

Marc GARAU FARRIOL

---

**ERROR EN EL CONSENTIMIENTO EN LOS  
CONTRATOS DE SWAP**

*Trabajo Fin de Grado  
dirigido por  
Adolfo LUCAS ESTEVE*

Universitat Abat Oliba CEU  
**Facultad de Ciencias Sociales**  
Grado en Derecho

---

2014



*“De aquel que opina que el dinero puede hacerlo todo, cabe sospechar con fundamento que será capaz de hacer cualquier cosa por dinero”*

BENJAMIN FRANKLIN



## Resumen

Cada cierto tiempo hay asuntos de alto interés social dentro de la jurisdicción. En los últimos años, coincidiendo con la crisis financiera internacional, los asuntos relativos a contratos bancarios complejos, sobre todo permutas financieras o *swaps*, han tenido una gran relevancia.

En un contexto de crisis financiera internacional, y también nacional, se han extendido el número de demandas dirigidas contra bancos y entidades financieras. Son reclamaciones en las que se solicita la declaración de nulidad de los citados contratos, principalmente se basan en error del consentimiento, nulidad que comportara la consiguiente devolución de las cantidades invertidas, de las rentabilidades esperadas o de las penalizaciones aplicadas ante la resolución anticipada de los contratos por los clientes defraudados en sus expectativas.

Las presentes páginas pretenden un estudio de los litigios sobre SWAPS, principalmente de los “Interest Rate Swap”, identificar cuáles son los contratos bancarios complejos, cuáles son las normas de consentimiento contractual que los rigen.

Respecto de los Swap o permutas financieras, hay que destacar que el elevado número de casos planteados ante nuestros tribunales no se traduce en una casuística tan amplia como sería imaginable. La gran mayoría versa sobre las peticiones de nulidad del contrato (total o parcial) realizadas por los clientes, en el momento en que el Euribor descendió, y que aquello que muchos habían contratado como un seguro de cobertura frente a los elevados tipos de interés que tenían que pagar por sus hipotecas, veían como conforme a lo pactado en el contrato, debían satisfacer a su contraparte (una entidad de crédito) una liquidación.

## Resum

Cada cert temps hi ha assumptes d'alt interès social dins de la jurisdicció. En els últims anys, coincidint amb la crisi financera internacional, els

assumpes relatius a contractes bancaris complexos, sobretot permutes financeres o swaps, han tingut una gran rellevància.

En un context de crisi financera internacional, i també nacional, s'han estès el nombre de demandes dirigides contra bancs i entitats financeres. Són reclamacions en les quals se sol·licita la declaració de nul·litat dels citats contractes, principalment es basa en un error del consentiment, nul·litat que comporta la devolució de les quantitats invertides, de les rentabilitats esperades o de les penalitzacions aplicades davant la resolució anticipada d'us contractes pels clients defraudats en les seves expectatives.

Les presents pàgines pretenen un estudi dels litigis sobre SWAPS, principalment dels "Interest Rate Swap", identificar quins són els contractes bancaris complexos, quines són les normes de consentiment contractual que els regeixen.

Respecte dels primers, cal destacar que l'elevat nombre de casos plantejats davant els nostres tribunals no es tradueix en una casuística tan àmplia com seria imaginable. La gran majoria versa sobre les peticions de nul·litat del contracte (total o parcial) realitzades pels clients, al moment en què l'Euribor va descendir, i que allò que molts havien contractat com un segur de cobertura enfront dels elevats tipus d'interès que havien de pagar per les seves hipoteques, veien com conforme als pactes en el contracte, havien de satisfer al seu contrapart (una entitat de crèdit) una liquidació.

## ***Abstract***

Every once in a while an issue raises great social interest in the field of jurisdiction. It has been lately that, coinciding with a period of international financial crisis and complex banking contracts such as swaps, these issues have gained importance.

In this context of international financial crisis, as well as national, the number of demands against banks and financial entities are so high. These claims request that the contracts are rescinded, primarily based on the nullity of consentment, which implies the total refund of the inversions, the

expected rentability or the penalizations as for anticipated resolutions when a client has been frauded in their expectations.

In this pages a study on swap litigations will be carried out, focusing on the "Interest Rate Swap", indentifying complex bank contracts and the consentment contracts that rule them. It should be said about Swaps that among the large number of cases presented to court, it is still not possible to reach all the reasons why these are being taken to court. Most of them deal with contract annulment petitions (both total or partial) filed by clients the moment Euribor started sinking and all those who had signed a coverage insurance against high interest rates from mortgages had to satisfy a counterparty (a financial entity) with a settlement.

### **Palabras claves / Keywords**

Elementos del contrato - consentimiento - contratos afectados - permutas financieras - Swaps - Interest Rate Swap - deberes entidades de crédito - error en el consentimiento - anulabilidad.
---





# Sumario

<b>1. INTRODUCCIÓN</b>	<b>11</b>
<b>2. EL CONTRATO</b>	<b>15</b>
2.1 ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO	18
2.2 CONTRATOS BANCARIOS	21
2.3 CONTRATOS DE ADHESIÓN	24
2.4 DESEQUILIBRIO ENTRE LAS PARTES	25
<b>3. LOS SWAPS</b>	<b>28</b>
<b>4. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO</b>	<b>36</b>
4.1 LA VIOLENCIA, LA INTIMIDACIÓN Y EL DOLO	37
4.2 LA RESERVA MENTAL	38
4.3 ERROR EN EL CONSENTIMIENTO	39
4.4 LA "IN/EXPERIENCIA" INVERSORA	43
<b>5. NORMATIVA APLICABLE Y DEBERES DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO</b>	<b>46</b>
5.1 REFERENCIA AL RÉGIMEN JURÍDICO	46
5.2 NORMATIVA MIFID - MARKETS IN FINANCIAL INSTRUMENTS DIRECTIVE	46
5.4 DEBERES DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO	48
5.4.1 OBLIGACIÓN DE DILIGENCIA Y TRANSPARENCIA	48
5.4.2 OBLIGACIÓN DE CLASIFICAR A LOS CLIENTES	48
5.4.3 OBLIGACIÓN DE INFORMAR A LOS CLIENTES	51
5.4.4 OBLIGACIÓN DE INFORMARSE ACERCA DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE LOS CLIENTES	54
<b>6. SOLUCIONES JURÍDICAS</b>	<b>58</b>
6.1 SOLUCIONES CIVILES	59
6.2 OTRAS SOLUCIONES	65
<b>7. CONCLUSIONES</b>	<b>67</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>71</b>
<b>ABREVIATURAS</b>	<b>77</b>
<b>ANEXO I</b>	<b>79</b>



## 1. Introducción

El contrato de permuta financiera prolifera en España, tras la recomendación del banco de España hecha en el año 2003 a las entidades financieras para que ofreciesen a los clientes con los que tenían suscritos préstamos a tipo de interés variable, instrumentos de cobertura del riesgo de incremento de tipos, a fin de que obtuviesen un mecanismo de protección ante posibles subidas de tipos de interés.

El gobierno, mediante la promulgación y aprobación de la Ley 36/2003, de medidas de reforma económica, en su artículo 19, impuso a las entidades de crédito la obligación de ofrecer a sus clientes que soliciten o hubieran contratado préstamos hipotecarios a tipo variable *“al menos un instrumento, producto o sistema de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés”*<sup>1</sup>

De ahí que muchos de los clientes firmasen este tipo de contratos bajo la creencia de que se trataba de una especie de seguro que les iba a proteger de futuras subidas del Euribor; en muchas demandas contra entidades bancarias se han alegado que los swaps fueron planteados por la entidad bancaria como un contrato de seguro.

No obstante, a pesar de que fue en el año 2003 cuando el banco de España recomendó a las entidades financieras que ofreciesen productos de cobertura del riesgo de incremento de tipos, las entidades financieras esperaron hasta los años 2006, 2007 y 2008<sup>2</sup> para ofertar este producto, cuando los tipos de interés se encontraban en sus máximos históricos. Este producto se comercializó de forma masiva, ya que los consumidores pensaban que los tipos de interés seguirían al alza, incluso en muchas ocasiones las entidades bancarias condicionaban las concesiones de préstamos a la contratación del Swap.

---

<sup>1</sup> ESPAÑA. Ley 36/2003, del 11 de noviembre, de medidas de reforma económica. Boletín oficial del Estado, núm. 271, de 12 de noviembre de 2003.

<sup>2</sup> Valor medio mensual máximo alcanzado por el Euribor en julio de 2008, de 5,393%

El enorme incremento de la contratación de productos derivados y sobre todo, su extensión al cliente minorista, ha sido una característica de la contratación bancaria en los inicios de la crisis económica, ante la necesidad de buscar refugio ante la previsible tendencia al alza de los tipos de interés, en referencia a los operaciones de pasivo.

El empleo de derivados, está totalmente generalizado como medio de gestión de riesgos por las grandes empresas, en sus distintas modalidades, desde los años ochenta. Los problemas, vinieron cuando se difundieron entre sujetos para los que no parecían destinados inicialmente, y que no tenían ni la preparación ni la información suficientes: las pymes y consumidores.

Junto a la función económica, los derivados han servido a fines legítimamente especulativos, al margen de operaciones de cobertura de riesgos financieros, a través de futuros u opciones que, a diferencia de los anteriores productos, generalmente se negocian en mercados regulados, con mayor grado de transparencia.

La relevancia del conflicto descrito es indiscutible. En muy poco tiempo pueden reconocerse más de 700 pleitos donde se ha declarado la nulidad de los contratos de “Interest Rate Swap” suscritos con diferentes entidades de crédito. La sentencia de la SAP Tenerife del 2-5-2011<sup>3</sup> ejemplifica muy bien la situación de la que hablamos en las líneas anteriores. La cuestión relacionada con los IRS “ha pasado a presentar un nivel de litigiosidad desconocido y a convertirse en la estrella de los contenciosos en materia de Derecho bancario”.

La elaboración y enfoque del trabajo responde especialmente a la actualidad que gira entorno a la problemática jurídico social que ha generado los contratos de swap. Este trabajo pretende responder una serie de cuestiones acerca de los swaps, principalmente de los “Interest Rate Swap”, identificar cuáles son los contratos bancarios complejos, cuáles son las normas de consentimiento contractual que los rigen, entre muchas otras cuestiones planteadas.

---

<sup>3</sup> ESPAÑA. Audiencia Provincial de Tenerife. (Sala de lo Civil, secc. 3ª) Sentencia núm. 876/2011 del 2 de mayo de 2011.

Para llevar a cabo el objetivo del trabajo, este ha sido estructurado en cinco capítulos:

En el capítulo I se hace una explicación de los contratos, los elementos esenciales del contrato, y después se analizan los contratos bancarios, los contratos de adhesión, y el desequilibrio en las partes que genera este último.

El capítulo II se centra en el producto protagonista del trabajo, la permuta financiera o swap. Analizamos en que consiste, cual es su funcionamiento, y básicamente lo que intentamos es comprender mínimamente en que consiste un swap, nada fácil, ya que se trata de un producto bancario muy complejo.

El capítulo III, se centra en los vicios del consentimiento. Repasamos la multitud de casos que pueden ocasionar un vicio en el consentimiento, pero sobre todo nos centramos en el error del consentimiento, y en los efectos jurídicos que genera cuando un contrato adolece de ello.

En el capítulo IV, hacemos referencia al ordenamiento jurídico que rige los contratos de swap, principalmente analizamos la normativa MIFID, y las obligaciones de las entidades de crédito a la hora de comercializar los swap.

En el capítulo V, hablamos de las soluciones jurídicas que encontramos frente a la problemática jurídico social del error del consentimiento en los contratos de swap, y la posible declaración de nulidad del contrato. En este capítulo explicaremos la vía de resolución civil, y otras vías menos convencionales de resolución, como por ejemplo el arbitraje o la mediación.

Para finalizar, una vez introducido el presente trabajo me gustaría agradecer a mi tutor del trabajo Adolfo Lucas Esteve por aceptar dirigir mi trabajo final de grado, y por guiarme de manera excelente; a todos aquellos docentes de la Universidad Abat Oliba CEU que me han apoyado en la elaboración del trabajo.

También agradecer a mi familia, M<sup>a</sup> del Mar Farriol Batalla, Arcadi Garau Solé, sobre todo por su paciencia, a mi hermana y Eva por soportarme, y a todos mis amigos que de una forma o otra me han ayudado a tirar el proyecto adelante.



