

## **EL FRACASO DEL “SWAP” DESDE LA PERSPECTIVA DE LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO**

**MARÍA GONZÁLEZ DE LOS SANTOS**  
*Maxistrada*

### **I.- Contenido del artículo. Justificación**

De los diferentes puntos de vista desde los que pueden ser abordados los contratos conocidos con la denominación genérica de “SWAP”, hemos escogido el que se refiere a la válida formación del consentimiento por parte del cliente del banco. Lo que implica analizar el contrato una vez este se ha celebrado y ha desplegado ya efectos, pero con la atención puesta en el momento de la génesis anterior a la emisión de la declaración de voluntad por parte quien, en principio, resulta ser el contratante más débil. La elección responde a un fundamento tan sencillo como indisimulable en nuestro caso: tal es el punto de vista desde el que los jueces nos hemos visto obligados últimamente a abordar pretensiones de nulidad y anulabilidad de este tipo de contratos, cuya frecuencia, probablemente pasajera, justifica su análisis, de la mano, precisamente, del contenido de tales decisiones judiciales.

Antes de adentrarnos algo más en la cuestión, diremos que en la mayoría de los casos en los que los contratos de “swap” han llegado a la jurisdicción civil, el cliente demandante pretende dejarlo sin efecto. En ocasiones, la pretensión no se identifica con todo el rigor jurídico que sería deseable, especialmente, porque se califica de acción de nulidad la que, en sentido estricto, es de anulabilidad. La falta de claridad de determinados preceptos del propio Código Civil ya no es, a estas alturas, una excusa. Es sobradamente conocida la distinción entre ambas figuras y su diferente régimen jurídico. Como recordaba el TS en Sentencia de 6 de septiembre de 2006:

*“Cuando no concurren los requisitos establecidos en el artículo 1261 CC en el ne-*

*gocio jurídico controvertido estamos, pues, en presencia de un supuesto de nulidad absoluta o de pleno Derecho (STS de 10 de abril de 2001), equivalente a la inexistencia, cuya característica radica en la imposibilidad de producir efecto jurídico alguno, en la retroacción al momento del nacimiento del acto de los efectos de la declaración de nulidad y en la inexistencia de plazo alguno de caducidad o prescripción para el ejercicio de la acción correspondiente.*

*Declara la STS de 25 de julio de 1991 (en el mismo sentido, STS de 27 de febrero de 1997) que la ambigüedad terminológica del artículo 1301 CC al referirse a la "acción de nulidad", ha sido precisada doctrinal y jurisprudencialmente en el sentido de distinguir lo que son supuestos de nulidad radical o absoluta y lo que constituyen supuestos de nulidad relativa o anulabilidad; dentro de estos últimos hay que incluir los casos normativos previstos en el citado precepto (...)*".

Pues bien: en realidad, las pretensiones de nulidad absoluta son las menos interesantes desde el punto de vista de la práctica jurisdiccional. Es difícil imaginar un supuesto en el que el contrato de "swap" carezca de causa o de objeto y, en cuanto al consentimiento, el vicio en la formación de la voluntad o en su manifestación externa no es equiparable a la falta absoluta de aquel. Y aun en el caso de que se invoque la total ausencia de ese elemento esencial del contrato (no hace mucho que hemos tenido que resolver sobre una pretensión de nulidad fundada en la alegación de haber aprovechado el Banco la firma de un préstamo hipotecario para intercalar el contrato de "swap" entre otros documentos y obtener así la firma del cliente), el fracaso de la actividad probatoria es también habitual.

Aprovechamos para recordar que tampoco forma parte del objeto procesal civil la a veces pretendida declaración de que una determinada conducta de la entidad financiera es contraria a las buenas prácticas bancarias. La constatación de este hecho solo interesa en la medida en que del mismo pueda derivarse un vicio de nulidad, o de anulabilidad, o un incumplimiento contractual del banco o, en general, en la medida en que integre el supuesto de hecho determinante de una consecuencia jurídica concreta pretendida en el suplico de la demanda. Compartimos así lo que ponía de manifiesto la SAP de Asturias de 27 de enero de 2010 cuando señalaba que los tribunales civiles carecen de competencia para declarar la conformidad o no de la conducta de la entidad bancaria con las buenas prácticas bancarias, tanto porque la LEC proscribía las sentencias meramente declarativas, cuanto porque la supervisión e inspección de tal clase corresponde, bien al Banco de España, bien a la CNMV.

El interés se centra, pues, en la anulabilidad por vicio del consentimiento, singularmente, por error.

