

# CONTRATOS DE PERMUTA FINANCIERA DE TIPOS DE INTERÉS: LOS CONTRATOS BANCARIOS DENOMINADOS *SWAP* Y LOS ERRORES INVALIDANTES PARA DETERMINAR SU NULIDAD

Por D. PEDRO RÓDENAS CORTÉS  
*Doctorando en Derecho, Departamento de Derecho Privado  
Universidad de Extremadura  
Abogado. Máster en Urbanismo y Ordenación del Territorio*

## Resumen

Sobre una primera aproximación al asunto que nos ocupa, se puede denominar el contrato «swap» o de permuta financiera como aquel en el que dos partes se comprometen a intercambiar una serie de cantidades dinerarias en fechas futuras<sup>1</sup>. Normalmente, los intercambios de dinero futuro están referenciados a tipos de interés<sup>2</sup>.

El contrato de permuta financiera de tipos de interés es definido por el Banco de España como un contrato atípico, mediante el cual un cliente y la entidad de crédito intercambian pagos de interés durante un período establecido y en una determinada moneda sobre un importe nominal.

Los pagos periódicos suelen ser satisfechos por una de las partes por el neto, es decir, existe un único flujo de pago por la diferencia de intereses.

Constituye un producto financiero complejo, de modo que, para su comprensión y correcta valoración, en cuanto a su adecuación a los objetivos de cobertura del cliente, se requiere según el Servicio de Reclamaciones del Banco de España una formación financiera claramente superior a la clientela bancaria en general.

Por ello, considera que debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario, de manera tal que las entidades financieras estén en condiciones de acreditar que, con anterioridad a la formalización de la operación, se ha facilitado al cliente un documento informativo sobre el instrumento de cobertura ofrecido en el que se indiquen sus características principales sin omisiones significativas, considerando en caso contrario que

---

<sup>1</sup> Definición extraída de las Sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz, 4/12 (10 de enero) y 76/12 (23 de febrero).

<sup>2</sup> I.R.S.: *Interest Rate Swap*.

su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas y usos bancarios.

### **Abstract**

On the first approximation to the matter at hand, the «swap» contract» or financial exchange can be referred as the one in which both parts commit to swap a series of monetary quantities in the close future. Normally, this swaps are related to the rate of interest.

The rate interest financial exchange contract is defined by the Bank of Spain as an atypical contract, by with the client and the credit entity swap the interest payments during an established period and on a determinated currency based on a notional import

The periodical payments are often fulfilled by one of the parts for the net, that is to say, there is only one flow of payment for the interests difference.

It constitutes a complex financial product, thus, for its comprehension and correct valuation, regarding its adecuacion to the objectives of the client's hedge, it requires in words of the Bank of Spain Complaint Service a financial formation much higher than the average bank customers.

Therefore it considers that it must be offered informative support needed, so that financial entities would be under conditions to give credit that, prior to the operation's formalization, the client has been given an informative document about the hedge instrument offered in which it indicates its main characteristics without significant omissions, considering that otherwise its procedure would be contrary to the frankness and transparency principals that inspire the good practices and banking uses.

## SUMARIO

- I. BREVES REFERENCIAS A LA NORMATIVA VIGENTE
- II. LA POSICIÓN DOMINANTE DE LAS ENTIDADES BANCARIAS
- III. EL PERFIL DE INVERSOR
- IV. EL DEBER DE INFORMACIÓN
- V. ERROR EN EL CONSENTIMIENTO PRESTADO Y NULIDAD DEL CONTRATO
- VI. CONCLUSIONES

## I. BREVES REFERENCIAS A LA NORMATIVA VIGENTE

En efecto, las permutas financieras o *swaps* son productos financieros de riesgos complejos en los que cobra especial relevancia la información facilitada al contratante, y así la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores<sup>3</sup>, en su art. 2 vino a establecer como comprendidos dentro de su ámbito una serie de instrumentos financieros, entre ellos los contratos de permuta financiera de tipos de interés, exigiendo sus arts. 78 y ss., a todas cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores una serie de normas de conducta, entre otras, las de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y asegurarse de que dispongan de toda la información necesaria manteniéndolos debidamente informados.

Es más, conforme establece el art. 79 bis de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que reforma la anteriormente citada sobre el Mercado de Valores, establece que las entidades de crédito deben llevar a cabo el test de conveniencia del art. 73 del R.D. 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el R.D. 1309/2005, de 4 de noviembre, para comprobar la adecuación del producto al perfil del cliente.