## 2. El contrato

Cuando hablamos de contratos, la gran mayoría de las personas enseguida piensan en un acuerdo, un pacto, al que llegan dos personas (físicas o jurídicas). El contrato es la base de nuestra economía, ya que las personas y las empresas están continuamente interconectadas entre si, y la mayor parte de las relaciones económicas en las que nos obligamos, son contratos. No obstante, la gran mayoría de la población no tiene presente que diariamente esta participando en un contrato, por ejemplo cuando vas a comprar leche para desayunar, existe un contrato, pero la gente no tiene ninguna preocupación por saber que calificación jurídica recibe esa transacción. Los contratos son la fuente común que regula las obligaciones.

El contrato aparece en el derecho romano como una fuente de obligaciones, en la compilación de Justiniano encontramos dos definiciones de obligación. La obligación es un vinculo jurídico, por el que necesariamente somos compelidos a realizar una determinada prestación según los Derechos de nuestra ciudad.<sup>4</sup>

Los contratos a pesar de ser la fuente ordinaria que regula las obligaciones, el Código Civil español no cuenta con una definición literal de este concepto. El libro IV del CC de Obligaciones y Contratos, establece un marco general acerca de las obligaciones y contratos, y establece un conjunto de reglas que coloquialmente suele llamarse la teoría general de las obligaciones y contratos. De estos preceptos podemos deducir que el contrato aparece por la conjunción de los consentimientos de dos o más personas con la finalidad de ser fuente de obligaciones entre ellas, pero es una deducción que la doctrina y la jurisprudencia hace gracias de los diferentes artículos, pero no hay una definición literal.

Un contrato sería el acuerdo de voluntades generador de obligaciones entre las partes. Tal definición sólo es exacta si se la coloca en el centro de

---

<sup>4</sup> MIQUEL, Joan. *Derecho privado romano*. Madrid, 1992. p. 257.

un más amplio contexto histórico, normativo, y sistemático, e identifica tan sólo el aspecto más nuclear de la figura, tanto en su significado técnico, como en su significado institucional. Ello es así porque como tendremos ocasión de ver a continuación: a) el puro acuerdo de voluntades no es por sí solo generador de obligaciones, b) la reglamentación contractual no está compuesta exclusivamente de reglas establecidas por las partes.<sup>5</sup>

De modo más sencillo, diremos que el contrato es un pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas<sup>6</sup>.

El artículo 1.254 del CC dice: “El contrato existe desde que una o varias personas consisten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa a prestar algún servicio”. Es una definición un poco ambigua, que mantiene en la dinámica del Código Civil a lo largo de la parte contractual de este.

Para ayudar a comprender mejor los contratos, y los posteriores desarrollos, vamos a realizar una clasificación de los contratos, que es la siguiente:

a) Contratos consensuales, reales y formales

Los contratos consensuales, son aquellos que se perfeccionan por el mero consentimiento; los contratos reales hace referencia a contratos que no se perfeccionan por el mero consentimiento, sino que exigen la entrega de una cosa. La doctrina moderna también entiende por contratos reales aquellos que producen como efecto la constitución, transmisión, modificación o extinción de un derecho real. Los contratos formales necesitan de una forma especial para tener plena eficacia.

b) Contratos unilaterales, bilaterales y plurilaterales

Los contratos unilaterales son aquellos en los cuales quien se obliga es una parte, mientras que la otra no tiene obligación alguna,

---

<sup>5</sup> VALPUESTA FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup> R. *Derecho civil, obligaciones y contratos*, Tirant lo Blanch.

<sup>6</sup> Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española.



por ejemplo, el contrato de préstamo de uso o comodato. En los contratos bilaterales, ambas partes se obligan, por ejemplo, en un contrato de compraventa el vendedor se obliga a entregar la cosa y el comprador a pagar el precio.

c) Contratos onerosos y lucrativos

El negocio oneroso, los sacrificios que realizan las partes están compensados o encuentran su equivalente en el beneficio que obtienen. En el negocio lucrativo, por el contrario, el beneficio de una de las partes no está acompañado de ningún sacrificio que sea su contrapartida.<sup>7</sup>

d) Contratos conmutativos y aleatorios

Los contratos oneroso pueden ser conmutativos o aleatorios. Los contratos conmutativos son aquellos en que una de las partes se obliga a hacer algo equivalente a lo que la otra parte va a hacer; el contrato aleatorio es aquel en que los provechos y los gravámenes dependen de una condición o termino, de tal manera que no pueda determinarse la cuantía de las prestación de forma exacta, sino hasta que se realice la condición o termino.

e) Contratos típicos y atípicos

Los contratos típicos son los que poseen regulación legal y los atípicos, los que carecen de ella, el contrato atípico el problema que presenta es la regulación o normativa que le debe ser aplicada.

Así pues, los diversos tipos de contrato recogidos en el Código Civil (compraventa, arrendamiento ...) o en cualquier otra disposición legal serían calificables como típicos.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> DÍEZ – PICAZO, Luís. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid, 2001, p. 35.

<sup>8</sup> LASARTE, Carlos. *Principios de Derecho civil*, décima edición. Madrid, 2007. P. 14.

## 2.1 Elementos esenciales del contrato

El Código Civil en su artículo 1261 establece: No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes; 1º Consentimiento de los contratantes, 2º Objeto cierto que sea materia del contrato, 3º Causa de la obligación que establezca. Estos elementos no se dan por separado, el contrato existirá cuando estén todos en su conjunto, en el contexto de todos los componentes unidos y funcionando.

El primer requisito que establece este artículo, es que las partes contratantes deben manifestar su consentimiento para llegar a un acuerdo de voluntades entre las partes. El consentimiento lo es para obligarse a dar una cosa, hacer o prestar algún servicio (art. 1254 del CC) a cambio de que la parte, igualmente, dé una cosa o preste algún servicio (art. 1264 del CC). El artículo 1262 del CC, en relación con este requisito, establece que: “se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato”. El consentimiento consiste en la concordancia de las declaraciones de voluntad de las partes que celebran el contrato desde un punto de vista contrapuesto.

La voluntad debe expresarse al exterior con el fin de que sea conocida por a otra parte en el contrato y pueda llegarse a un acuerdo que integre el consentimiento contractual. Lo normal es que esta voluntad se manifieste a través de los medios idóneos para hacerla llegar, que pueden ser (signos orales, escritos, o incluso mediante gestos que tienen convencionalmente atribuido ese significado, por ejemplo, cuando se levanta la mano en una subasta, o se retiran productos en un autoservicio. En este sentido se habla de *voluntad expresa*. Se habla de *voluntad tácita* cuando la misma se infiere de un comportamiento que sin estar dirigido a expresar tal voluntad, la presupone mediante *facta concludentia*, a los que hace referencia la doctrina y la jurisprudencia; como ocurre, por ejemplo, en el caso de que una de las partes proceda a la ejecución del contrato.<sup>9</sup>

Además, el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato (Art. 1262 del CC). El concurso de la oferta y la captación se produce cuando el

---

<sup>9</sup> VALPUESTA FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup> R. *Derecho civil, obligaciones y contratos*, Tirant lo Blanch. p.72.

oferente tiene conocimiento de la aceptación, perfecto entendimiento del aceptante sobre la oferta que se le hace (Art. 1262 del CC). El objeto del contrato lo que ha de ser consentido y aceptado; el objeto de este debe ser cierto (art. 1261.2 del CC) y determinado (Art. 1273 del CC).

No obstante, el tema del consentimiento es complejo, y cuando alguna de los requisitos no es respetado, es frecuente incurrir en vicios del consentimiento. Un punto importante para prestar consentimiento es la capacidad de las partes, para que este sea válido y eficaz. El artículo 1263 del CC establece una limitación a las personas que no tienen plena capacidad de obrar, es decir, a los menores no emancipados y a los incapacitados. De esta regulación que el ordenamiento jurídico hace, se desprende una regla implícita: son capaces para contratar todas aquellas personas a quien la ley no declare expresamente incapaces para ello.

En segundo lugar, el contrato debe recaer sobre algo, el objeto del contrato, que no formara parte del contrato, sino que es aquello sobre lo que versa el mismo.

El objeto se entiende como aquella realidad sobre la que versa el contrato, ya sean bienes prestaciones o intereses sobre los que recae la voluntad negocial de las partes. En el manual de derecho civil, Albadalejo <sup>10</sup> entiende que el objeto requiere una utilidad propia y no que sea repetición de otros (como del de fin); entiende el objeto como materia de negocio.

El objeto del contrato es aquella realidad material o jurídica sobre la que el mismo recae (DE CASTRO); y sobre la que también se proyectan las obligaciones de las partes que nacen de ese contrato (art. 1261 CC). El objeto del contrato, debe cumplir una serie de requisitos: *posible*, el objeto ha de existir en el momento de la celebración del contrato, y además puede recaer sobre cosas futuras, siempre que su existencia sea posible (art. 1271 y 1460 CC); *lícito*, una cosa es ilícita cuando está fuera del comercio de los hombres; y *determinado*, el objeto del contrato debe ser cierto, las partes deben saber en qué va consistir la obligación que asumen.

---

<sup>10</sup> ALBADALEJO, Manuel. Derecho Civil, Barcelona, 1996, p. 248.

No obstante, el objeto del contrato también tienen unos límites, que el Código Civil se encarga de delimitar, concretamente en el artículo 1271 del CC:

Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras. [...] Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres.

El artículo 1271 del CC excluye del ámbito contractual todo lo que está fuera de comercio, *res extra commercium*, todas aquellas cosas que quedan excluidas del tráfico patrimonial por razones de interés o orden público. En cuanto a los servicios, tal y como establece el mismo artículo en el segundo párrafo, quedan excluidos todos los servicios que sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres.

Otro de los requisitos, establecido en el artículo 1272 del CC, es que no podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles. Tiene que existir la posibilidad física de poder entregar la cosa o el servicio que sea objeto del contrato. “No podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles”. Y por último, el artículo 1273 del CC establece que el objeto del contrato debe ser determinado o determinable. “El objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes”.

Finalmente, encontramos la causa del contrato. En el Código Civil encontramos el artículo 1274 que establece:

en los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la presentación o promesa de una cosa o servicio por la parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor.

El contrato necesita de una razón de ser, una causa que haya originado la formación de dicho contrato. Podemos entender como *causa del contrato* el propósito o fin común que persiguen las partes con su celebración; en consecuencia, al *causa de la obligación*, la razón jurídica de esa

vinculación, que no podemos identificar con lo que son sus fuentes.<sup>11</sup> La causa requiere de los siguientes requisitos: *existencia, veracidad y licitud*.

## **2.2 Contratos Bancarios**

El prototipo de contrato del Código Civil, es aquel contrato en que las partes están a disposición de debatir su nacimiento y contenido. Este modelo de contrato, sigue siendo frecuente en nuestra sociedad. No obstante, la evolución económica y social experimentada en los últimos tiempos ha dado lugar a una serie de mutaciones importantes en el régimen jurídico de los contratos. Un tráfico económico cada vez más acelerado ha ido dando lugar a la aparición de una serie de modalidades contractuales de muy difícil encasillamiento en el régimen jurídico tradicional, en el que el contrato es un acuerdo de voluntades, un compromiso libremente convenido entre intereses contrarios.<sup>12</sup>

Entre estas nuevas formas de contratación, encontramos los contratos bancarios, algunos pensarán que la banca existe desde hace siglos, y consecuentemente los contratos bancarios, y esto es cierto, ya que en las antiguas civilizaciones ya existían prestamistas, pero la evolución económica y social en los últimos años, ha traído consigo nuevas formas de contratación que nada tienen que ver con el concepto de contrato típico, como por ejemplo, los contratos de adhesión o los contratos de Swap, que son los que a nosotros nos interesa.

Un contrato bancario es cualquier relación que se establece entre una entidad financiera y cualquiera de sus clientes por la que surgen una serie de obligaciones para las partes y que guarda relación con los productos y servicios ofrecidos por la entidad.

El término contratos bancarios, en general, siempre se entiende referido a los establecidos entre entidad financiera-cliente como consecuencia de la actividad típica de dicha entidad y no al resto de contratos que suscribe un

---

<sup>11</sup> DÍEZ - PICAZO, Luís. *Sistema de Derecho Civil*.. Madrid, 2001, p. 29.

<sup>12</sup> DÍEZ - PICAZO, Luís. *Sistema de Derecho Civil*.. Madrid, 2001, p. 32.

Banco o Caja de ahorros (así, no se considera contrato bancario el firmado por un Banco con un proveedor).<sup>13</sup> La doctrina acerca de los contratos bancarios es cuantiosa, y en ella encontramos la corriente objetiva o funcional, que defiende que todo aquél que se celebra con causa de financiación o inversión, es un contrato bancario. JIMÉNEZ, de manera sencilla, afirma que los contratos bancarios son aquellos que regulan las distintas operaciones que realizan las entidades de crédito en el desarrollo de su actividad como intermediarios financieros.<sup>14</sup>

El contrato bancario, es un contrato atípico, ya que no se encuentra regulado en el Código de Comercio y queda al arbitrio de las partes. Los contratos atípicos son aquellos para los que el legislador no ha previsto ninguna regulación específica, no obstante los contratos bancarios están bajo el ámbito de aplicación de la LMV<sup>15</sup>.