## **II.- Los "peligros" del swap**

Ya en su informe anual de 2009 el Defensor del Pueblo, a propósito de las quejas recibidas por el uso por parte de las entidades financieras de productos que posibilitaban la

permuta de los tipos de interés aplicados a los préstamos hipotecarios, alertó de los riesgos que para los consumidores tenía la contratación de “swaps”. El informe, que califica estos productos como técnicamente complejos y recuerda que la Comisión Nacional del Mercado de Valores los ha considerado de alto riesgo, refleja la percepción que muchos ciudadanos tenían del “swap” en el momento de emitir la declaración de voluntad aceptando la oferta que el Banco les hacía. Leyendo el informe se reconocen en muy buena medida los hechos que integran parte del relato fáctico de las demandas en ejercicio de la acción de anulabilidad. Creemos que merece la pena, pues, reproducir parcialmente algunas de sus consideraciones, para que el lector pueda hacerse una idea del iter que, finalmente, lleva al demandante a solicitar de los tribunales que el contrato quede sin efecto. Dice el informe, en la parte que nos interesa:

*“La operativa de las entidades que denunciaban los afectados se producía de la siguiente manera: Una persona de responsabilidad de la sucursal de la que eran clientes contactaba con ellos ofreciéndoles un producto que les protegería de las continuas subidas del euribor. Éste tenía un coste que incrementaba ligeramente la cuota hipotecaria, pero evitaría que superara ciertos límites. Estos límites se situaban por encima del diez por ciento de interés y los productos se ofrecieron cuando el euribor se situaba por debajo del 5 por 100. Los préstamos vigentes se convertían con este contrato adicional en tipos fijos, de modo que el cliente pagaba a la entidad una cuantía unificada, y solían aceptarla considerando que en los dos últimos años el tipo de interés había subido de forma constante. Los clientes no detectaban la verdadera naturaleza del contrato porque la tendencia era alcista, pero cuando el euribor comenzó a descender y los tipos bajaban continuamente, los clientes se encontraron con que su cuota hipotecaria era muy inferior a la que venían pagando, sin embargo, junto con ésta existía un concepto adicional (con variadas denominaciones, “SWAP”, “IRS”, etc.), que se sumaba de forma inseparable a la cuota hipotecaria. Como ejemplo, aquellas cuotas que rondaban los 1.400 euros se incrementaron hasta los 1.500 cuando firmaron el contrato, y cuando los tipos bajaron, las cuotas hipotecarias que rondaban los 1.000 euros, añadían los otros 500 en concepto del citado contrato. Cuando los afectados comprenden el funcionamiento del “seguro”, tratan de cancelarlo. Las entidades les informan de que en el contrato figura una cláusula que permite a la entidad cobrar una comisión de cancelación, que podía alcanzar los quince o veinte mil euros, y que supone, de hecho, pagar las cuotas restantes hasta que finalice el plazo contratado que era, de forma habitual, entre dos y cinco años...”.*

Y añade: *“El Defensor del Pueblo defiende la opinión de que estos productos fueron contratados por usuarios que pretendían protegerse frente a las subidas de tipos, y no frente a posibles bajadas que eran, de hecho, deseadas por ellos, por lo que no se facilitó una información transparente que permitiera a los clientes elegir libremente, máxime cuando las entidades financieras conocen con antelación la evolución del sector”.*

Están dichas aquí algunas de las claves para el ulterior análisis de la correcta formación del consentimiento:

1º.- En primer lugar, el hecho de que sea el Banco el que tome la iniciativa, ofertando al cliente un producto que, lógicamente, le presentará como atractivo. Como explica la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 22 de febrero de 2011: *“en el origen de este tipo de contratos, su celebración era entre dos interesados, normalmente grandes empresas, que el Banco ponía en contacto interponiéndose, a veces, entre las partes, en el sentido de que cada empresario suscribía con el Banco un contrato de Swap que eran espejos, en el sentido de que las obligaciones asumidas por el banco en cada uno de ellos eran exactamente inversas; pero en la actualidad los bancos contratan por iniciativa propia, sin que existan clientes recíprocamente, interesados, sino en razón a su propio y peculiar interés, asumiendo el riesgo de la operación en base a sus propios cálculos financieros, lo que da idea de que su interés no se confunde con el del cliente...”*. En estos casos en los que es el Banco el que toma la iniciativa de la contratación es exigible que tenga un plus de lealtad con el cliente potencial, extremando las consecuencias de su deber de información.

2º.- En segundo lugar, la complejidad del producto ofertado, con la consiguiente dificultad para que el contratante sin especiales conocimientos en la materia y que, las más de las veces, solo ha suscrito con anterioridad productos bancarios sencillos (cuenta corriente, préstamo, fondo de inversión...), pueda llegar a comprender en su totalidad su funcionamiento y prever las eventuales consecuencias de su contratación sobre su patrimonio.

El **perfil del cliente** no es, desde luego, una cuestión baladí. No en vano, el artículo 73 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión (este precepto y el anterior regulan los que en la práctica se denominan “test de conveniencia” y “test de idoneidad”), insiste en que aquellas deberán 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 el artículo siguiente se especifican los datos que ha de incluir la información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente).

Sobre la normativa reguladora del deber de información volveremos más adelante. Baste ahora con recordar que la experiencia judicial está llena de casos en los que, no obstante el contenido de dicha normativa, no se hace al cliente el test correspondiente, o no en la forma precisa para que los datos obtenidos sean fiel reflejo de los conocimientos y experiencia de aquel. A los tribunales llegan también casos en que, no obstante la realización del test, la entidad financiera actúa en contra de lo que la información obtenida haría, no solo recomendable, sino normativamente exigible.