Este precepto determina los efectos de lo dispuesto en el art. 79. Bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, sobre las entidades que prestan servicios de inversión distintos de los previstos en el artículo anterior debiendo determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado.

En este sentido, la entidad podrá asumir que sus clientes profesionales tienen la experiencia y conocimientos necesarios para comprender los riesgos inherentes a esos servicios de inversión y productos concretos, o a los tipos de servicios y operaciones para los que esté clasificado como cliente profesional<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Antes de su reforma por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre.

<sup>4</sup> Art. 74: Disposiciones comunes a las evaluaciones de idoneidad y conveniencia.

1. A los efectos de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, la información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previstos, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:

Para evitar las desigualdades informativas, entre entidad financiera y cliente, es preciso que los primeros aperciban y adviertan a la otra parte contratante de los desequilibrios que puedan producirse y hacerlo de una forma tan exhaustiva que impida (al cliente) contratar servicios que rápidamente le pueden producir unos perjuicios económicos persistentes, a través de un sistema de información imparcial, claro y no engañoso<sup>5</sup>.

La Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modificó la Ley del Mercado de Valores<sup>6</sup> introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/39 C.E., sobre Mercados de Instrumentos Financieros<sup>7</sup>. La citada normativa continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis).

Esta directiva comunitaria reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis, regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales; entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda «tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa», debiendo sustituir la información con las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencias financieras y aquellos objetivos, conforme dispone el art. 79 bis, 3, 4, y 7.

Entre las resoluciones más importantes del Banco de España sobre la cuestión abordada, se puede destacar la emitida en junio de 2009, contemplando que entre la clientela tradicional, conocedora de los productos típicamente bancarios que han venido siendo comercializados tradicionalmente por las entidades

- 
- a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente.
  - b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado.
  - c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes.

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

3. Asimismo, las entidades tendrán derecho a confiar en la información suministrada por sus clientes, salvo cuando sepan, o deban saber, que la misma está manifiestamente desfasada, o bien es inexacta o incompleta.

<sup>5</sup> La propia Ley del Mercado de Valores, en su art. 79.3 determina que al cliente se le debe facilitar una información del producto «que le permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece, pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa».

<sup>6</sup> Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

<sup>7</sup> Conocida por sus siglas en el anglicismo como M.I.F.I.D. (*Markets in Financial Instruments Directive*).

bancarias de nuestro país, resulta lógicamente difícil de comprender el alcance económico que en determinadas circunstancias pueden tener movimientos bruscos en los mercados o la decisión de cancelar antes del vencimiento.

Esta razón motiva que las entidades, diseñadoras de los productos y las que se los ofrecen a su clientela deben realizar un esfuerzo adicional, tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera de su cliente, a fin de que comprenda, con ejemplos sencillos, el alcance de su decisión, y estime si ésta es adecuada y si le va a poner en una situación de riesgo no deseada.

En tal sentido, debiera considerarse procedente la incorporación, a modo ilustrativo, de un cuadro donde se cuantifique el importe de cada liquidación en función de los distintos escenarios de interés.

## II. LA POSICIÓN DOMINANTE DE LAS ENTIDADES BANCARIAS

Es evidente que no solo el «comprador» (cliente, como se denomina en la cláusula 1.<sup>a</sup> de las «condiciones generales») no solicitó al «vendedor» (Banco) la celebración del contrato de permuta financiera sino que, además, el Banco no le ofreció ninguna información sobre las dificultades y vicisitudes del contrato.

No se informó de que se trataba de un contrato *swap*, un contrato de una permuta de tipos de interés, sino que se hizo creer a la demandada que se hallaba ante un seguro para cubrirse ante los tipos de interés.