La tipología de contratos bancarios es muy variada, y de muy distinta complejidad, encontramos desde las cuentas corrientes a contratos de una complejidad elevada como pueden ser contratos de derivados, fondos de inversión o deuda subordinada. La Directiva MIFID establece una clasificación de los contratos o instrumentos financieros en complejos Directiva MIFID, que divide los productos financieros en excluidos de la Directiva, no complejos y complejos:

- Productos excluidos de la aplicación de la Directiva MiFID, como, por ejemplo, cuentas corrientes, libretas de ahorro a la vista, planes de pensiones o seguros de ahorro.
- Instrumentos financieros no complejos, si concurren los siguientes requisitos:
  - Existen posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y

---

<sup>13</sup> DICCIONARIO ECONÓMICO - La Expansión. Disponible en web:  
<http://www.expansion.com/diccionario-economico.html>

<sup>14</sup> JIMÉNEZ, Guillermo, *Los contratos bancarios*, Madrid, 2013, p. 156 y ss.

<sup>15</sup> ESPAÑA. Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores, *Boletín Oficial del Estado*, 29 de julio de 1988, núm. 181.

que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o validados, por siseas de evaluación independientes del emisor.

- No implica pérdidas reales o potenciales para el cliente que exceda del coste de adquisición del instrumento.
- Existe a disposición del público información suficiente sobre sus características, que sea comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento. A título de ejemplo pueden citarse como productos complejos: acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país; instrumentos del mercado monetario; obligaciones u otras formas de deuda tituladas salvo que incorporen un derivado implícito; instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo...
- Instrumentos financieros complejos son todos aquellos que no reúnan los requisitos señalados en el apartado anterior para los instrumentos no complejos. En cualquier caso, se considerarán instrumentos financieros complejos:
  - Contratos de opciones y futuros, derivados y warrants.
  - Fondos de inversión de gestión alternativa de alto riesgo y fondos de modalidad hedge Funds.
  - Depósitos estructurados que no garantizan el 100% de capital invertido.
  - Deuda subordinada.
  - Acciones y participaciones preferentes.
  - Otros activos no cotizados en mercados regulados con escasa liquidez.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Artículo 2 de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988 de julio, del Mercado de Valores.

La cantidad de contratos complejos en el ámbito financiero es enorme. Únicamente en la permuta financiera ya pueden distinguirse hasta seis grandes tipos (de divisas, de tipos de interés, con variantes combinadas, de mercancías, de índices bursátiles y de índices macroeconómicos). La complejidad del mundo financiero actual es enorme y, desde luego, muy difícil de comprender.

### **2.3 Contratos de adhesión**

La característica principal de los contratos de adhesión, es que una de las partes ha predispuesto totalmente o parcialmente el contenido del contrato de forma unilateral. La otra parte, si desea obtener el bien o servicio ofertado por la otra parte, solo tiene una opción, aceptar las condiciones predispuestas. En el caso de los Swap, las entidades financieras serían las que redactarían de manera unilateral prácticamente la totalidad del contenido del contrato, y el consumidor o cliente sería la otra parte, la que tiene que decidir si acepta o no el contrato con las condiciones que le ofrecen.

El contrato por adhesión ha sido definido por Messineo como aquel en que las cláusulas son dispuestas por uno de los futuros contratantes de manera que el otro no puede modificarlas ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas, de tal suerte que este último no presta colaboración alguna a la formación del contenido contractual, quedando así sustituida la ordinaria determinación bilateral del contenido del vínculo por un simple acto de aceptación o adhesión al esquema predeterminado unilateralmente<sup>17</sup>.

Lo bueno de este tipo de contratos, es la simplicidad, en ningún caso del contrato, sino la simplicidad y rapidez a la hora de firmar el contrato. El aspecto negativo, es que esta rapidez es consecuencia de que el contrato es redactado por una sola de las partes, y por tanto, no hay demoras por culpa de una dilatada discusión entre las partes para ponerse de acuerdo, ya que la libertad de decisión o negociación, queda reducida a cero. Por tanto, el papel del cliente queda reducido a simplemente, a si acepta o no el contrato.

---

<sup>17</sup> Citado por LAVALLE ZAGO, Eduardo, en "Contratos". p.210



En el mundo financiero, muchos productos han sido comercializados mediante este tipo de contrato, concretamente, cuando hablamos de permutas financieras, este contrato ha sido muy común.

La consecuencia más importante del contrato de adhesión, es que genera un importante desequilibrio entre las partes.

#### ***2.4 Desequilibrio entre las partes***

Con los contratos de adhesión, el equilibrio entre las partes se rompe, y es una única de las partes la que redacta el contrato, ofertando las condiciones que el considere más oportunas, provocando así una desigual evidente entre las partes.

Una de las dos partes, la parte que redacta el contrato, dispone de determinados datos que la otra parte no tiene, creando una de las desigualdades más importantes que existe entre los contratantes, la diferencia de información y conocimientos que tienen ambas partes. Para solucionar esto, la legislación traslada la obligación al ofertante de facilitar toda la información de interés al cliente, para que este pueda aceptar la oferta de manera correcta.

El contratante por su parte, tiene que actuar con una determinada diligencia, que principalmente consiste en solicitar información, detalles, y explicaciones que considere necesarias sobre las obligaciones que lleva adherentes la firma del contrato. Las informaciones suministradas muchas veces son insuficientes, y en muchas ocasiones la jurisprudencia, anula el contrato por vicios del consentimiento. No obstante, si el contratante omite el deber de informarse, es decir, no actúa con la diligencia esperada, entonces puede incurrir en negligencia y que la nulidad del contrato no sea declarada.

Por regla general, la redacción de estos contratos pocas veces se lee, incentivado además, porque muchas veces hay partes del contrato que llegan a ser ilegibles por el reducido tamaño de su letra. Además, cuando hablamos de contratos financieros, sobretodo de contratos bancarios

complejos, como podrían ser las permutas financieras, la situación es aun más crítica, porque la población tiene un menor conocimiento de este tipo de productos, y por el contrario, además este tipo de contratos llevan asociado un riesgo patrimonial para el cliente.

El ordenamiento jurídico establece unas condiciones generales de contratación, están regulas en la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación. El artículo 1 de la LCGC, define las condiciones generales de contratación como “aquellas cláusulas que se incorporan a un contrato impuestas por una de las partes, con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”.<sup>18</sup>

Por todo lo mencionado anteriormente, provoca que en muchas ocasiones el cliente no conoce las condiciones generales que le son impuestas, y además muchos de estos contratos tienen las llamadas cláusulas abusivas. El artículo 4 de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios, define las clausulas abusivas como:

Todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.<sup>19</sup>

Por tanto, una clausula abusiva estará siempre integrada en el ámbito propio de los contratos con consumidores, pero puede tener o no, el carácter de condición general. Y será únicamente, cuando un consumidor este frente a un profesional cuando aplicaremos la lista de cláusulas abusivas<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> ESPAÑA. Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. Boletín Oficial del Estado, 14 de abril de 1998, núm. 89.

<sup>19</sup> ESPAÑA. Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios. Boletín Oficial del Estado, 30 de diciembre de 2006, núm. 312.

<sup>20</sup> ESPAÑA. Disposición adicional primera apartado seis de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. Boletín Oficial del Estado, 14 de abril de 1998, núm. 89.

En general, los contratos de adhesión, son contratos en masa, impuesto por las grandes empresas a sus clientes, en los que la discusión individualizada es muy difícil, ya que las condiciones ya vienen impuestas por la entidad. Todo ello crea un gran desequilibrio entre las partes, que incrementa en el momento en que hablamos de productos bancarios complejos, como por ejemplo los Swap, en que para su comprensión se necesitan conocimientos financieros avanzados, y esto se ve incrementado en el momento en que las entidades omiten su deber de información hacia el cliente, o hacen practicas bancarias poco correctas, colocando clausulas que la doctrina considera abusivas.

### 3. LOS SWAPS

Los SWAPS son un permuta financiera. Una permuta financiera, De manera muy sencilla podemos definir como “Un contrato por el que se entrega una cosa a cambio de recibir otra”<sup>21</sup>. En este caso, las dos partes se comprometen a intercambiar una serie de cantidades de dinero en fechas futuras, referenciados a tipos de interés.

Pero antes de entrar en el funcionamiento del swaps o permuta financiera, debemos tener claro, que el Swap es ante todo un contrato. Por tanto, el contrato de Swap, debe cumplir todos los elementos esenciales que el ordenamiento jurídico establece para los contratos. Los Swaps se negocia en los mercados no organizados<sup>22</sup>, y por lo tanto, va ser un tipo de contrato en el que las condiciones del mismo van a ser negociadas entre las partes.

Los Swap dependen de un factor externo (como por ejemplo un tipo de interés), y es por ello, que también son definidos como derivados financieros. Un derivado financiero, simplemente es un producto cuyo precio depende o se deriva del precio de otro activo, al que se denomina subyacente. Este activo o índice del cual deriva su valor, puede ser de muy diversa naturaleza: oro, bonos, divisas... el valor del derivado, cambia siempre en relación a las variaciones que sufra el activo o índice al que va ligado y se liquidan en una fecha futura, de manera única y periódica.

La permuta financiera puede adoptar muchas configuraciones, los objetos de permuta pueden ser múltiples, por tanto hay diferentes tipos de Swaps. La modalidad, más conocida de Swap, son los que recaen sobre los tipos de interés, conocidos como “Interest Rate Swap”, donde hay un tipo de interés fijo y un tipo de interés variable, y el importe resultante de la diferencia se intercambia, es al que nosotros nos interesa en este trabajo.

El Swap o el IRS es aquel contrato cuyo objeto es el intercambio de unas liquidaciones que realiza el banco y otras que realiza el cliente, para

---

<sup>21</sup> Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española.

<sup>22</sup> Los mercados organizados, están ampliamente regulados, como por ejemplo La Bolsa, mientras que los mercados no organizados todo lo contrario.

entregar a la contraparte, ambos sobre una misma cantidad y cada uno de los contratantes aplicando un diferente tipo de interés (referenciado al Euribor) a esa cuantía común, y ello durante un plazo de tiempo determinado.<sup>23</sup> El núcleo de este contrato consiste en los intercambios de flujos de dinero.

Otra definición interesante es la siguiente:

Un Swap de tipo de interés es un instrumento financiero concertado con la finalidad de proteger al cliente, y por tanto, y en teoría, pretende estabilizar en la medida de lo posible los costes financieros; la mecánica del contrato consiste en el intercambio con la entidad financiera de cuotas de tipo de interés referencial que se debe aplicar sobre un importe nominal, de manera que, con la subida del tipo referencial, y por tanto, del incremento del coste financiero de las operaciones de pasivo del cliente, viene cubierto por el abono que le efectúa la entidad financiera, y en caso de bajado de tal tipo de interés, el cliente debe abonar aquello que no ha devengado en su coste financiero a la entidad bancaria, de modo que finalmente pueda el cliente disponer de una previsión de estabilidad en sus costes financieros<sup>24</sup>

En España, la mayoría de litigios por Swaps, han sido sobre esta modalidad (IRS), y es frecuente asociar el término Swap con esta modalidad en concreto.

“Si las sumas que las partes se intercambian se calculan en la misma moneda (por ejemplo, euro/euro), el *swap* se puede calificar como *swap* de interés (*interest rate swap*). Si, en cambio, los flujos de dinero se cifran en moneda diferente, el *swap* será de divisas (*currency swap*). Sin perjuicio de que el contrato”<sup>25</sup>

El funcionamiento del IRS es el siguiente: dos operadores, el cliente y la entidad, se comprometen a intercambiar durante un periodo concreto de tiempo, y al llegar la fecha de liquidación (pueden ser más de una), las prestaciones dinerarias que fueron pactadas.

---

<sup>23</sup> GARCÍA ANGULO, Bernardo, *Nulidad de los contratos de swap en la Jurisprudencia*, Eolas Ediciones, 2012, p. 40

<sup>24</sup> RODRÍGUEZ SIERRA, Cristina, “Presentación de la Jurisprudencia al detalle: swap: evolución jurisprudencial”, *Revista Sepin*, mayo, 2012, sin numerar.

<sup>25</sup> ZAMORANO ROLDÁN, Sergio, “*El contrato de swap como instrumento financiero derivado*” . Zaragoza, 2003.