3º.- La nota de aleatoriedad y, en cierta medida, un carácter especulativo del contrato, son también datos desde los que efectuar el análisis de las pretensiones litigiosas del tipo de las que nos ocupan. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 7-04-2010 define este contrato, en su modalidad de permuta de tipos de interés, *“como aquél en cuya*

*virtud las partes contratantes acuerdan intercambiar sobre un capital nominal de referencia los importes resultantes de aplicar un coeficiente o tipo de interés diferente para cada una de ellas durante un plazo de tiempo determinado. Dado que el acuerdo de intercambio del pago de intereses se produce jugando con un índice de interés referencial variable, sometido a las fluctuaciones de los mercados financieros, la nota de la aleatoriedad es también resaltable característica de tal clase de contratos (...)*". En el mismo sentido, la Sentencia de la AP de Cáceres de 18-06-2010, que explica: "*Debe destacarse, por tanto, que en este tipo de contratos sobre cobertura de riesgos de tipos de interés, no hay en puridad intereses, porque no existe principal adelantado por el acreedor de cuya disponibilidad se le esté privando. El nominal del crédito es una mera referencia nocial, una ficción necesaria para un negocio de corte claramente aleatorio, en cuanto sirve de base para cuantificar y comparar las evoluciones de los tipos de interés enfrentados mediante su celebración, y fijar así la pertinente liquidación por diferencias de la que eventualmente deriva el crédito contra el deudor. Debe señalarse, que el contrato de permuta de intereses, en cuanto suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiñe de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del artículo 1.799 Código Civil atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes. La finalidad que se pretende con estos contratos es la mejora de la financiación de las empresas, sobre la base de intentar aminorar los perjuicios derivados de las fluctuaciones, lógicamente a la alza, de los tipos de interés variables. Pero sobre la base de esta finalidad lo cierto es que estamos ante un contrato de carácter aleatorio con tintes especulativos, en el que se juega con el diferencial de los intereses que se intercambian*".

Véanse, no obstante, las interesantes consideraciones que sobre la naturaleza jurídica del swap hace D. Alberto García-Pombo en su artículo publicado en este mismo número de REXURGA.

4º.- No ha de olvidarse tampoco la diferente posición que oferente y aceptante pueden ocupar en la relación contractual. Con toda claridad exponía la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 18-02-2011 su valoración sobre lo que la práctica había puesto de manifiesto, al decir (el subrayado es nuestro): "*Se oferta un producto, coincidiendo con una tendencia alcista de los tipos puramente coyuntural y amparándose en el temor que esa fase alcista temporal produce al cliente, y se oferta cuando la crisis asoma en el horizonte y una de las medidas para combatirla ha sido una bajada importante del Euribor que se ha traducido en la ganancia de la demandada, que en este y otros contratos, ha visto como tras una fugaz subida de tipos (con mínimas ganancias para el actor y otros clientes), se produjo una inmediata y drástica bajada de aquellos que han generado la deuda reclamada en la reconvencción y en otros procedimientos, especialmente dado el periodo de duración el contrato ( de 14 de marzo de 2007 a 14 de septiembre de 2010, que*

*corresponde a un periodo de progresiva y franca bajada de los tipos, salvo una mínima fase inicial alcista) y a la Sala no se le escapa que quién, 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, el cual es una empresa constructora con forma societaria, careciendo su representante legal de conocimientos suficientes para advertir prima facie, y sin información adecuada, el riesgo del producto y las previsiones de evolución futura del mercado, como tampoco poseía mayores conocimientos el titular de un negocio de hostelería, al que se refiere la sentencia de esta Audiencia de 27 de enero de 2010, a diferencia de lo que ocurre en sentencia de esta sala de 18 de Junio de 2010, en la que, quien denunciaba la falta de información, era un inversor avezado que había concertado otras operaciones financieras con la entidad de crédito del mismo tenor a la que cuestionaba en la litis »”.*

Todos los elementos que hasta aquí hemos puesto de manifiesto convergen, en fin, en otro esencial: la especial intensidad, por decirlo gráficamente, con la que el banco ha de dar cumplimiento a su deber de información, del que a continuación trataremos.

### **III.- El deber de información del banco y su relevancia en la formación del consentimiento: el error y las alegaciones defensivas frente al error.**

#### **A) El deber de información:**

En el sector que ahora nos ocupa constituye una preocupación ya lejana del legislador. Sin ánimo exhaustivo, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de Actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios (actualmente derogado) vino a recoger en su Anexo un “Código General de Conducta de los Mercados de Valores” en el que destaca, por lo que ahora nos interesa, su artículo 5. En él se preveía la obligación de las entidades de ofrecer y suministrar a sus clientes toda la información de que dispusieran cuando pudiera ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y de dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos. Se añadía que la información a la clientela debía ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación, haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conllevara, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conociera con precisión los efectos de la operación que contrataba. Cualquier previsión o predicción, según este “código de conducta”, debía estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