En aplicación de la doctrina de la Comunidad Europea (C.E.), el R.D. 217/2008, de 15 de febrero, relativo a las empresas de servicios de inversión, deroga el R.D. 629/1993, de 3 de mayo, y en su art. 64.1 dispone que las entidades financieras que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación de cliente como minorista o profesional. En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tener decisiones de inversión fundadas. Debe obtener del cliente la información necesaria sobre sus conocimientos y experiencia con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convenga. Esa información se plasma en los denominados «test de idoneidad y de conveniencia» (arts. 72 y 73 R.D. 217/2008). Si el producto es de los considerados complejos, como es el caso de los derivados financieros (art. 79 bis 8 L.M.V.), aunque la iniciativa parta del clientela entidad está obligada a realizar el test de conveniencia. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 11 de julio de 1998, señala que: «La ley del Mercado de Valores contiene una serie de normas de conducta de las Sociedades y Agencias presididas por la obligación de dar absoluta prioridad al interés del cliente (art. 79), lo que se traduce, entre otras, en la obligación de del gestor de informar al cliente de las condiciones del

mercado bursátil, especialmente cuando u no obstante, la natural inseguridad en el comportamiento del Mercado de Valores, se prevean alteraciones del mismo que puedan afectar considerablemente a la cartera administrada, ya si el art. 255 del Código de Comercio impone al comisionista la obligación consultar lo no previsto y el art. 260 dispone que el comisionista comunicará frecuentemente al comitente las noticias que interesen al buen éxito de la negociación»<sup>8</sup>.

Como se desprende de las liquidaciones trimestrales practicadas por el Banco no se han motivado debidamente, en el contrato los riesgos financieros (salvo las generalidades ya expuestas) no son especificados y tampoco la fórmula mediante la cuál se realizarán los cálculos en el caso de que el cliente solicite la cancelación anticipada del producto ni se motivó posteriormente la liquidación practicada.

El acuerdo básico derivado del «swap» no cumple la normativa, tampoco se realizó el test de conveniencia ni el test de idoneidad. Además, se resulta notorio por la acuciante crisis económica que los estudios del Banco de España y Fundación de las Cajas de Ahorro tenían previsiones de que los tipos de interés iban a bajar, en el contrato tampoco se establece un tope por arriba, el tipo fijo es bastante alto y si hay subidas es pequeño el beneficio para el cliente, si existieron bajadas el beneficio de la entidad bancaria es ampliamente mayor.

### III. EL PERFIL DE INVERSOR

Las entidades de crédito y demás intermediarios que actúen en el Mercado de Valores deberán asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes para realizar con ellos las tareas de asesoramiento mínimo que consideramos inherentes a la prestación de este tipo de servicios.

Para poder elaborar su perfil de inversor y consentir la contratación del producto que se considere más adecuado, no se debe obviar que el actor no solicitó contratar el «swap» sino que lo ofrecieron desde el Banco, es necesario recabar toda la información necesaria del cliente.

La Orden Ministerial, de fecha 7 de octubre de 1999, que desarrolla el Código de Buena Conducta y normas de actuación en la gestión de carteras de inversión, establece que las entidades deberán solicitar a sus clientes información sobre su experiencia inversora, objetivos, capacidad financiera y preferencia de riesgo.

---

<sup>8</sup> En idéntico sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 27 de enero de 2003, declara: «(...) la entidad efectúa como labor profesional y remunerada, una gestión de intereses y por cuenta de tercero, en el marco de las normas del mercado de valores, establecidas para regular la actuación profesional de las empresas de servicios de inversión en dichos mercados, y muy especialmente observar las normas de conducta (Título VII) que disciplinan su actuación, entre las que destacan, dentro del deber de diligencia, las de asegurarse que disponen de toda la información necesaria para sus clientes, manteniéndoles siempre adecuadamente informados y la de cuidar de los intereses de sus clientes, como si fueran propios, todo ello potenciado por un exquisito deber de lealtad».

En este Código de Buenas Conductas se establece, como elemento puramente autorregulador, que las entidades desarrollarán su actividad de acuerdo con los criterios pactados por escrito con el cliente (condiciones generales de inversión) en el correspondiente contrato. Tales criterios se fijarán teniendo en cuenta la finalidad inversora perseguida y el perfil del inversor o, en su caso, las condiciones especiales que pudieran afectar a la gestión. Dentro del marco establecido por estos criterios, los gestores invertirán el patrimonio de cada uno de sus clientes según su mejor juicio profesional, buscando un equilibrio entre liquidez, seguridad y rentabilidad, dando prevalencia siempre a los intereses del cliente.

En la confección del contrato «swap» debieron tenerse presente criterios como la edad, los ingresos mensuales, patrimonio a favor del deudor, el histórico de inversiones y la experiencia como inversor, la capacidad de ahorro y liquidez, en nivel de riesgo asumible, el importe que desea invertir y, por último, la duración de la inversión.