Un ejemplo para clarificar el funcionamiento del Swap es el siguiente: una parte entregará a la llegada de la fecha de liquidación el importe resultante de aplicar un tipo fijo sobre un importe X (importe que no existe pero que sirve para calcular las cuotas); y, la otra parte, entregará a la llegada de la fecha de liquidación el importe resultante de aplicar un tipo variable, muy frecuentemente el tipo del Euribor a 1 año, sobre el mismo importe X. Todo ello da lugar a un flujo de prestaciones dinerarias, positivas para una parte, y negativas para otra, dependiendo del valor del índice, en este caso el Euribor, en la fecha de liquidación.

Lo normal es que el cliente pague un tipo de interés fijo y la entidad financiera pague el tipo de interés variable.

Imaginemos que en una determinada fecha el tipo del Euribor a 1 año está en 1,8%. En esa fecha el cliente Sr. ABC suscita un Swap con el Banco X comprometiéndose a entregarle en la fecha de liquidación (dentro de seis meses) la cantidad resultante de aplicar un 2% (tipo de interés fijo) sobre 100€ (importe nacional) a cambio de que el banco X le entregue en esa misma fecha la cantidad que resulte de aplicar el tipo del Euribor 1 año a dicho importe nacional de 100€. Como es de ver, el intercambio no se realiza sobre el principal (100€) ya que, realmente, éste no existe y sólo se emplea para poder calcular los intereses para ambas partes (en un caso, al aplicarle el Euribor 1 año, y en otro un tipo fijo del 2%)

Si la llegada la fecha de vencimiento del Swap el tipo Euribor 1 año ha subido al 5% resultará que ABC tendrá que entregar 2€ al Banco X [esto es: el 2% de 100€ que habían pactado] mientras que, simultáneamente, recibirá del Banco X la cantidad de 5€ [el Euribor 1 año actual: 5% de 100€]. Las cantidades, que aclaro está se liquidan por compensación, ofrecerán en este caso un saldo positivo para ABC por importe de 3€.

Por lo contrario, si en la fecha de liquidación el Euribor ha descendido al 1%, el Sr. ABC seguirá teniendo que entregar al Banco X la cantidad de 2€ [ese 2% de 100€] y sólo recibirá del Banco X la cantidad de 1€ [el Euribor actual: 1% de 100€]. En suma: perderá 1€.

En su forma clásica, el swap de intereses fue diseñado para beneficiarse de un arbitraje entre las calificaciones del mercado de bonos de tipo de interés fijo y el mercado de crédito a corto plazo con tipo flotante.<sup>26</sup>

Este tipo de contrato financiero está pensado para los casos donde se espera que la tendencia de los tipos de interés mantenga una determinada línea en el medio y largo plazo, y sobretodo como consecuencia de un proceso de financiación. El problema surgió, cuando como consecuencia del estallido de la crisis financiera internacional, los tipos de interés rompieron con la tendencia de los años anteriores, y descendieron de manera impresionante, hasta colocarse a mínimos históricos. Obviamente, esto perjudicaba a los clientes, que tenían un tipo de interés fijo, y beneficiaba a los bancos que tenían un tipo de interés variable, que ahora estaba por los suelos.

Hasta este momento, vemos que el SWAP es claramente un producto financiero, con una esencia especulativa. Pero en su momento, la concepción de este producto distaba mucho de la actual, ya que en la gran mayoría de casos, la razón que impulsaba a los clientes a adquirir un IRS no era especulativa, sino que muchos clientes suscribieron el IRS con el ánimo de neutralizar o cubrir los riesgos de otras operaciones financieras, por ejemplo derivados de la financiación que le otorgó una entidad de crédito.

La SAP Ourense del 3-1-2012<sup>27</sup>, establece que incluso había documentos informativos que afirmaban que se trataba de “un seguro que proteja el coste de financiación frente a posibles subidas de tipos de interés”

Por ejemplo, si el Sr. ABC, que tienen una deuda a largo plazo de carácter variable, por ejemplo una deuda derivada de un crédito hipotecario de 500.000 euros indicado el Euribor al Euribor a 1 año más un spread<sup>28</sup> del 1,5%, cree que en el futuro se producirá un aumento de los tipos de interés

---

<sup>26</sup> DIEZ DE CASTRO, Luis; MASCAREÑAS, Juan. *INGENIERIA FINANCIERA La gestión en los mercados financieros internacionales*, Mc Graw Hill.

<sup>27</sup> ESPAÑA. Audiencia Provincial Ourense (Sala de lo Civil secc. 1ª) Sentencia núm. 4/2012 del 3 enero 2012.

<sup>28</sup> Spread es la diferencia entre el precio de compra y el de venta de un activo financiero.

(como consecuencia, las cuotas que deberá pagar aumentarán), lógicamente tratará de buscar algún mecanismo o instrumento que le permita conjurar ese riesgo.

Uno de los mecanismos que tiene el Sr. ABC es comparar un IRS. ¿Que consigue el Sr. ABC recurriendo a este IRS? Sustituir durante el tiempo que dure el intercambio la indeterminación del coste que deberá pagar en el futuro (cuotas del préstamo) por la certeza de un coste fijo inamovible. Imaginemos que en la fecha en que solicitó el préstamo, el tipo del Euribor 1 año era del 3%. Si en la siguiente liquidación ese Euribor sube un 2% el tipo del Euribor 1 año era del 3%. Si en la siguiente liquidación ese Euribor sube un 2%, llegando al 5%, resultará que el Sr. ABC tendrá que pagar un 2% más de coste en las cuotas de amortización de su préstamo. Mediante la compra del IRS, y como enseguida veremos, el Sr. ABC obtiene un saldo positivo al entregar al Banco X el tipo fijo pactado (es decir: el 3%) y recibir de éste el equivalente al Euribor en la fecha de liquidación (esto es: 5%) obteniendo, por lo tanto, un beneficio del 2%. Ganancia que, en fin, al aplicarla al pago de las cuotas del préstamo le permite obtener un saldo neto neutro a pesar de las subidas del índice de referencia del préstamo.

Es decir, en un contexto económico donde los tipos de interés estaban por las nubes, y los clientes que habían contratado hipotecas veían como cada vez tenían que pagar más en concepto de intereses, las EC les ofrecieron IRS como seguros para cubrirse frente a un Euribor disparado, que les permitió durante un tiempo neutralizar los intereses que pagaban de sus hipotecas o créditos con los flujos de dinero positivo que recibían gracias al IRS.

La SAP Palencia del 28-9-2011<sup>29</sup> establece que

El origen de este tipo de contratos, está en el incremento de los tipos de interés en el mercado crediticio durante los años 2000 y siguientes. Quizás por ello, muchas entidades bancarias empezaron a ofrecer a sus clientes unos productos financieros que les permitiesen limitar, en lo posible, las graves consecuencias

---

<sup>29</sup> ESPAÑA. Audiencia Provincial de Palencia (Sala de lo Civil secc. 1ª) Sentencia núm. 412/2011 del 28 septiembre 2011.



que para sus economías podría tener las subidas de los tipos de interés en el mercado crediticio, especialmente en el hipotecario.

La expansión de los IRS se debió al periodo de volatilidad de los tipos de interés. Las entidades financieras esperaron hasta los años 2006, 2007 y 2008<sup>30</sup> para ofertar este producto, cuando los tipos de interés se encontraban en sus máximos históricos. Este producto se comercializó de forma masiva, ya que los consumidores pensaban que los tipos de intereses seguirían al alza, incluso en muchas ocasiones las entidades bancarias condicionaban las concesiones de préstamos a la contratación del SWAP.

En relación con la comercialización masiva de los swap, la SAP Murcia del 14-12-2011<sup>31</sup>, indicando que es la entidad quien “desarrolla una campaña entre sus clientes para ofertar este tipo de productos”; SAP Jaén del 24-2-2012<sup>32</sup>, afirmando que quedó “quedó acreditado que el fin de dichas operaciones (...) era colocar todos los productos posibles”, refiriendo a los IRS.

En verano de 2008, cuando la crisis financiera internacional se desató, afectado de lleno a nuestro país, es cuando se planteó el problema, ya que los Bancos centrales se vieron obligados a recortar drásticamente los tipos de interés de tal forma que, el tipo de interés aplicado a las operaciones principales de financiación se redujo en 325 puntos en tan solo, del periodo que va de octubre de 2008 a mayo de 2009, hasta que el BCE situó en el 1% el tipo de interés.

Los clientes que habían suscrito los Swap con la intención de cubrirse frente a los elevados tipos de interés del momento, que había llegado alcanzar más del 5%, y que llevaban una tendencia alcista, de repente observan como en las siguientes fechas de liquidación, se les exigía los importes resultantes de dichas liquidaciones.

---

<sup>30</sup> Valor medio mensual máximo alcanzado por el Euribor en julio de 2008, de 5,393%

<sup>31</sup> ESPAÑA. Audiencia Provincial de Murcia (Sala de lo Civil secc. 5ª) Sentencia núm. 2899/2011 del 14 diciembre 2011.

<sup>32</sup> ESPAÑA. Audiencia Provincial de Jaén (Sala de lo Civil secc. 3ª) Sentencia núm. 138/2012 del 24-2-2012.

Con esta situación, se pusieron de manifiesto los defectos que acompañaban a este tipo de contrato, y ejemplificaron que los Swap son contratos complejos que, además comportan riesgo económico. La SAP León del 5-3-2012<sup>33</sup> advierte que “solo pueden ser comprendidos y asumidos con conocimiento por personas avezadas en la contratación de productos complejos en el ámbito financiero, o en su caso, previa las oportunas y comprensibles explicaciones”.

En la misma línea encontramos la SAP Mérida del 26-1-2012<sup>34</sup> sosteniendo que “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”.

En muchas ocasiones, ni los propios comercializadores bancarios de los Swap contaban con los conocimientos suficientes par ofrecer una explicación correcta a los clientes acerca de su naturaleza y los riesgos que suponía su suscripción, o tenían una imagen que no era la correcta, que transmitían a los clientes, y obviamente transmitían una información que nada se asemejaba a la realidad del producto. La SAP de Barcelona del 13-12-2011<sup>35</sup> indica que “ni el informante parece tener conocimientos suficientes de todas las circunstancias que envuelven al IRS”.

El problema, que más adelante analizaremos más detenidamente, es que en muchas ocasiones al cliente no se le informaba de todas las características del producto, o este se vendía como un seguro frente a las subidas de interés. El contrato de permuta financiera es totalmente autónomo e independiente, no obstante, los bancos lo ofrecían en relación

---

<sup>33</sup> ESPAÑA. Audiencia Provincial de León (Sala de lo Civil secc. 2ª) Sentencia núm. 390/2012 del 5 marzo 2012.

<sup>34</sup> ESPAÑA. Audiencia Provincial de Mérida (Sala de lo Civil secc. 3ª) Sentencia núm. 81/2012 del 26 enero 2012.

<sup>35</sup> ESPAÑA. Audiencia Provincial de Barcelona (Sala de lo Civil secc. 1ª) Sentencia núm. 12091/2011 del 13 diciembre 2011.

con un contrato principal, un contrato de financiación, y señalaban que cubriría todos los riesgos del primero.<sup>36</sup>

A modo resumen, podemos destacar que el Swap:

1. Constituyen un instrumento financiero derivado<sup>37</sup>.
2. Tiene carácter de producto complejo y de alto riesgo.
3. Es un contrato principal y autónomo, no es necesaria su vinculación con otra operación o contrato, existe por si solo. Independientemente, que se comercialicen como si fueran complementos o seguros de otros contratos.
4. Es un contrato de adhesión.
5. Es un contrato y de carácter especulativo, debido a la gran variabilidad de los tipos de interés y de cómo evolucionan, y como consecuencia los resultados tanto pueden ser positivos como negativos para las partes.

---

<sup>36</sup> GARCÍA ANGULO, Bernardo, *Nulidad de los contratos de swap en la Jurisprudencia*, León, 2011, p. 40.

<sup>37</sup> ZAMORANO, S, *El contrato de swap como instrumento financiero derivado*, Zaragoza, 2003, p.36.

## 4. Vicios del consentimiento

Cuando hablamos de vicios en los elementos del contrato, con término vicio hacemos referencia a cualquier anomalía contractual, que puede consistir tanto en la ausencia de algunos de sus elementos, como en los defectos que pueda adolecer cada uno de ellos, presuponiendo su existencia.