Más tarde, 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, que traspuso a nuestro ordenamiento jurídico determinados aspectos de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, introdujo

un artículo 79 bis en la citada Ley 24/88, dentro del Título VII (“Normas de conducta”), Capítulo I (“Normas de Conducta aplicables a quienes presten servicios de inversión”). El precepto regula la obligación de información a la que están sujetas las entidades que presten “*servicios distintos de los previstos en el apartado anterior*” (que se refiere al servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras). En concreto, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si estos son adecuados para el cliente. Si el cliente no facilita la información o esta fuese insuficiente, la entidad le advertirá de que no puede determinar si el servicio o producto es adecuado para él. Si, facilitada la información, considerase que el producto no es adecuado, así ha de advertírselo también. Este precepto está desarrollado por el ya aludido artículo 73 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero. También es de reseñar que la Comisión Nacional del Mercado de Valores elaboró el 7/05/2009 unas condiciones de comercialización de instrumentos financieros de mercados de valores, efectuándose una serie de consideraciones sobre buenas prácticas encaminadas a asegurar las consecuencias de la denominada normativa “**MIFID**” (Markets in Financial Instruments Directive: Directiva 2004/39/ CE y su normativa de desarrollo: Directiva 2006/73 /CE y Reglamento CE 1287/2006).

Ahora bien: a pesar de que la normativa a la que hasta aquí se ha venido haciendo referencia es frecuentemente invocada en las resoluciones judiciales que se han tenido que pronunciar sobre la validez de un “swap”, no podemos dejar de referir que en la materia que nos ocupa se han barajado dos interpretaciones: la que considera que el “swap” es un derivado financiero, al que resulta de aplicación la Ley del Mercado de Valores, bajo la supervisión de la CNMV y la que pasa por considerar que cuando se vincula a un préstamo (hipótesis que con gran frecuencia se somete a la consideración de los tribunales) estamos ante un producto bancario, regido por la legislación bancaria, bajo la supervisión del Banco de España. De hecho, la CNMV y el Banco de España han publicado una nota conjunta, de 20-04-2010, cuyo objeto, literalmente, es “*delimitar los casos en los que las competencias supervisoras y de resolución de reclamaciones que afectan a instrumentos financieros derivados de cobertura de riesgos de tipo de interés o divisa corresponden a la CNMV o al Banco de España. Aunque la supervisión de estos instrumentos financieros corresponde en principio a la CNMV, sin embargo, en la medida en que exista una vinculación entre producto bancario e instrumento financiero de cobertura, el Banco de España, por la vía de la accesoriadad, resultará competente respecto de un servicio de inversión que aparece ofertado como “parte de ellos”*”. Partiendo de dos preceptos, el artículo 79 quater de la Ley 24/1998, del Mercado de Valores (en relación con las excepciones a las obligaciones de información y registro) y el artículo 19 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, relativo a los instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios, la nota conjunta efectúa diversas precisiones en orden a determinar cuándo existe aquella vinculación que implica la competencia supervisora y resolutoria del Banco de España y, afirma, entre otras cosas, que “*en todos aquellos supuestos*

*de vinculación del derivado con un producto/s bancario/s concretos, únicamente se exigirá para su comercialización el cumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa bancaria”. Distintos autores han manifestado ya que consideran contrario a las interpretaciones dadas por la Comisión Europea desplazar en esos casos la aplicación de la normativa MIFID, con la consiguiente obligación de conocimiento del cliente y adecuación del producto que se le ofrece al resultado de tal conocimiento, afirmando que el consumidor de un producto bancario merece la misma protección que el de un producto de inversión.*

Con todo, esa delimitación competencial entre Banco de España y CNMV, cuyo carácter meramente orientativo ha sido destacado ya por alguna Sentencia, como la de la Audiencia Provincial de Asturias de 16-02-2011, no ha de hacer perder la perspectiva: aun cuando solo se exija en la comercialización el cumplimiento de los requisitos que la normativa bancaria impone, esta y la que tiene por objeto específico la protección de consumidor, son suficientes, junto con el CC, para poder fundar un pronunciamiento de anulabilidad por error derivado del incumplimiento por parte del banco de su esencial deber de información, como luego veremos. La Sentencia de la AP de Pontevedra de 7-04-2010, entre otras consideraciones, resume cuál es la información que una entidad bancaria debe proporcionar a sus clientes con ocasión de la contratación de un producto financiero como el “swap”, según Resoluciones del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de fechas 3-6-2009, 23-6-2009 y 24-6-2009, de las que, según se afirma, cabe extraer, entre otras, las siguientes consideraciones:

*“1.- El contrato de intercambio de tipos/cuotas o de permuta financiera de tipos de interés, constituye un producto financiero cuya configuración alcanza un cierto grado de complejidad.*

*2.- Por ello, para su comprensión y correcta valoración se requiere una formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general.*

*3.- Se trata de un producto 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, considerándose en caso contrario que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas y usos financieros.*

*4.- Entre la clientela tradicional, conocedora de los productos típicamente bancarios que han venido siendo comercializados tradicionalmente por las entidades bancarias en 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.*