Se debe considerar contrario a las buenas prácticas en el Mercado de Valores, que las entidades que se dediquen al asesoramiento sobre inversiones y a la intermediación de órdenes, no recaben los datos señalados, ni elaboren un perfil inversor del cliente al que se está asesorando e, incluso, intermedien la compra o suscripción de productos cuya naturaleza e importe sean incompatible con lo que determina su perfil inversor<sup>9</sup>.

La normativa vigente, a pesar de estar contenida en códigos de conducta, es de obligatorio cumplimiento para las entidades que operen en el Mercado de Valores pudiendo ser, entonces, su vulneración alegada en juicio.

Son numerosas las ocasiones que las gestiones de concluyen con la rúbrica de una hoja de solicitud de un fondo, ni del que tan siquiera se conoce la denominación (permuta financiera de interés -I.R.S.- de doble barrera), sin otra información adicional que la facilitada por el empleado de la entidad bancaria.

En el Informe Anual sobre «reclamaciones» (1999), la C.N.M.V. emitió una serie de consideraciones sobre la falta de entrega de folleto informativo: «Las características básicas y las reglas de funcionamiento propias de cada fondo de inversión se contemplan en sus respectivos reglamentos de gestión y folletos informativos, documentos que las entidades comercializadoras deben entregar al partícipe en el momento previo a la suscripción de las participaciones.

La entrega del folleto informativo (completo o reducido) y del reglamento de gestión de cada fondo es obligatoria y que no puede sustituirse por la información verbalmente ofrecida por la entidad referenciada de manera indirecta en la hoja de suscripción o en la publicidad del producto (...).

---

<sup>9</sup> En este sentido la Comisión Nacional del Mercado de Valores (C.N.M.V.), en su informe anual sobre reclamaciones 1998, aconsejó: «a) Que conozcan la situación de su cliente, le aconsejen lealmente y no olviden señalarle los riesgos de sus inversiones».

Será, en definitiva, contraria a las buenas prácticas bancarias no facilitar al cliente toda la información necesaria para conocer las características esenciales del producto contratado, los cuales deberán contar con la máxima claridad y precisión en los impresos para atender las órdenes del cliente.

#### IV. EL DEBER DE INFORMACIÓN

La Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que modifica la Ley del Mercado de Valores, introduce el art. 79 bis regulando los deberes de información frente al cliente no profesional, sobre la naturaleza y riesgos del instrumento financiero ofrecido, para que el cliente pueda tomar las decisiones correspondientes con conocimiento de causa, y no verse sorprendido con situaciones, imprevistas para él, y sobre los que no había sido advertido.

Deber de información, en fase precontractual y contractual, sobre el que ha insistido el R.D. 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión (ex art. 64).

Como ya podrá inferirse del contenido expuesto hasta ahora, la entidad demandada (Banco Popular Español, S.A.) no cumplió con el deber que exige la legislación aplicable y vigente al caso, sin que conste haber proporcionado al cliente la documentación e información necesaria para conocer el verdadero contenido y alcance de la operación que concertaba, y de los riesgos concretos que tenía el *swap* que suscribió, especialmente en caso de que se produjese una importante bajada de los tipos de interés, como ha sido el presente caso, pues no se ha aportado la documentación que manejó y aportó para sustentar y apoyar las «supuestas» explicaciones que le ofrecieron al Sr. Gómez Serrano, máxime si se tiene presente que es un cliente minorista, debiendo recibir el máximo nivel de protección previsto, y la entidad «Automóviles Gómez, S.L.» no ha sido tratada con este máximo nivel de protección exigible. La Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 29-10-2010, recoge que:

«Se oferta un producto, coincidiendo con la tendencia alcista de los tipos puramente conyuntural y amparándose en el temo que esa fase alcista temporal produce en el cliente, y se oferta cuando la crisis asoma en el horizonte y una de las medidas para combatirla ha sido una bajada de importante del Euribor que se ha traducido en la ganancia de la demandada, que en este tipo de contratos ha visto como tras una fugaz subida de tipos (con mínimas ganancias para el actor y los clientes), se produjo una inmediata y drástica bajada de aquellos... y a la Sala no se le escapa que quien, de las dos partes contratantes, se hallaba en condiciones de predecir con mayor fiabilidad la crisis y evolución de los mercados financieros en tal momento y desarrolla una campaña entre sus clientes para ofertar este tipo de productos, es la entidad financiera y no el actor, por más que sea empresario».