La voluntad contractual se forma en cada persona mediante un proceso interno, por el cual, de forma libre, racional y consciente un sujeto toma la decisión de prestar su consentimiento. Una vez concluido el proceso interno, se hace necesario exteriorizar de algún modo esa voluntad y es lo que se denomina declaración. Es requisito para que la voluntad tenga relevancia jurídica, es preciso que se exprese al exterior mediante la oportuna declaración, a fin de que sea conocida por la otra parte y se integre en el consentimiento contractual; desde esta perspectiva se puede hablar de voluntad internamente formada y declaración de la misma, si bien ambas constituyen dos fases de un mismo fenómeno. No obstante, pueden surgir problemas cuando existe discordancia entre una y otra, siendo la cuestión a resolver si en tal caso debe prevalecer la voluntad interna o la declarada.<sup>38</sup>

En este punto trataremos el consentimiento y los vicios de la formación de la voluntad<sup>39</sup> que se denominan vicios del consentimiento. El contrato es un acuerdo de voluntades. La voluntad contractual de cada persona se forma de manera interna, y una vez concluido ese proceso interno, se hace necesario exteriorizar de algún modo esa voluntad y es lo que se denomina declaración. Se entiende que un sujeto toma la decisión de prestar su consentimiento contractual, mediante este proceso interno, de forma libre, racional y consciente.

Si durante el proceso de formación de la voluntad ha intervenido un elemento perturbador, que ha provocado una discordancia entre la voluntad realmente querida y la declarada, parece lógico concluir con un posible contrato anulable.

---

<sup>38</sup> VALPUESTA FERNÁNDEZ, M<sup>º</sup> R. *Derecho civil, obligaciones y contratos*, Editorial Tirant lo Blanch.

<sup>39</sup> Con vicios de la voluntad se está haciendo referencia a los defectos que puede sufrir la voluntad interna en su proceso de formación.

El artículo 1258 del Código Civil señala “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obliga, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias, que según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”

La disciplina de los vicios de la voluntad está regulada en nuestro ordenamiento jurídico, de los artículos 1265 a 1270 y 1301 del Código Civil, estos artículos establecen los requisitos que deben concurrir para su relevancia, y su ineficacia.

En relación con esto, el artículo 1261 del CC señala que “no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia del contrato, y causa de la obligación que se establezca”.

Finalmente, el artículo 1265 del Código Civil establece “para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo”.

El CC no determina expresamente unos requisitos pero para que haya consentimiento, será necesario:

- 1) Una pluralidad de partes, entendiendo por parte un centro de intereses o titularidades patrimoniales distintas para no confundirlo con el Autocontrato.
- 2) Capacidad para prestar consentimiento, es decir, personas con capacidad jurídica y de obrar.
- 3) Formación de la voluntad contractual, el consentimiento exige esa unión de voluntades que se han formado libre y consentidamente.
- 4) Declaración expresa o tácita de la voluntad.

#### ***4.1 La violencia, la intimidación y el dolo***

Además, “será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo” que permite la impugnación del contrato por vicios del consentimiento contractual. El error y el dolo suponen una falta de conocimiento para la formación de la voluntad y la violencia e intimidación representan una falta de libertad contractual; la violencia se caracteriza por

el empleo de la fuerza, y la intimidación por la existencia de un miedo o temor nacido de una amenaza <sup>40</sup>

La violencia y la intimidación están regulados conjuntamente en el artículo 1267. La violencia consiste en el empleo de la fuerza, y la intimidación por la existencia de un miedo nacido de una amenaza.

Realmente, la distinción entre violencia e intimidación no tiene relevancia cuando ocasione un temor jurídicamente relevante, y así lo consideran varios autores, como DE CASTRO.

El dolo in contrahendo radica en el engaño causado por a conducta de una de las partes a la otra. El artículo 1269 del CC establece “hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho.” El artículo 1300 del CC, aclara que la anulación de un contrato por dolo, puede darse aunque no haya habido un resultado lesivo, simplemente es necesario una conducta activa de *palabras o maquinaciones*. Además, el artículo 1270 del CC, establece que el dolo deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes.

El dolo que da causa al contrato, es decir, que sin él no se hubiese celebrado, es el que la doctrina considera dolo grave; y aquel que recae sobre circunstancias que no han sido determinantes para la formación de la voluntad, es el dolo incidental.

#### **4.2 La reserva mental**

La *reserva mental*, es una discrepancia entre la voluntad interna y la declarada, provocada de manera unilateral y consciente por aquél que emite la declaración de voluntad; de tal forma que expresa algo que no quiere.

La reserva mental no afecta a la contraparte del contrate, ya que nuestra jurisprudencia da validez a la voluntad declarada, en base al principio de buena fe. Si el origen de la discrepancia es maliciosa, la jurisprudencia no

---

<sup>40</sup> DÍEZ - PICAZO, Luís. *Sistema de Derecho Civil*.. Madrid, 2001, p. 56.

tiene en cuenta la voluntad interna, obviamente la otra parte tiene que tener buena fe, y no tener conciencia de la reserva mental.

#### **4.3 Error en el consentimiento**

El error del consentimiento, es el vicio de los elementos del contratos que realmente nos interesa, ya que en la problemática jurídico-social que nosotros estudiamos, la petición de nulidad por parte de los clientes de los contratos de Swap, esta fundamentada en un error del consentimiento, que vicia el contrato, posibilitando la anulabilidad del mismo.

El error es definido por DÍEZ-PICAZO como una equivocada o inexacta creencia o representación mental que sirve de presupuesto para la realización de un acto jurídico.

El error es una falsa representación mental de la realidad que vicia el proceso formativo del querer interno, y que opera como presupuesto para la realización del negocio: o no se hubiera querido de haberse conocido exactamente la realidad, o se hubiera querido de otra manera.<sup>41</sup>

Existen dos tipos distintos de error del consentimiento: una discrepancia inconsciente entre la declaración y la voluntad, como por ejemplo escribir una palabra distinta a la deseada, lo que se llama un error obstativo; y el error de vicio, donde la voluntad se formó anormalmente por haber creído el sujeto algo que no correspondía con la realidad, y de haber conocido la realidad esta voluntad no se habría formado.

El *error obstativo*, supone una divergencia entre la voluntad interna y la declarada, ya que el sujeto emite una declaración diferente a la querida, como aquél que quiere comprar y dice arrendar, o el que queriendo vender una finca enajena otra diferente.<sup>42</sup> Y la razón de esta disparidad está en el error padecido en la declaración; los ejemplos más frecuentes son el *lapsus linguae o calami*, decir o escribir una palabra distinta a la deseada.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> DÍEZ - PICAZO, Luís. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid, 2001, p. 29.

<sup>42</sup> VALPUESTA FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup> R. *Derecho civil, obligaciones y contratos*, Tirant lo Blanch

<sup>43</sup> ALBADALEJO, Manuel. *Derecho Civil*, Barcelona, 1996, p.200.

Por tanto, en el error obstativo la voluntad se formó correctamente, el problema surge en que en el momento de declarar la voluntad interna, que repito se formó correctamente, esta es exteriorizada de manera incorrecta inconscientemente.

El error de vicio, la voluntad se formó anormalmente por haber creído el sujeto algo que no correspondía con la realidad, y lo más importante es que de haber conocido la realidad esta voluntad no se habría formado. Pero para que este error sea relevante jurídicamente, y sea posible declarar la anulabilidad del contrato, el error debe cumplir una serie de requisitos.

El error se refiere el artículo 1266 del CC que fija las condiciones para que tenga efectos invalidantes del contrato, al mismo tiempo que alude a otros tipos de error.

Cuando el error en el consentimiento es: esencial y excusable; que derive de hechos desconocidos por el cliente obligado voluntariamente a contratar; que no sea imputable a quien lo padece y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, entonces este error de consentimiento puede provocar la nulidad del contrato, cuando cumpla estos requisitos.<sup>44</sup>

El error deberá recaer sobre un elemento esencial, entendemos por esencial que el error recaiga sobre alguna de las condiciones que se le atribuyen, y sobretodo cuando recaer sobre aquello que motivó la celebración del negocio.

La jurisprudencia también exige que el error sea esencial, para declarar la nulidad del contrato. Un ejemplo, lo encontramos en la STS del 18-4-1978<sup>45</sup>, según la que:

para que el error del consentimiento invalide el contrato (...) es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado lugar a su celebración

La SAP Barcelona del 14-2-12<sup>46</sup> recordó que el error ha de ser:

---

<sup>44</sup> Lo señala la jurisprudencia, en varias sentencias. ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil secc. 1ª) Sentencia núm. 7324/2004 del 12 de noviembre de 2004.

<sup>45</sup> ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil secc. 1ª) Sentencia núm. 1978/336 del 18 abril 1978.



esencialmente determinante de la voluntad del contratante que lo alega” o, en otros términos, que ha de tratarse de un error sustancial o sobre las cualidades esenciales o verdaderamente determinantes de la voluntad.

La SAP Asturias, de 30 de enero de 2012 y la SAP Asturias, de 21 de julio de 2011 establecen que:

En los Swap, el error será esencial cuando recaiga sobre el sistema de cancelación anticipada del contrato o su coste; sobre la mecánica del contrato, qué significa la caída del Euribor, con ejemplos claros y concretos de lo que ello supondría económicamente; o sobre las expectativas de fluctuación de los tipos de interés, puesto que los contratos se ofrecen por las entidades bancarias en momentos de la fase final alcista del Euribor

El error no deberá ser imputable a quien lo padece, es decir, deberá ser excusable. Esta exigencia es una creación de la jurisprudencia que se funda en la idea de que no se debe proteger a aquél que no lo merece por su conducta, según un parámetro de diligencia media.<sup>47</sup>

En este sentido, la jurisprudencia entiende que el error es inexcusable cuando hubiera podido ser evitado empleando una normal diligencia, media o regular, a valorar en base a las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales de ambos contratantes. La STS del 18-2-1994<sup>48</sup> establece que

el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce de los llamados principios de autorresponsabilidad y de buena fe, este último consagrado hoy en el art. 7. CC. Es inexcusable el error, cuando puede ser evitado empleando una diligencia media o regular; de acuerdo con los postulados del principio de buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la función básica de requisito de la excitabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la

---

<sup>46</sup> ESPAÑA. Audiencia Provincial de Barcelona (Sala de lo Civil secc.13ª) Sentencia núm. 1219/2012 del 14 febrero 2012.

<sup>47</sup> VALPUESTA FERNÁNDEZ, Mª R. *Derecho civil, obligaciones y contratos*, Editorial Tirant lo Blanch.

<sup>48</sup> ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil secc. 1ª) Sentencia núm. 968/1994 del 18 febrero 1994.

otra parte contratante, que la merece por la confianza infundidas por la declaración

En tercer lugar, nuestra jurisprudencia también sostiene que debe existir un nexo de causalidad entre el error sufrido y la finalidad perseguida por el contratante. La STS del 6-2-1998<sup>49</sup> condiciona el reconocimiento del error a “que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en negocio jurídico concertado”.

Y también es preciso que el error se haya producido o se proyecte en el momento en que se forma y emite la voluntad; es decir, en el momento de la celebración del contrato y no en épocas posteriores. Los acontecimientos posteriores podrán dar lugar a responsabilidad contractual, pero en ningún caso la anulación del contrato, ya que han de ser simultáneos al momento de formación del contrato. En relación a esto, la STS del 11-12-2004<sup>50</sup> reconoce que “no puede fundarse el error vicio del consentimiento contractual en el desconocimiento de un hecho ocurrido con posterioridad a la prestación del consentimiento”.

La STS del 29-12-199<sup>51</sup> señala que “no afectan al error los acontecimientos posteriores a la prestación del consentimiento”.

Por último, es importante saber de que plazo dispone quien ha sufrido el error para pedir la nulidad del contrato. Y el Código Civil en el artículo 1301 establece que quien haya sufrido error puede anular el contrato durante los cuatro años siguientes a su celebración.

En caso de apreciarse la anulabilidad, los efectos son sustancialmente los mismo que las consecuencias de la nulidad en general: la restitución conforme al artículo 1303 del Código Civil y normas complementarias, que establece “declarada la nulidad [...] los contratantes deben restituirse

---

<sup>49</sup> ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil secc. 1ª) Sentencia núm. 766/1998 del 6 febrero 1998.

<sup>50</sup> ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil secc. 1ª) Sentencia núm. 7234/2004 del 12 noviembre 2004.