*Es por ello que las entidades, que son las que diseñan los productos y las que 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 éste comprenda, con ejemplos sencillos, el alcance de su decisión, y estime si ésta es adecuada, o si le va a poner en una situación de riesgo no deseada.*

*5.- En definitiva, las entidades antes de formalizar la contratación de estos productos deben cerciorarse de que sus clientes son conscientes de circunstancias tales como: a) el hecho de que, bajo determinados escenarios de evolución de los tipos de interés (bajistas), las periódicas liquidaciones resultantes de las cláusulas del contrato pueden ser negativas, en cuantías relevantes, en función del diferencial entre los tipos a pagar y cobrar en cada mensualidad; y b) en caso de que se pretenda la cancelación anticipada del contrato de permuta, la posibilidad de que, igualmente, bajo escenarios de evolución de los tipos de interés bajistas, se generen pérdidas que pueden llegar a ser importantes, tanto mayores, cuanto mayor sea el diferencial medio esperado entre los tipos a pagar y cobrar, para el período residual de vigencia de la permuta financiera.*

*En cualquier caso, la manera específica en que se calculará el coste en esa situación. Y es que tanto el criterio que se usará para determinar el coste asociado a la cancelación anticipada de la permuta como el coste asociado a cada criterio constituyen una información trascendente para la adopción de decisiones de cobertura por parte de los clientes (y, en definitiva, para que valoren la conveniencia o no, de contratar el producto ofrecido)”.*

Consideraciones a las que la Sala añade el nada despreciable dato de que las entidades bancarias disponen de la ventaja de contar con recursos económicos y medios, tanto personales como materiales, para poder tener un privilegiado conocimiento técnico del mercado financiero.

## **B) El error y las alegaciones defensivas frente al error:**

Es sobradamente conocido que el error, tal y como la doctrina lo ha definido, es la falsa representación mental de la realidad, que vicia el proceso formativo del querer interno y que opera como presupuesto para la realización del negocio, de tal forma que este, o no se hubiera querido de haberse conocido exactamente la realidad, o se habría querido de otra manera. Y también lo es que para que invalide el consentimiento han de concurrir determinados requisitos, jurisprudencialmente establecidos de modo reiterado (vid., entre otras muchas que podrían ser citadas, las SSTS de 12 de noviembre de 2010 y de 20 de noviembre de 1989).

Pues bien: si antes nos hemos detenido en la obligación de información que pesa sobre las entidades financieras es porque el error en materia de contratación de “swaps” no puede prescindir de aquella normativa sectorial de aplicación: la específica de protección

de consumidores y usuarios (lógicamente, para el caso de que el contratante tenga esta condición) y la que impone expresamente a las entidades bancarias ese aludido deber de información a sus clientes. El cumplimiento de tal deber se erige, sin duda, en garantía de la válida formación del consentimiento que, a su vez, ha de estar basado en el conocimiento previo a la emisión de la declaración de voluntad tendente al establecimiento del vínculo obligacional con el banco. Dicho de otro modo: saber si el cliente del banco ha incurrido o no en error pasa por precisar si conoció o no la naturaleza del contrato, las obligaciones que conforman su contenido y los riesgos que con su firma asume, lo que, en productos de estas características, depende en muy buena medida del cumplimiento por el banco contratante del repetido deber de información. Como recordaba la Sentencia de la AP de Asturias de 27-01-2010: *“Naturalmente, a la entidad bancaria demandada no le es exigible un deber de fidelidad al actor, como cliente, anteponiendo el interés de éste al suyo o haciéndolo propio. Tratándose de un contrato sinalagmático, regido por el intercambio de prestaciones de pago, cada parte velará por el suyo propio. Pero eso no quita para que pueda y deba exigirse a la entidad bancaria un deber de lealtad hacia su cliente conforme a la buena fe contractual (art. 7 Código Civil) cuando es dicho contratante quien, como aquí, toma la iniciativa de la contratación, proponiendo un modelo de contrato conforme a objetivos y propósitos tratados y consensuados previamente, por uno y otro contratantes, singularmente en cuanto a la información precontractual necesaria para que el cliente bancario pueda decidir sobre la perfección del contrato con adecuado y suficiente “conocimiento de causa”, como dice el precitado 79 bis de la L.M.V”.*

Desde luego, la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información sobre productos financieros recae sobre el profesional bancario, *“respecto del cual la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes”* (Sentencia de la AP de Pontevedra de 7-04-2010, con cita de la de Valencia, de fecha 26-4-2006).