En idéntico sentido, se pronuncia la S.A.P. de Asturias, de 27 de febrero de 2010, estableciendo:



«De otro lado, es evidente que ostentando el Banco su propio interés en el contrato, la elección de los tipos de interés aplicables en uno y otro contratante, los períodos de cálculo, las escalas del tipo para cada período configurando el rango aplicable, el referencial variable y el tipo fijo, no puede ser caprichosa sino que obedece a un previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del interés variable (Euribor). Estas previsiones, ese conocimiento previo del mercado que sirve a una prognosis más o menos fiable de futuro que configura el riesgo propio de la operación y está en directa conexión, por tanto, con la nota de aleatoriedad de este tipo de contratos pero no fue esta información la que se puso en conocimiento del cliente antes de contratar.

De contrario, la información sobre el riesgo se limitó a las advertencias que se contienen al final del anexo de cada contrato y éstas son insuficientes pues se reducen al ilustrar sobre lo obvio, esto es que, como se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado es positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial.

Por el contrario, la información relevante en cuanto al riesgo de la operación es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial. Solo así el cliente puede valorar con conocimiento de causa si la oferta del banco, es las condiciones de tipos de interés, período y cálculo propuestas, satisface o no su interés. Simplemente, no puede ser que el cliente se limite a dar su consentimiento, a ciegas, fiado en la buena fe del banco, a unas condiciones cuyas efectivas consecuencias futuras no puede valorar con proporcionada racionalidad por falta de información mientras que el banco sí la posee».

Este deber de información incumbe acreditarlo a la entidad demandada (Banco Popular Español, S.A.), no solo ya porque es algo que ésta corresponde efectuar, siendo la parte que ofrece el producto, integrándose en esa oferta, la información pertinente que haga comprensible a la otra parte contratante la realidad del producto ofrecido, para poder emitir un consentimiento formado correctamente, sino también por el principio de disponibilidad y facilidad probatoria, ex art. 217 L.E.C., del cumplimiento efectivo de una información adecuada, la que debe producirse con mayor intensidad en el sistema y operaciones bancarias, a cuyas condiciones el consumidor solo puede adherirse al contenido contractual ofrecido, como se desprende del ya citado art. 79. 1. a), c) y e) Ley 24/1988, de 28 de julio, del «Mercado de Valores (L.M.V.)», lo que corrobora el R.D. 629/1993, de 3 de mayo, respecto a la información a la clientela, proporcionando toda la que pueda ser relevante, debiendo hacer hincapié en los riesgos que cada una de las operaciones conlleva (ex art. 5.3 L.M.V.).

La Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que modificó L.M.V., introduce el art. 79 bis regulando los deberes de información frente al cliente no profesional, sobre la naturaleza y los riesgos del instrumento financiero ofrecido, para que el cliente pueda tomar las decisiones correspondientes con conocimiento de causa, y no verse sorprendido con situaciones imprevistas para él y sobre las que fue advertido<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Según recoge la S.A.P. Valencia, de fecha 6-10-2010, el acceso de los pequeños inversores a los mercados financieros y las dificultades o complejidades que ello implica, ha motivado la

Ese deber informativo se ha reforzado, desarrollado y especificado aun más, manifestando así su trascendencia práctica, sobre todo a clientes minoristas con el R.D. 217/2008, de 15 de febrero, que exige como norma general la suficiencia de la información (art. 60), la antelación suficiente en su práctica (art. 62) salvo excepciones que no son al caso; y expresamente tratándose de productos financieros, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros (art. 64).

En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas. Es más, si la información contienen datos sobre resultados futuros, el art. 60.5 impone que se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos.

Por supuesto, la información debida no se facilitó y tampoco se le hizo ningún test de perfil para ponderar la adecuación del producto al cliente, ni éste podría obtener un conocimiento exacto del alcance de las cláusulas contractuales, desde su propia literalidad, por su falta de claridad (en concreto, la cláusula de la cancelación anticipada y el cálculo del tipo aplicable), que no puede favorecer a quién la ha causado (ex art. 1288 C.c.).

## V. ERROR EN EL CONSENTIMIENTO PRESTADO Y NULIDAD DEL CONTRATO

Situados en este punto, se debe recordar que el error es uno de los motivos que pueden producir la nulidad de un contrato, invalidando el consentimiento prestado.