<sup>51</sup> ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil secc. 1ª) Sentencia núm. 1978/4482 del 29 diciembre 1997.

recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses [...].<sup>52</sup>

#### **4.4 La “in/experiencia” inversora**

El examen de los conocimientos previos sobre el funcionamiento y riesgos asociados a la contratación de los IRS, es muy importante a la hora de analizar el error que puede haber sufrido el cliente en la contratación. Es mucha la jurisprudencia que recuerda, que para la resolución de estos litigios es esencial “conocer el nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes”, SAP Mérida del 23-2-2012.<sup>53</sup>

Cuando el cliente no posea experiencia de ningún tipo con los productos financieros, no tenga formación académica o a su actividad profesional no este relacionada, o no tenga. Hay múltiples ejemplos en la jurisprudencia que hacen referencia a esta ausencia de formación, o conocimientos del mundo financiero. La SAP Oviedo del 21-12-2011<sup>54</sup> acerca de una “persona mayor, ya jubilada, que anteriormente había tenido la profesión de zapatero”. La SAP Gijón del 21-11-2011<sup>55</sup> indicando que el actor era “taxista de profesión” y de quien “sólo consta que había suscrito un préstamo hipotecario con la finalidad de adquirir su residencia habitual junto a su pareja”

El que el cliente o su representante en caso de las personas jurídicas, hayan cursado estudios superiores, como por ejemplo, licenciado en derecho, arquitecto, ... no parece relevante para la jurisprudencia, que ha ido marcando unos criterios. No obstante, si el estudio superior es una disciplina económica, como por ejemplo, licenciado en empresariales, economista, ... y sobretodo cuando el cliente tenía por ejemplo, experiencia en gestión de empresas, la solución judicial ha sido en ocasiones distinta.

---

<sup>52</sup> LASARTE, Carlos. *Compendio de Derecho Civil*. Madrid, 2008. P. 265.

<sup>53</sup> ESPAÑA. Audiencia Provincial de Mérida (Sala de lo Civil secc. 3ª) Sentencia núm. 257/2012 del 23 febrero 2012.

<sup>54</sup> ESPAÑA. Audiencia Provincial de Oviedo (Sala de lo Civil secc. 4ª) Sentencia núm. 2304/2012 del 21 diciembre 2012.

<sup>55</sup> ESPAÑA. Audiencia Provincial de Gijón (Sala de lo Civil secc. 7ª) Sentencia núm. 2214/2011 del 21 noviembre 2011.

La SAP Mallorca (secc. 5ª) 22-2-2012<sup>56</sup> donde, respecto de un administrador de una sociedad, se afirma que

es indiferente que (...) tenga estudios superiores o que tenga conocimientos económicos, que lógicamente debe tener pues es administrador de una sociedad.

La SAP Valladolid del 25-11-2011<sup>57</sup>, donde tampoco se considera indicativo de la preparación en el campo financiero o experiencia inversora en producto especulativos el hecho de que los actores fueren “farmacéutico de profesión uno y diplomada en Profesorado de Educación General Básica la otra”.

Cuando los conocimientos fueran económicos, las decisiones acostumbran a ser de signo contrario. SAP Gijón del 24-5-2011<sup>58</sup>, caso de un economista que regenta una asesoría y es agente colaborador del BBVA, por lo tanto “acostumbrado a celebrar contratos y examinar las condiciones de los mismos antes de su firma”.

La SAP de Zaragoza (secc. 5ª) 14-1-2011<sup>59</sup>, respecto del representante legal de la actora que

ha desempeñado las labores de una sociedad mercantil durante varios años, en los cuáles ha sido frecuente la contratación de diversos instrumentos de financiación bancaria, y afirma haber cursado estudios de ingeniería técnica y tener inclinación intelectual por asuntos financieros

También encontramos pronunciamientos favorables, respecto de las personas con estudios superiores en economía y experiencia en el mundo de las finanzas, como es el caso de la SAP Gijón del 25-7-2011<sup>60</sup> indicando que “la titulación de economista de la administradora de la actora (...) no

---

<sup>56</sup> ESPAÑA. Audiencia Provincial de Mallorca (Sala de lo Civil secc. 5ª) Sentencia núm. 559/2012 del 22 febrero 2012.

<sup>57</sup> ESPAÑA. Audiencia Provincial de Valladolid (Sala de lo Civil secc.1ª) Sentencia núm. 1434/2011 del 25 noviembre 2011.

<sup>58</sup> ESPAÑA. Audiencia Provincial de Gijón (Sala de lo Civil secc. 7ª) Sentencia núm. 1029/2011 del 24 mayo 2011.

<sup>59</sup> ESPAÑA. Audiencia Provincial de Zaragoza (Sala de lo Civil secc. 5ª) Sentencia núm. 46/2011 del 14 enero 2011.

<sup>60</sup> ESPAÑA. Audiencia Provincial de Mallorca (Sala de lo Civil secc. 7ª) Sentencia núm. 1161/2011 del 25 julio 2011.

presupone la comprensión, sin más, de productos complejos como el contratado”.

La SAP Ourense del 1-12-2011<sup>61</sup> advirtiendo de que

la condición de licenciado en empresariales del representante de la actora no determina que el error padecido al contratar haya de calificarse de inexcusable, ya que se licenció hace casi veinte años y nunca se dedicó profesionalmente a la actividad económica, por lo que sus conocimientos sobre el ámbito propio de la actividad de su empresa, no implica que haya de conocer también el mundo financiero.

Otro de los criterios importantes que se desprende de la jurisprudencia, es que esta acostumbra a rechazar la asociación entre los conocimientos que se necesitan para contratar con plenitud de garantías un Swap y haber contratado con anterioridad un préstamo hipotecario, pólizas de crédito, ya que el IRS es un producto bancario complejo y lo demás son productos bancarios no complejos.

La SAP Mérida del 23-2-2012<sup>62</sup>, afirmando que no es relevante la “experiencia en la negociación y firma de contratos de préstamos hipotecarios y pólizas de crédito puesto que éstos son productos bancarios no complejos.

La SAP Zamora del 18-7-2011<sup>63</sup>, indicando que no

no puede deducirse esa formación financiera en el demandado por el hecho de tener suscritos diferentes contratos de préstamo, crédito y préstamo hipotecario para los que cualquiera de esos empleados de la actora que no se consideraban capacitados para explicar el producto (entre ellos el director de la sucursal de la entidad con la que trabajaba el demandante), no encontraría ninguna dificultad.

Incluso, la previo contratación de un IRS no es suficiente para considerar que el cliente tiene un experiencia inversora relevante a los efectos de juzgar su grado de conocimiento. Sobre todo, cuando los IRS han sido objeto de un rápida renovación o de un vigencia muy corta.

---

<sup>61</sup> ESPAÑA. Audiencia Provincial de Ourense (Sala de lo Civil secc. 1ª) Sentencia núm. 891/2011 del 1 diciembre 2011.

<sup>62</sup> ESPAÑA. Audiencia Provincial de Mérida (Sala de lo Civil secc. 3ª) Sentencia núm. 257/2012 del 23 febrero 2012.

<sup>63</sup> ESPAÑA. Audiencia Provincial de Zamora (Sala de lo Civil secc. 1ª) Sentencia núm. 295/2011 del 18 julio 2011.

## **5. Normativa aplicable y deberes de las entidades de crédito**

### ***5.1 Referencia al régimen jurídico***

Nuestro Ordenamiento Jurídico no recoge ni una definición expresa ni una regulación específica del contenido propio de los contratos swap, en la actualidad, por tanto, sólo es posible presumir su existencia amparada en la libertad de pactos que consagra el art. 1.255 CC.<sup>64</sup>

Por tanto, va ser un tipo de contrato en el que las condiciones del mismo van a ser negociadas entre las partes y en el que la voluntad contractual de las partes tiene un papel fundamental en el momento de concluir un contrato de permuta financiera.

Normalmente, los contratos de Swap no son redactados individualmente para cada operación, sino que las entidades bancarias suelen disponer de modelos de contratos estandarizados que pretender cubrir todas las transacciones que las partes acuerden, lo que conocemos como los “contratos modelo” o los “contrato marco”.

Los contratos marco, son contratos carentes de contenido, mientras no se suscriban, posteriormente, los detalles concretos de la operación, que son el soporte en el que se detallarán los pormenores de la relación entre la entidad bancaria y el cliente, de forma vinculante, activando las prescripciones del contrato marco.<sup>65</sup>

### ***5.2 Normativa MiFID - Markets in Financial Instruments Directive***

Teniendo en consideración la normativa aplicable y la jurisprudencia, las entidades financieras tienen una serie de obligaciones en materia de

---

<sup>64</sup> Ver artículo 1255 del CC: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.”

<sup>65</sup> LÓPEZ JIMÉNEZ, “Swaps: entre la cobertura...”, p.6

transparencia y diligencia, respecto de los contratos anteriormente analizados, ya que son contratos bancarios complejos.

La Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores, supuso la transposición de diversas Directivas europeas en nuestro ordenamiento jurídico. Entre ellas se encuentra la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros, conocida por sus siglas en inglés como MiFID (Markets in Financial Instruments Directive) que define nuevas normas que modifican las bases del sector de servicios financieros y que suponen consecuencias importantes en la organización y relación de las empresas de servicios de inversión con sus clientes.

La directiva MiFID refuerza la protección de los inversores y se exige el seguimiento de unas normas muy estrictas, en defensa de los intereses de los clientes. Se regulan también, las condiciones para poder dar servicios de inversión y se obliga a las entidades a valorar la conveniencia e idoneidad de una inversión en función del perfil de su cliente. Además, la norma establece unos requisitos a la hora de informar a los clientes, y exige un mayor nivel de transparencia a lo largo de toda la relación comercial.

La Directiva 2004/39/CE establece el marco general de un régimen regulador para los mercados financieros en la Unión Europea, exponiendo en particular las condiciones de funcionamiento relativas a la prestación de servicios de inversión y servicios auxiliares; los requisitos de organización exigibles a quienes prestan esos servicios de inversión, así como los exigibles a los mercados regulados, los requisitos de información sobre las operaciones en instrumentos financieros efectuados en el ámbito de la Unión Europea y los requisitos de transparencia de las operaciones con acciones que se negocian en mercados regulados.

La principal finalidad de la normativa MiFID es armonizar la legislación de los Estados miembros para ofrecer a los inversores un alto nivel de protección.

## **5.4 Deberes de las entidades de crédito**

### **5.4.1 Obligación de diligencia y transparencia**

Esta obligación, hace referencia al artículo 79 de la Ley 47/2007 que modifica la LMV y que dispone:

Las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales interés como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo.

En concreto, no se considerará que las empresas de servicios de inversión actúan con diligencia y transparencia y en interés de sus clientes, si en relación con la provisión de un servicio de inversión o auxiliar pagan o perciben algún honorario o comisión, o aportan o reciben algún beneficio no monetario que no se ajuste a lo establecido en las disposiciones que desarrollen esta Ley.

En este artículo 79 de la LMV, un aspecto muy importante es que la normativa es clara y dice que las EC cuidaran los intereses de los clientes como si fueran propios, además la entidades de crédito deberán adoptar medidas para detectar posibles conflictos de interés que puedan surgir con su cliente, tal y como establece la política en defensa de los intereses de los clientes.

En el caso de los Swap en la mayoría de los casos, no cumplían con la diligencia y transparencia exigida y no informaban que en caso de liquidación negativa del cliente, es a la vez, positiva para la entidad y que los intereses están claramente intercambiados. Las EC no aplicaba ninguna política que evitar los conflictos de intereses o los perjuicios a los clientes, ya que ni tan siquiera se le informo que existía un conflicto de intereses, y deberían haber informado al cliente suficientemente.

### **5.4.2 Obligación de clasificar a los clientes**

Las empresas de servicios de inversión, tienen la necesidad de clasificar a sus clientes que soliciten su intervención, tal y como establece el artículo 78



bis de la LMV.<sup>66</sup> La clasificación distinguirá entre clientes minoristas, profesionales o contraparte elegible, y además deberán informar a los clientes de la catalogación obtenida.

El cliente minorista, hace referencia a la mayor parte de particulares y sociedades, que tienen un nivel de experiencia, conocimiento y cualificación inferior, al necesario para tomar sus propias decisiones en temas de inversión, y valorar correctamente los riesgos.

Este cliente, se le deberá facilitar un mayor nivel de detalle de información dada por la entidad financiera respecto a los producto y servicios.

Los clientes minoristas se les aplicarán los test de conveniencia e idoneidad, mientras que a los clientes profesionales sólo el de idoneidad. Es decir, a los clientes profesionales no se harán preguntas en cuanto a su conocimiento y experiencia.

El mayor grado de protección se otorga al cliente minorista, no obstante, es posible renunciar a la protección del minorista y ser tratado como cliente profesional, sin embargo, esta opción se somete a unos exigentes requisitos (solicitud expresa y cumplir ciertas condiciones relativas al valor de la cartera, experiencia en los mercados o frecuencia y volumen de las operaciones). Esta opción puede interesar por ejemplo, para acceder a determinado producto en condiciones más ventajosas o para contratar con determinada entidad.