Pues bien: para llegar a la conclusión de un posible error como vicio del consentimiento, téngase en cuenta que partiremos en este comentario de un supuesto de hecho determinado, por lo demás, bien frecuente en la práctica judicial: el del firmante del contrato que se pone en contacto con un producto de esta naturaleza por vez primera y carece de especiales conocimientos en la materia. Normalmente, este cliente tiene la condición de consumidor (por lo tanto, es el destinatario final y no destina el bien o servicio a su uso comercial, ni lo integra en ningún proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros), aunque puede ser que no la tenga porque el producto se suscriba dentro de su ámbito empresarial, por ejemplo, como parte del sistema financiero necesario para la realización del objeto social de una persona jurídica, pero que sus administradores tengan los mismos conocimientos de los usos y del sector bancario que tiene cualquier consumidor. Para este perfil de cliente, expresiones del tipo “intercambiar, sobre el nominal contratado, un tipo de interés variable por una estructura de pagos previamente fijada” u “operación de derivados que consiste en un contrato mediante el cual dos agentes económicos acuerdan intercambiar flujos monetarios calculados sobre diferentes tipos o índices de re-

ferencia, que pueden ser fijos o variables, durante un cierto período de tiempo, sujetos a las condiciones especiales pactadas” (las hemos extraído de ejemplares de contratos litigiosos), no son fáciles de comprender. Es por ello que el banco, cuyo deber de diligencia se sitúa normativamente por encima del parámetro de la diligencia propia de un buen padre de familia, ha de desarrollar su labor informativa con especial intensidad.

No debería hacer falta demasiado esfuerzo argumentador para concluir, en primer término, que aquellas cláusulas incluídas de antemano en contratos como los que nos ocupan, en las que el cliente, que en nada ha podido influir en la redacción del modelo que sirve de base al negocio jurídico, declara conocer las características del producto que se le ofrece y entender el riesgo que asume con su contratación, no aportan nada al análisis sobre si la entidad ha dado o no verdadero cumplimiento a su deber de información. Sobre estar preimpresas en un contrato estándar, aquellas supuestas declaraciones se firman en el momento mismo de la emisión del consentimiento, cuando lo que aquí nos interesa es la fase previa a la emisión, es decir la de su formación. Lo reflejaba la Sentencia de la AP de Asturias de 23-07-2010 al decir: *“no se puede ignorar la nula eficacia exoneradora de tales declaraciones si se pondera que lo debatido y declarado es el error en el consentimiento prestado por los accionantes y que dichas declaraciones se producen después de informados sobre el producto bancario, es decir, ya formada su voluntad en razón a la información recibida y cuya insuficiencia sustenta la declaración de error”*.

En segundo lugar, cuando hablamos de facilitar información sobre el “swap” a un cliente al que no han de presumírsele específicos conocimientos bancarios no nos referimos, claro es, a que quien contrata en nombre del banco haya mantenido más o menos reuniones con aquel y le haya expuesto las características principales del contrato. Ni siquiera a que le haya trasladado lo que, por lo demás, puede ser obvio incluso para un profano: la posibilidad de que existan apuntes o liquidaciones negativas en la correspondiente cuenta asociada, dependiendo de la situación del mercado en cada momento. Es necesario ir más allá (sobre todo si la iniciativa para contratar parte del banco, como fue frecuente en un determinado momento temporal) e ilustrarle del comportamiento del producto que contrata, precisamente, en las situaciones del mercado que pudieran desfavorecerle, ayudándose incluso de ejemplos sencillos, como recomienda el Banco de España, para que conozca qué desventajas podría tener, llegado el caso, por haber contratado el “swap”, comparando su situación económica en circunstancias adversas con la que tendría de no haberlo suscrito. Como señalaba la Sentencia de la AP de Burgos de 3-12-2010: *“Prima facie, podría parecer sencilla la mecánica financiera que supone el desarrollo contractual, de carácter aleatorio, pero lo que no es sencillo inferir son las consecuencias económicas, tan desproporcionadamente perjudiciales, en caso de bajadas bruscas del Euribor”*. Se trata, en fin, de que el cliente vea de modo concreto cuál podría ser, siquiera aproximadamente, el resultado de las liquidaciones periódicas negativas de darse aquellas circunstancias o, cuando menos, que ese resultado podría llegar a alcanzar cuantías relevantes. Véase en este sentido la Sentencia de la AP de Asturias de 27-01-2010, en la que se acaba concluyendo: *“(…) 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. Sólo así el cliente puede valorar "con conocimiento de causa" si la oferta del Banco, en las condiciones de tipos de interés, período y cálculo propuestas, satisface a 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".* Evidentemente, el banco ha de informar también a su cliente sobre las consecuencias que puede llegar a tener una "cancelación" anticipada del contrato, explicándole cómo será calculado el coste específico asociado a esa cancelación, puesto que su conocimiento tiene suma trascendencia a la hora de tomar la decisión de contratar o no el producto ofrecido.

Empero, la práctica judicial nos ha permitido constatar que en algún caso el cliente no ha recibido información escrita suficiente para poder reflexionar, con tiempo y en un escenario más propicio que la propia oficina bancaria, sobre el producto que iba a contratar. Y que en muchos casos, la información que recibe –que, sin duda, la recibe– se orienta a la exposición de los efectos beneficiosos del swap ante tendencias alcistas que, por lo demás, nunca llegaron a confirmarse.