De conformidad con lo establecido en el art. 1261 del C.c., para la validez de los contrato, exigiendo por lo tanto para que despliegue plenos efectos la concurrencia del consentimiento de los contratantes, objeto y causa.

En relación al consentimiento, como dice la doctrina, es el alma del contrato, no surge automática y simultáneamente entre las partes, sino que es necesaria

---

imposición en el ordenamiento legal de unas normas de conductas para las entidades de crédito y de protección a los inversores, exigiendo una determinada actuación informativa:

«Así la Ley de Mercado de Valores 24/1998, de 28 de julio, cuya aplicación a la operación enjuiciada (art. 2) no es objeto de discusión y está sobradamente aceptada por la demandada, modificada por la Ley 47/2007 de diciembre de 2007 que traspone, entre otras, la Directiva 2004/39/C.E. del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros en el ordenamiento español, tras proclamar el deber de transparencia y diligencia de esas entidades, su art. 79 bis enunciado como deber de información, exige a la entidad financiera un actuar con claridad, imparcialidad y no engañoso y, por tanto, la información que ha de practicarse como señala el art. 79 bis.2) ha de implicar que el cliente pueda, en palabras del legislador, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa (art. 79 bis.3), es decir, que el cliente ha de conocer y comprender el alcance y contenido de la operación, el riesgo que asume y solo cuando conoce tales aspectos decidir si acepta o no la operación».

una serie de contactos previos o preliminares. Es decir, tratos, negociaciones que tienden a conformar y configurar los elementos esenciales del contrato que concluirán con la prestación del consentimiento por las partes.

Para que el consentimiento se entienda prestado deberá tener efectos vinculantes, exigiendo que sea libre y conscientemente emitido y manifestado, ha de tratarse de la voluntad concorde con los intervinientes, como expresamente señala el art. 1262 del C.c.<sup>11</sup>, exponiendo que: «1) El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. 2) Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. 3) En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación».

Dicha voluntad se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa junto a la causa que han de, obligatoriamente, constituir el contrato.

Para la validez del consentimiento se exige que exista una pluralidad de partes, que tengan capacidad, que exista una voluntad consciente, inteligente y libre, que se realice declaración, en cuanto es necesario que el consentimiento se exprese y se declare y, por último, que exista concordancia ente la voluntad interna y la declarada, de modo que el art. 1265 del C.c. establece que es nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.

El error supone un conocimiento falso de un hecho o una cosa, y para que se pueda viciar el consentimiento, el art. 1266 del C.c., exige que recaiga sobre la sustancia de la cosa que fue objeto del contrato, o sobre aquellas circunstancias de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.

Por ello, no tiene efecto anulatorio el error en la persona, salvo cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal del mismo.

En definitiva, se exige que el error sea esencial, y exigiendo la jurisprudencia la necesidad de que sea excusable.

Así, declara la jurisprudencia del Tribunal Supremo que el error que pudiera padecerse en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable, requisito no mencionado expresamente por el Código civil y que se deduce de los llamados principios de autoresponsabilidad y de buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no solo las de quien ha padecido el error, sin

---

<sup>11</sup> Art. 1262 redactado por el número uno de la disposición adicional cuarta de la Ley 34/2002, 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (*B.O.E.*, 12 de julio). Vigencia: 12 octubre 2002.

también las del otro contratante que la merece por la confianza infundida por la declaración<sup>12</sup>.

El problema, no es tanto de la admisión del requisito que debiera considerarse firmemente asentado, cuanto en elaborar los criterios que deben utilizarse para apreciar la excusabilidad del error.

En términos generales, la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad del error a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible y que la diligencia se aprecia, además, teniendo en cuenta las condiciones de las personas: así es mayor el deber de diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto.

La diligencia exigible es, por el contrario, menor cuando se trata de una persona inexperta que entre en negociaciones con un experto y siendo preciso, por último, para apreciar esa diligencia exigible si la otra parte coadyuvó con su conducta o no, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.

Esto no quiere decir que se haya de deducirse, según la doctrina fundamentalmente recogida en el art. 1261 y concordantes del C.c., que cualquier falta de adecuación entre la voluntad interna y la declarada o bien cualquier incongruencia entre la causa expresada y la causa verdadera de la operación o, en general, entre la estructura jurídica y la finalidad económica de la misma deban de producir la ineficacia del negocio.