El cliente profesional, es aquel cliente que tiene experiencia, conocimiento y cualificación necesaria para tomar sus propias decisiones, y puede valorar correctamente los riesgos de la inversiones.<sup>67</sup>

#### - Entidades financieras

Las entidades financieras y demás personas jurídicas que para poder operar en los mercados financieros hayan de ser autorizados o regulados por Estados, sean o no miembros de la UE. Se incluirán entre ellas las

---

<sup>66</sup> ESPAÑA. Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores, *Boletín Oficial del Estado*, 29 de julio de 1988, núm. 181.

<sup>67</sup> GÁLVEZ PASCUAL, Josep, "La protección de consumidores y usuarios en la contratación de permutas financieras y swaps", *Revista Aranzadi – Mercantil*, nº 9/2013, p.12.

entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión, las compañías de seguros, las instituciones de inversión colectiva y sus sociedades gestoras, los fondos de pensiones y sus sociedades gestoras, [...]

- Organismos públicos

Los Estados y administraciones regionales, los organismos públicos que gestionen la deuda pública, los bancos centrales y organismos internacionales y supranacionales, como el Banco Mundial, e Fondo Monetario Internacional, el Banco Central Europeo, el Banco Europeo de Inversiones y otros de naturaleza similar

- Empresarios

Los empresarios que individualmente reúnan, al menos, dos de las siguientes condiciones:

- Que el total de las partidas del activo sea igual o superior a 20 millones de euros
- Que el importe de su cifra anual de negocios sea igual o superior a 40 millones de euros
- Que sus recursos propios sea iguales o superiores a 2 millones de euros

- Otros

El último grupo, es la contraparte elegible, hace referencia a los Bancos, cajas de ahorro, fondos de inversión, y otras Instituciones Financieras y Gobiernos de ámbito nacional.

Realizar esta clasificación, permite a las entidades bancarias, ofrecer un nivel de protección mayor o menor, y proporcionar una mayor información y documentación. Lógicamente, el grado de protección y información del cliente minorista será mucho más elevado que el cliente profesional.

Muchas de las sentencias españolas estudiadas, suelen tener en cuenta el factor del nivel de experiencia, conocimientos y cuantificación del cliente, para determinar si el error es excusable. El problema lo encontramos, en que la LMV no sigue estrictamente la Directiva MiFID, que distingue entre clientes profesionales (lista cerrada) y los minoristas (todos los demás), lo que provoca la necesidad de valorar si padeció o no error excusable,

teniendo en cuenta una serie de factores, como son sus conocimientos y experiencias. Si se hubiera seguido estrictamente la normativa MiFID, simplemente con la calificación y recogida de información, independientemente de su experiencia y conocimientos, una simple infracción sería suficiente para fundamentar la nulidad de los contratos de clientes minoristas y no necesitarías valorar la si padeció o no error excusable, solo en el cliente profesional sería necesario.

#### **5.4.3 Obligación de informar a los clientes**

El artículo 79 bis de la LMV, establece “que las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes”. Este deber por parte de la entidades de crédito es importante, ya que muchas de las sentencias que dictan la anulabilidad contractual se basan en un vicio de consentimiento, derivado de la poca o nula información que las entidades de crédito han relevado a sus clientes.

Los clientes deben comprender la naturaleza y los riesgos inherentes al producto, por ello la información que las entidades financieras facilitan a sus clientes, debe ser comprensible. El cliente debe poder tomar la decisión, con conocimiento real del alcance de la operación, y que los clientes otorguen el consentimiento sin vicio alguno.

La información debe ir acompañada de ejemplos, para hacer más comprensible el producto, y muy importante es explicar el riesgo real del producto, y con ello explicar al cliente los distintos escenarios que podrían darse; es decir, informar al cliente de la fluctuación que pueden experimentar los tipos de interés. El cliente debe recibir toda la información que este relacionada con el producto y no únicamente aquellas que lo hacen atractivo. Además, las entidades de crédito deberán tener en cuenta las condiciones personales de cada uno de los clientes para tener la seguridad de que se está entendiendo debidamente la materia del contrato.

En relación a la necesidad de poner ejemplos, encontramos la SAP Zaragoza del 19-3-2012<sup>68</sup>:

Es un contrato de comprensión no sencilla, salvo que el cliente sea un experto en mercados financieros o le haya sido explicado el producto de forma pausada y con los ejemplos pertinentes que permitan concretar y prever las consecuencias reales de ese lenguaje especializado, a veces ajeno incluso al conocimiento real de muchos empleados bancario.

En relación a la información que el Banco debe facilitar al cliente, existe numerosa jurisprudencia que considera que el Banco debía compartir con su clientes las previsiones de la tendencia, a medio y corto plazo, del Euribor.

La SAP León del 14-12-2012<sup>69</sup>, indica que hubiera sido necesario incorporar a la documentación facilitada “una simulación de liquidaciones futuras y una referencia expresa al riesgo real de la bajada del Euribor”.

En el momento en que se comercializan la mayor parte de los Swap, las entidades de crédito disponen de información de que con gran probabilidad se producirá una bajada de los tipos de interés y de Euribor, posteriormente llegó a cumplirse hasta el punto que tanto en los años 2009 y 2010 el Eurobor alcanzo mínimos históricos, y en un comportamiento correcto el Banco debía haber informado de tal previsión de evolución de los tipos de interés. SAP Palencia del 21-2-2012<sup>70</sup> recuerda que

que las entidades financieras, por la cuantificación profesional de su personal y por el acceso a determinada información, conocen con antelación la evolución del sector, previsiones a la baja en el tipo de interés.

La obligación de informar al cliente debe estar presente durante toda la relación entre cliente y entidad de crédito; no obstante, ésta obligación ha sido en la fase precontractual, donde más disputas ha generado.

---

<sup>68</sup> ESPAÑA. Audiencia Provincial de Zaragoza (Sala de lo Civil secc. 5ª) Sentencia núm. 693/2012 del 19 marzo 2012.

<sup>69</sup> ESPAÑA. Audiencia Provincial de León (Sala de lo Civil secc. 2ª) Sentencia núm. 1435/2011 del 14 diciembre 2012.

<sup>70</sup> ESPAÑA. Audiencia Provincial de Palencia (Sala de lo Civil secc. 1ª) Sentencia núm. 101/2012 del 21 febrero 2012.

A la información poscontractual, con carácter general se refiere a ella el artículo 79 bis. 4 de la Ley, al señalar que: “El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Cuando proceda dichos informes incluirán los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente”. Se trata de mantener al cliente informado sobre la ejecución de las órdenes que se hagan por su cuenta. De forma puntual y exhaustiva. Y en este tipo de información se incluye la relativa a la ejecución y tramitación de órdenes de los clientes.

Lo que pretende la LMV con esta medida es la transparencia y eficacia a lo que al mercado de servicios financieros se refiere y; por otro lado, la pretensión de que el consentimiento contractual de los clientes se forme adecuadamente.

El artículo 60 del RD 217/2008 fija con notable precisión las condiciones que ha de cumplir la información para “ser imparcial, clara y no engañosa”. Señala, en su primer apartado, los siguientes requisitos generales de la información:

- La información deberá incluir el nombre de la entidad que presta los servicios de inversión.
- La información deberá ser exacta y no destacará los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible.
- La información será suficiente y se presentará de forma que resulte comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios.
- La información no ocultará, encubrirá o minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia importante.
- Cuando la información haga referencia a un régimen fiscal particular, deberá aclarar de forma visible que ese régimen dependerá de las circunstancias individuales de cada cliente y que puede variar en el futuro.
- En ningún caso se podrá incluir en la información el nombre de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, o de otra autoridad

competente de manera tal que indique, o pueda inducir a pensar, que la autoridad aprueba o respalda los productos o los servicios de la empresa.

- Todo esto con carácter general, ya que en los párrafos siguientes van fijando más detalladamente la información que debe ofrecerse en cada caso, además se fijan diferentes niveles de información, dependiendo del momento contractual y de la clase de cliente de que se trate.

Uno de los principales motivos que justifican la anulación de los contratos por error es el incumplimiento por la parte vendedora de su obligación legal de informar sobre las características del producto que pone en el mercado. Ese defecto de información conduce a la falsa representación de la realidad por el comprador y puede llegar a motivar la solicitud de resolución judicial.

La SAP León de 14-12-2012<sup>71</sup>:

No ha probado el Banco haber mantenido con el cliente más que unas conversaciones previas a la contratación del producto, a través de D. ..., en las que se le da una información limitada, en las que no consta que se le proporcionase documentos o folletos explicativos, o que se le entregara el propio contrato para examinarlo con calma y previamente a su firma a fin de poder informarse de su verdadero alcance, de modo que hemos de concluir que el contrato se concertó sin que hubiese dado al cliente el Banco apelante una información completa y adecuada sobre las características de la operación que concertaba y de los riesgos concretos que tenía el Swap que suscribió.

#### ***5.4.4 Obligación de informarse acerca de las circunstancias de los clientes***

Las entidades de crédito tienen el deber de informarse de las circunstancias de sus clientes, con la finalidad de poder ofrecerles servicios y productos que más les convengan o que se ajusten mejor dado su perfil inversor.

Esta obligación parece tener un carácter previo a la contratación, para poder ofrecer a sus clientes el servicio o producto que más les convenga,

---

<sup>71</sup> ESPAÑA. Audiencia Provincial de León (Sala de lo Civil secc. 2ª) Sentencia núm. 1435/2011 del 14 diciembre 2012.

no obstante esta obligación rige durante toda la relación entre la entidad financiera y el cliente. Finalmente, el artículo 79 bis 7 de la LMV, establece que para que las entidades financieras determinen la adecuación del perfil del cliente para la operación que se va a llevar a cabo, deben realizarse los denominados test de conveniencia.

El test de conveniencia, es una obligación para la entidad financiera, que no puede omitirse bajo ningún concepto cuando la operación que se ofrece está relacionada con productos de inversión complejos, en este caso los Swaps.

Los artículos 73 y 74 del RD 217/2008 establecen que:

Los test de conveniencia deben recabar la información del cliente sobre los tipos de instrumentos financieros, transacciones, y servicios con los que esté familiarizado; la naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo durante el que se hayan realizado; así como el nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores que resulten relevantes en la determinación del perfil.

Los test consisten en una serie de preguntas, que tienen como finalidad determinar si los clientes comprenden o no los riesgos de la operación a realizar, y en su caso, ofrecerles los servicios o instrumentos más adecuados a su perfil. El artículo 99 bis, califica la falta del test como una infracción muy grave.

La CNMV <sup>72</sup> recomienda que este test contenga al menos los siguientes datos:

1. Situación financiera del cliente:
  1. Fuente de sus ingresos periódicos
  2. Nivel de sus ingresos periódicos
  3. Sus activos:
    1. Activos líquidos
    2. Inversiones
    3. Bienes inmuebles

---

<sup>72</sup> Grupo de Responsables de formación y desarrollo de entidades financieras y aseguradoras. Disponible en web: [www.gref.org/nuevo/docs/TestIdoneidad.pdf](http://www.gref.org/nuevo/docs/TestIdoneidad.pdf)

4. Compromisos financieros periódicos
2. Objetivos de inversión del cliente o posible cliente:
  1. Horizonte temporal deseado para la inversión
  2. Preferencias en relación con la asunción de riesgo
  3. Perfil de riesgo
  4. Finalidades de inversión
3. Conocimientos y experiencia del cliente en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio:
  1. Tipos de servicios, operaciones e instrumentos financieros con los que está familiarizado el cliente
  2. Naturaleza de las operaciones del cliente sobre instrumentos financieros
  3. Volumen de las operaciones del cliente sobre instrumentos financieros
  4. Frecuencia de las operaciones del cliente sobre instrumentos financieros
  5. Periodo durante el cual se han llevado a cabo
  6. Nivel de formación
  7. La profesión o profesión anterior pertinente

Las entidades financieras, han intentado utilizar los test como parte de su defensa en los pleitos judiciales, alegando que la firma de los test demuestra que los clientes tenían conocimiento del funcionamiento de este tipo de contratos, y de los riesgos asociados. No obstante, los test fueron creados como un medio de protección para los clientes frente a las entidades de crédito, y la naturaleza del test es hacer un perfil del cliente que permita a la entidad de crédito ofrecer el servicio o producto más adecuado a sus necesidades y conocimientos, sobretodo en la fase precontractual. Por eso son numerosas las sentencias que afirman el incumplimiento de los test, por efectuarse en un momento mismo de la firma o incluso en un momento posterior, o más grave todavía las mismas entidades de crédito contestaban las preguntas que en principio debía de responder el cliente. Estas prácticas desvirtuaban el sentido por el que fueron creado los test, y provocan los pronunciamientos contrarios a las



entidades de crédito por parte de los jueces. No obstante, también se han dado casos en los que el juez ha entendido que la EC ha actuado con suficiente diligencia, y no declara la nulidad del contrato.

