava, Sección 1.^a, de 29 de junio de 2012.
99. SAP de Guipúzcoa, Sección 2.^a, de 29 de junio de 2012.
100. SAP de Madrid, Sección 10.^a, de 3 de julio de 2012.
101. SAP de Guipúzcoa, Sección 3.^a, de 16 de julio de 2012.
102. SAP de Guipúzcoa, Sección 3.^a, de 17 de julio de 2012.
103. SAP de Valencia, Sección 9.^a, de 17 de julio de 2012.
104. SAP de Álava, Sección 1.^a, de 18 de julio de 2012.
105. SAP de Guipúzcoa, Sección 3.^a, de 25 de julio de 2012.
106. SAP de Cádiz, Sección 8.^a, de 3 de octubre de 2012.
107. SAP de Vizcaya, Sección 5.^a, de 29 de octubre de 2012.
108. SAP de Vizcaya, Sección 5.^a, de 21 de noviembre de 2012.
109. SAP de Madrid, Sección 19.^a, de 10 de diciembre de 2012.
110. SAP de Alicante, Sección 8.^a, de 21 de diciembre de 2012.

111. SAP de Asturias, Sección 5.^a, de 11 de enero de 2013.
112. SAP de Asturias, Sección 5.^a, de 17 de enero de 2013.
113. SAP de Guipúzcoa, Sección 3.^a, de 31 de enero de 2013.
114. SAP de Ávila, Sección 1.^a, de 31 de enero de 2013.
115. SAP de A Coruña, Sección 4.^a, de 5 de marzo de 2013.
116. SAP de Madrid, Sección 25.^a, de 12 de marzo de 2013.
117. SAP de Alicante, Sección 3.^a, de 20 de marzo de 2013.
118. SAP de Valencia, Sección 9.^a, de 3 de abril de 2013.

RESUMEN

SWAP. PERMUTA FINANCIERA LITIGIO. ERROR. CAUSA

La litigiosidad sobre los swaps se ha incrementado enormemente en los últimos años. En estos litigios hay una serie de aspectos recurrentes como la concurrencia de error en el consentimiento, la falta de causa, el incumplimiento del deber informativo o la acumulación subjetiva de acciones.

La solución dependerá de las circunstancias y de las pruebas de cada caso. Sin perjuicio de lo anterior, algunas conclusiones generales sí pueden extraerse. Así, estos contratos sí tienen una causa propia e independiente del riesgo que pueden cubrir. También puede sostenerse que la acumulación subjetiva de acciones por vicio en el consentimiento rara vez puede prosperar. Parece que el rigor en el cumplimiento de la norma no incluye la obligación de dar previsiones. De igual manera, hay determinadas circunstancias que motivarían que el error fuera inexcusable, como la suscripción de varios contratos sin queja alguna.

ABSTRACT

SWAP. LAWSUIT MISTAKE. CONSIDERATION

The lawsuits regarding swaps has greatly increased last years. There are several topics that are addressed in them such as mistake in the formation of the contract, the lack of consideration, the infringement of the duty to inform or bringing a joint action.

The final judgment will depend on the circumstances and the evidence of each case. Notwithstanding the above, some general conclusions can be reached. Thus, this kind of contracts have their own and independent consideration which is not related to the risk that is covered with them. It can also be affirmed that bringing a joint action will rarely succeed when it is related to mistake in the formation of the contract. It seems that the strict fulfillment of the law does not include the obligation to inform about the foreseeable behavior of the element which is the reference of the contract. By the same token, there are certain circumstances which may determine that the mistake was avoidable, such as the fact of entering into several swaps without submitting any claim in this regard.

(Trabajo recibido el 20-8-2012 y aceptado para su publicación el 1-4-2013)