Nos hemos encontrado así con folletos informativos en los que está por completo ausente la indicación de un posible riesgo patrimonial, cuando sabemos que, ante determinados comportamientos del tipo de interés, se puede llegar a crear uno mayor del que se trata de evitar. Y con contratos en los que las advertencias al cliente no van más allá de la indicación de que en caso de aumento o disminución de tipos de interés contrarios a los esperados se pueden anular o minorar los beneficios esperados por la firma del contrato (lo que no es, se convendrá, exactamente equivalente a que se puedan causar perjuicios). Tales omisiones no siempre se salvan con las explicaciones de los representantes del Banco, que con frecuencia omitieron poner ejemplos con tipos de Euribor como los que se acabaron alcanzando. El hecho de que tal forma de proceder o, más bien, de no proceder, se haya debido a la tan alegada imprevisibilidad de que el Euribor bajase a los niveles a los que llegó, no hace sino reforzar nuestra apreciación sobre una información que destaca las ventajas para el cliente desde el punto de vista de su protección frente a tendencias alcistas, pero omite las desventajas en un escenario diferente. No es extraño, en este contexto, que la contratación se haga en la confianza de la razonable obtención de ventajas, prestando el consentimiento sin ser consciente de que ello podría traducirse en la obligación de pagar al banco cantidades como las que se acaban teniendo que abobar. Por lo demás, si el propio representante de la entidad financiera afirma, como hemos oído frecuentemente en juicio, que lo esperable era que el tipo de interés siguiera subiendo y no baraja entre sus cálculos tipos de Euribor como los alcanzados, no puede reprocharse al cliente que no hubiese sido consciente de la repercusión negativa sobre su patrimonio que esos tipos finalmente tendrían, siendo así, además, que aún dando por bueno que el banco careciera de previsión sobre el comportamiento futuro del Euribor (afirmación que las más de las veces no pasa de ser tal), no puede trasladarse sobre el cliente esa alegada ignorancia. Por lo demás, la im-

previsibilidad de la caída del Euribor en el momento de la suscripción del contrato solo serviría, a nuestro juicio, para excluir el dolo como vicio del consentimiento pues, como recordaba el Tribunal Supremo, por ejemplo, en Sentencia 26 de marzo de 2009, “*el dolo, en cuanto vicio del consentimiento contractual, comprende no sólo la insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe*” Pero, que no concurra dolo del Banco, no impide seguir manteniendo la alegación de que al no haber dado al cliente información suficiente, la formación de su consentimiento no estuvo basada en el conocimiento de todos los datos necesarios para ello. Y, sea cual fuere el grado de conocimiento sobre el exacto comportamiento del mercado por parte del banco, a nadie se le escapa, no solo que la estructura de medios personales y materiales de que dispone no es siquiera comparable a la del cliente con quien contrata, sino que está en perfectas condiciones de proporcionarle una información del eventual riesgo que puede asumir ante un cambio de circunstancias, aun cuando, por la información de que disponga, no pueda prever dicho cambio como seguro.

En ocasiones, lo que los bancos sostienen es que la verdadera razón por la que se solicita la anulabilidad del contrato es porque, a día de hoy, el producto no es interesante debido a la caída de los tipos de interés, de modo que más que ante un error invalidante del consentimiento estaríamos ante expectativas defraudadas. Dicho de otro modo, que el cliente no ha formulado reproche alguno mientras las liquidaciones arrojaron resultado positivo y que, de haber seguido tal situación, no habría habido proceso. Sin duda que la causa del contrato no es equiparable con el buen fin del contrato, es decir, con la obtención del lucro que quien invoca el error había esperado. En palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1989: “*el error que vicia el consentimiento sólo es aquél que se refiere a las cualidades y condiciones esenciales de la cosa, no pudiendo nunca constituir este vicio el mero error del cálculo, o de las previsiones o combinaciones negociales (Sentencias de 25 de mayo de 1963 y 27 de mayo de 1982)*”. Ahora bien: prescindiendo ya de la enorme diferencia cuantitativa que suele haber entre los saldos a favor del Banco y los de signo positivo para el cliente (y de la posible alteración del equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato que ello pudiera comportar) y teniendo en cuenta que, en muchas ocasiones, el hecho de que las quejas de aquel se hagan coincidir con la notificación de los primeros cargos de signo negativo en la cuenta asociada no es sino la confirmación de que, hasta ese momento, no tenía todos los datos suficientes para conocer el verdadero riesgo asumido, que solo comprende cuando este se materializa, aquella afirmación no permite obviar que, más allá del evidente componente aleatorio presente en un contrato de “swap”, el error está ya en su génesis. Error derivado de una información que no llena las exigencias que pesan normativamente sobre la entidad bancaria (lo que, como hemos sostenido en alguna resolución, sería perfectamente compatible con la confianza del empleado del banco en que el producto sería bueno para su cliente), por más que sea la fase de ejecución aquella en la que es advertido por el cliente. Por lo demás y a mayor abundamiento, el propio Código Civil parte de que el error sea advertido, precisamente, en esa fase contractual de consumación cuando, en el artículo 1301 dispone que “*la acción de*

*nulidad solo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: (...) en los (casos) de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato”.*