Pues, por el contrario, puede ser éste válido y producir sus efectos tanto en el caso de la mera disonancia entre el medio jurídico adoptado y el fin práctico perseguido, por su utilización de una vía oblicua o combinación de formas jurídicas entrelazadas que permita la obtención de un resultado no previsto en los cuadros de la Ley (negocios indirectos y negocios fiduciarios válidos cuando no envuelven fraude de Ley), como en el caso de la verdadera disconformidad entre la apariencia del acto y su real contenido, preparada deliberadamente por las partes (negocio simulado) ya que cuando esta divergencia implica, no una ausencia total de voluntad y de acto real, sino una mera ocultación de un negocio verdadero bajo la apariencia de un negocio fingido (simulación relativa), la ineficacia de la forma externa simulada no es obstáculo para la posible validez del negocio disimulado que contiene, en tanto este último sea lícito y reúna, no solo los requisitos generales, sino también los que correspondan a su naturaleza especial<sup>13</sup>.

Como corolario a lo anterior, puede sostenerse que el error obstativo es un caso de falta de coincidencia entre voluntad y declaración, en el negocio

---

<sup>12</sup> Texto recogido de la Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 4 de enero de 1982.

<sup>13</sup> La jurisprudencia del Tribunal Supremo así lo declara en su Sentencia de fecha 25 de mayo de 1944.

jurídico, con la característica de que tal desacuerdo es inconsciente y, como consecuencia, excluye la voluntad interna real y hace que el negocio jurídico sea inexistente. El art. 1266 del C.c. solo se aplica al contrato que reúne todos los elementos (consentimiento, objeto y causa). Es decir, a aquel en que ha habido error en la voluntad (error vicio) y no error en la declaración (error obstativo), aquél provoca la anulabilidad (por el vicio), éste la inexistencia (por falta de uno de los elementos)<sup>14</sup>.

## VI. CONCLUSIONES

La conclusión que debe imponerse, con los razonamientos expuestos, es la de si concurre el vicio esencial del consentimiento o no para proceder a la anulación de los contratos de permuta financiera doble barrera (*swap*).

Por lo general, este vicio esencia en la prestación del consentimiento por el cliente para aceptar la oferta propuesta por la entidad bancaria se sustenta en la propia información desplegada por dicha sociedad financiera haciendo que, de forma indubitada, el consentimiento prestado por el contratante o aceptante de la propuesta adolezca de un error esencial e invalidante, no imputable a quien pudiera alegarlo.

La consecuencia obligada debiera ser la declaración de nulidad del contrato mediante Sentencia judicial, recaída a tales efectos, tanto de las condiciones particulares como de las generales, con la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses, según desarrolla el art. 1303 del C.c.

Se trata, en definitiva, de conseguir que las partes afectadas por la nulidad vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador<sup>15</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *El pago por tercero*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997.
- BARRIO TELLADO, M.<sup>a</sup> J. del, *Aspectos Contables de las Operaciones de Permuta Financiera y Comercial: Swaps y Barter*, Madrid, Editorial AECA, 2000.
- CUÑAT EDO, V. y BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., *Estudios sobre Jurisprudencia Bancaria*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2000.
- GARCÍA ANGULO, B. L., *Nulidad de los contratos swap en la Jurisprudencia*, León, Eolas Ediciones, 2012.
- LLEDO YAGÜE, F., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Dykinson, 2000.

<sup>14</sup> Nuestro Alto Tribunal lo tiene reiterado en las Sentencias, citando como ejemplos ilustrativos las de 10 de abril de 2001 y 22 de diciembre de 1999.

<sup>15</sup> Según se declararon en la Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 22 de abril de 2002.

- MERCADALL VIDAL, F., *La comercialización de los swaps por las entidades de crédito*, Madrid, Bosch, 2012.
- MOXICA ROMÁN, J., *Las pólizas bancarias*, Pamplona, Aranzadi, 1994.
- ROSEL Y PIEDRAFITA, C., *Aspectos jurídicos del contrato internacional de swap*, Madrid, Bosch, 1999.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Dijusa, 2000.
- VELÁZQUEZ MARTÍN, M. A. y DÍAZ BARCO, F., *Manual Práctico de la Administración Judicial*, Madrid, Dykinson, 1998.
- VV.AA., *La permuta financiera (swap)*, Madrid, Sepín, 2011.
- ZAMORANO ROLDÁN, Sergio, *El contrato de swap como instrumento financiero derivado*, Madrid, Real Colegio de España, 2003.