**En definitiva:** si, por las razones hasta aquí expuestas o por otras que pudieran concurrir, se concluye que la información por parte de la entidad financiera acerca de las características del producto ofertado a su cliente no fue suficiente, entendiéndose por tal la que le hubiese permitido tener plena conciencia de que una variación a la baja de los tipos de interés tendría una significación económica como la que, a la postre, tuvo sobre su patrimonio, creemos que ha de concluirse que cuando prestó su consentimiento para la celebración del contrato lo hizo sin ser consciente del verdadero significado y alcance de aquello a lo que se obligaba, esto es, que incurrió en error excusable sobre la esencia del producto objeto del contrato, apto para invalidar el consentimiento. Y ello porque: a) recae sobre “la cosa” que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración (posible coste del producto o pagos a realizar en caso de bajada de interés, previsibilidad del riesgo); b) no es imputable a quién lo padece. A este respecto también debe insistirse en que, como ha declarado la jurisprudencia en referencia a otro contrato pero con consideraciones aplicables por lo que aquí interesa, “si el adquirente tiene el deber de informarse, el mismo principio de responsabilidad negocial le impone al enajenante el deber de informar”, máxime si, como en el presente caso sucede, ese deber de diligencia está normativamente reglado y el banco ocupa una posición contractual que no es comparable, desde el punto de vista del conocimiento y la formación, con la de su cliente; y c) es excusable, en el sentido de que no pudo ser evitado por el cliente empleando una diligencia media o regular.

En alguna resolución judicial se ha llegado a apreciar no ya error, sino dolo, como vicio del consentimiento. Es el caso de la Sentencia de la AP de Álava de 18 de enero de 2011, de recomendable lectura, en relación con un supuesto de hecho, descrito del siguiente modo: “Lo que la prueba permite alumbrar es que el banco ofreció la contratación dando a entender que de este modo el cliente se “cubría” frente a la eventual subida de tipos de interés, tendencia de los tipos que, de forma sin duda imprecisa, iban a referenciar las obligaciones de una y otra parte. Esta forma de exponer el contenido del contrato quizá se explique por el escaso atractivo que para cualquiera supone realizar una apuesta en el que la otra parte implicada es una entidad con mayor conocimiento de las vicisitudes y tendencias de los vaivenes de la economía, flujos financieros y propensión de los mercados y tipos. Si .... o cualquier otra entidad bancaria expusiera que el contrato en esencia se reduce a tal apuesta (paga el banco si los tipos de referencia suben por debajo de cierto nivel, paga el cliente si los tipos bajan), sería difícil conseguir la suscripción de esta clase de productos. Pero si lo que se ofrece, aderezado de múltiples explicaciones sobre la tendencia alcista de los mercados -que luego nunca se confirmó- es una forma de evitar las costosas consecuencias de tal elevación de tipos, el producto se vuelve más atractivo, aunque la explicación no responda fielmente a la naturaleza del mismo”. Y concluye: “En definitiva, el ofrecimiento de un producto con una finalidad diferente a la real, ocultando las consecuencias negativas que supone para el cliente suscribirlo, y el ofrecimiento de una ampliación del

crédito para vencer su natural prudencia, son constitutivas de la maquinación o insidia de la que habla el art. 1.269 CCv , porque nunca hubiera contratado sin la insistencia del banco, sin el convencimiento que era una especie de seguro, y sin la oferta de ampliar el crédito que previamente ya disponía”.

Por último, no queremos terminar este comentario sin poner de manifiesto que, desde luego, no todas las resoluciones judiciales llegan en supuestos de contratación de swaps a la conclusión de nulidad o anulabilidad del contrato. Se valoran en estos casos diversas circunstancias, entre otras: el adecuado cumplimiento por el banco de su deber de información, suficiente para formar el criterio del cliente; la consideración de que en el propio contrato se indica claramente su objeto y se describen sus riesgos en lugar visible; la valoración de que el contrato no tiene carácter especulativo, puesto que la contratación del derivado tiene como fundamento la previa existencia de un pasivo financiado, de tal manera que la relación entre una y otra operaciones determina que, en realidad, no pueda hablarse de pérdidas y ganancias, sino de una estabilización de los costes financieros, en el sentido de que por el reiterado juego de la permuta financiera el deudor abona siempre el mismo importe en concepto de gastos financieros (en este sentido, la SAP de Zaragoza de 4-10-2010). Y, singularmente, el propio perfil del cliente (normalmente en estas resoluciones no es un consumidor), cuyo cargo u ocupación (administrador de una sociedad, por ejemplo) y el hecho de haber suscrito productos bancarios de igual o similar naturaleza en el marco de su actividad hacen que la complejidad del producto pueda ser comprendida por él y un hipotético error pueda ser salvado empleando un mínimo de diligencia. Por citar algunos ejemplos además del ya aludido: SAP de Valencia de 5-04-2011; SAP de Ávila de 27-01-2011; la SAP de A Coruña (sede en Santiago de Compostela) de 4-11-2010; o la SAP de Madrid de 9-03-2009)