Un ejemplo de incumplimiento, lo encontramos en la SAP Asturias- Gijón de 16-12-10<sup>73</sup> que señala que no realizó ninguno de los test:

Ni siquiera consta que el Banco hubiese sometido a las demandantes a un test de idoneidad, ni a un test de conveniencia, exigidos por los artículos 72 y 73 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero ( RCL 2008, 407) ( Sentencias de ésta Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Asturias de 10 y 16 de diciembre de 2010 ), y pese a ello le ofertó un producto complejo sin ofrecerle la información necesaria para que pudiese comprender su funcionamiento y los riesgos que comportaba su contratación.

---

<sup>73</sup> ESPAÑA. Audiencia Provincial de Gijón (Sala de lo Civil secc. 7ª) Sentencia núm. 1435/2010 del 16 diciembre 2010.

## 6. Soluciones jurídicas

### 6.1 Nulidad absoluta y nulidad relativa o anulabilidad

Cuando hablamos de nulidad, es importante hacer una distinción entre nulidad absoluta y la nulidad relativa o anulabilidad. La nulidad absoluta es ipso iure, el contrato no despliega efectos jurídicos, y puede ser detectada de oficio por los Tribunales. El artículo 1261<sup>74</sup> del CC establece los requisitos esenciales del contrato, si el contrato carece de alguno de estos requisitos entonces el ordenamiento jurídico prevé la nulidad radical del contrato.

La nulidad relativa o anulabilidad esta regulada en el artículo 1300 y ss. del Código Civil. Es un tipo de ineficacia del contrato que tiene lugar cuando el mismo adolece de un vicio que lo invalida con arreglo a la Ley, como pueden ser el defecto de la capacidad de obrar, y los vicios del consentimiento. El artículo 1300 del CC establece que:

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

En este caso el contrato existe, puesto que en el concurren consentimiento, objeto y causa, pero sufre algún vicio o defecto, por lo que es susceptible de anulación por parte de los tribunales.

La anulabilidad, es la invalidez de contrato de menor grado que la nulidad absoluta, ya que, sin contravenir una norma imperativa ni faltar alguno de los requisitos esenciales del mismo, adolece de ciertos defectos como son la falta de capacidad de obrar de los contratantes o la concurrencia de vicios en la voluntad.<sup>75</sup>

---

<sup>74</sup> No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes. 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3.º Causa de la obligación que se establezca.

<sup>75</sup> Enciclopedia jurídica, disponible en web: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/>

## **6.1 Soluciones Civiles**

Una de las soluciones frente a las liquidaciones negativas del IRS, o lo elevado de sus gastos de cancelación, es reaccionar judicialmente alegando la existencia de un vicio de voluntad consistente en el error sufrido al contratar el IRS.

La petición de nulidad basada en vicios de la voluntad, debe analizarse en cada caso concreto, tal y como indica la SAP Madrid del 5-3-2012<sup>76</sup> indica que para el enjuiciamiento del IRS:

Han de examinarse las circunstancias y efectos de la concreta contratación (...), de manera que no basta con a mera afirmación de que el producto contratado sea complejo o de que la información debió de ser mas exhaustiva para con ello obtenerse la declaración de nulidad absoluta o relativa de los contratos o de alguna de sus cláusulas.

La acción ejercitada ha de basarse en la existencia de un error a la hora de contratar el IRS, por entender que era otra clase de producto lo que el cliente contrataba, por regla general los clientes creían que lo que contrataban era un seguro frente a los elevados tipos de interés del momento, concretamente del Euribor, que repercutía directamente contra sus hipotecas haciendo pagar elevados intereses, y firmaron en un intento por cubrirse frente a estos elevados tipos de interés; por entender que no se informo al cliente adecuadamente de las características del producto, incumpliendo así la normativa MiFID, concretamente la omisión de la posibilidad de que sus liquidaciones periódicas arrojasen pérdidas, y que el cliente como consecuencia de la bajada de los tipos tuviera que liquidar a favor de las EC.

Para que el error invalide el consentimiento, y como ya hemos repetido en numerosas ocasiones, es necesario que el error sea esencial. Tal y como establece el artículo 1266 del CC, es necesario que recaiga sobre la sustancia del objeto del contrato o sobre aquellas condiciones del mismo que principalmente hubieran dado lugar a su celebración.

---

<sup>76</sup> ESPAÑA. Audiencia Provincial de Madrid (Sala de lo Civil secc. 18ª) Sentencia núm. 3615/2012 del 5 marzo 2012.

El error no deberá ser imputable a quien lo padece, es decir, deberá ser excusable. Esta exigencia es una creación de la jurisprudencia que se funda en la idea de que no se debe proteger a aquél que no lo merece por su conducta, según un parámetro de diligencia media.<sup>77</sup>

En este sentido, la jurisprudencia entiende que el error es inexcusable cuando hubiera podido ser evitado empleando una normal diligencia, media o regular, a valorar en base a las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales de ambos contratantes.

Que el error sea excusable, implica que puede trasladarse sobre la otra parte las consecuencias del error, en este caso las EC, como consecuencia de este requisito la jurisprudencia suele apreciar el error cuando las EC estaba obligada a suministrar determinada información y no lo hace o hace de modo inadecuado, como por ejemplo omitiendo la posibilidad de que sus liquidaciones periódicas arrojasen pérdidas.

En tercer lugar, nuestra jurisprudencia también sostiene que debe existir un nexo de causalidad entre el error sufrido y la finalidad perseguida por el contratante.

En las permutas financiera, concretamente en el IRS (tipo de Swap que nos interesa), el error es esencial cuando la falta de información recae sobre la naturaleza del producto, los riesgos específicos al contrato y el coste de cancelación anticipada.

Como hemos introducido al principio de este trabajo, en los contratos bancarios complejos, concretamente en el Swap, y más concretamente aún en el IRS, existe un desequilibrio de partes, como consecuencia de un contrato de adhesión, en el que el cliente se encuentra en una posición de debilidad frente a las entidades de crédito. Este desequilibrio entre las partes, hace que la jurisprudencia a la hora de analizar el comportamiento y actuación de las EC, sea muy rigurosa, ya que estas disponían de mucha más información que sus clientes, y esto, más la ausencia de formación, experiencia, y el alto nivel que se necesita para comprender estos productos bancarios, y la ausencia o insuficiencia de información que las

---

<sup>77</sup> VALPUESTA FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup> R. *Derecho civil, obligaciones y contratos*, Editorial Tirant lo Blanch.

EC suministraban a sus clientes puede dar lugar a que el cliente se represente una realidad distinta de la que realmente resulta del contrato firmado.

La STS del 5-2-2014<sup>78</sup>, de 7 de julio, acogiendo la doctrina elaborada por la STS 840/2013 que fijó, tras analizar la reiterada doctrina de la Sala sobre los requisitos del error vicio de consentimiento, la doctrina relativa a la incidencia del incumplimiento del deber de información en la apreciación del error vicio del consentimiento, la resume en los siguientes puntos:

- 1.- El incumplimiento de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo.
- 2.- El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto, en este caso el swap.
- 3.- La información - que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros (art. 79 bis 3 LMV) - es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.
- 4.- El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente.
- 5.- En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap cuanto si, al hacerlo, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo; y la omisión del test que debía recoger esa valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al

---

<sup>78</sup> ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil secc. 1ª) Sentencia núm. 385/2014 del 5 febrero 2014.

contratar, permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento; por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo.

Lo que vicia el incumplimiento de la entidad financiera del deber de informar del artículo 79 bis 3 LMV, es el desconocimiento de los concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata, que pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero, no de la simple ausencia de información por parte de las EC pues el cliente podría tener ese conocimiento por sus propios medios. Por eso la ausencia del test de conveniencia o de idoneidad no determina por sí sola la existencia del error como vicio del consentimiento, pero sí permite presumirlo.

De modo, que serán los juzgadores quienes deban acreditar en cada caso concreto, las circunstancias que concurren para que sea declarado ese vicio del consentimiento.

En ocasiones, aunque es cierto que en muy pocas, los tribunales han apreciado que la conducta de la entidad a la hora de comercializar el IRS podía calificarse de dolosa. En relación con el artículo 1269 del CC, entendían que mediante “palabras o maquinaciones insidiosas” por parte de la entidad se indujo al cliente “celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”.

La STS del 26-10-1981<sup>79</sup> establece que el dolo civil también abarca “la reticencia dolosa del que calla o no advierte debidamente (...) a la otra parte, poniéndola en la misma situación invalidan de su consentimiento.

La STS del 26-12-1981<sup>80</sup> que nos recuerda que esa conducta dolosa “pugna con el deber de informar exigible por la buena fe” y la lealtad contractual.

---

<sup>79</sup> ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil secc. 1ª) Sentencia núm. 4792/1981 del 26 noviembre 1981.

Para reconocer el dolo debe coexistir un ánimo de perjudicar, que sería el elemento subjetivo, con el acto o medio externo, que sería el elemento objetivo. Además, el artículo 1270 del CC establece que “el dolo ha de ser grave. Además tal y como establece la SAP A Coruña del 4-11-2010<sup>81</sup> “la nulidad por error, gana del provocado dolosamente como del que proviene únicamente de la ignorancia”, deberá ser excusable.

Finalmente, un aspecto muy importante que extraemos de la STS del 23-7-1998<sup>82</sup>, es que para la apreciación del dolo no bastan las conjeturas, indicios o deducciones pues, como se repite, el “dolo no se presume”. Es el actor el que tiene que demostrar el dolo sufrido en la contratación, ya que si no consigue demostrarlo o esta es insuficiente la acción fracasara.

La SAP Ávila del 9-9-2010<sup>83</sup>, niega la existencia de palabras o maquinaciones insidiosas que supusieran un vicio en la voluntad:

pues ni se utilizaron por parte de la comercial de Bankinter S.A quien de forma clara, escueta y fácil, hizo comprender en el acto del juicio en qué consistía el contrato, ni tampoco se aprecia engaño alguno, cuya probanza incumbiría a la aquí apelada.

Por regla general, los tribunales han sido más propensos a apreciar la concurrencia de error viciado a fin de amparar las pretensiones de anulación del contrato que a entrar a valorar la intencionalidad de las entidades financieras en lo que concierne a la vulneración de los deberes que les corresponden.

Cuando frente las alegaciones de dolo efectuadas por los clientes respecto de la comercialización de los IRS, la jurisprudencia ha actuado favorablemente, normalmente ha sido por entender que la desinformación, es una prueba de que existe reticencia dolosa a informar sobre los hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión del contrato.

La SAP Salamanca del 2-3-2012<sup>84</sup> afirma que existieron:

---

<sup>80</sup> ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil secc. 1ª) Sentencia núm. 4810/1981 del 26 diciembre 1981.

<sup>81</sup> ESPAÑA. Audiencia Provincial de Coruña (Sala de lo Civil secc. 6ª) Sentencia núm. 3241/2010 del 4 noviembre 2010.

<sup>82</sup> ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil secc. 1ª) Sentencia núm. 4980/1998 del 23 julio 1998

<sup>83</sup> ESPAÑA. Audiencia Provincial de Ávila (Sala de lo Civil secc. 1ª) Sentencia núm. 355/2010 del 9 septiembre 2010.

maquinaciones consistentes, en este caso, más que en la utilización de palabras, por el silencio de ocultar determinados aspectos importantes relativos del contrato en todo aquello que de alguna manera podían perjudicar al cliente (consistiendo el dolo) precisamente en encubrir lo malo del contrato, destacando únicamente lo bueno, si es que no tiene.

La jurisprudencia también ha apreciado dolo cuando la información facilitada por la entidad es manifiestamente desviada como ocurre, por ejemplo, cuando el contrato de IRS se comercializa como un seguro.

La SAP Vitoria de 18-1-2011<sup>85</sup> donde:

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 artículo 1269 del CC, porque (el cliente) 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 tanto, la solución civil que tienen los clientes afectados por los IRS, es acudir a los tribunales y pedir la anulabilidad del contrato, basándose principalmente en un vicio del consentimiento por error, al incumplir las entidades de crédito con las obligaciones debidas y no facilitar información suficiente a los clientes, o venderles el producto como si fuera un seguro de cobertura frente a los elevados tipos de interés, creando una realidad en el cliente sobre el producto errónea, y viciando así el consentimiento del cliente y generando así una posible nulidad del contrato.

Obviamente, hay que dejar claro, que la solución no es universal, que los tribunales y en su caso el juez, es el que va analizar cada caso en concreto, ya que también hay casos en los que las EC de crédito han actuado correctamente y conforme a la legalidad vigente, o que el cliente era profesional y con experiencia en el sector financiero, y no podía alegar el error por ignorancia de lo que contrataban.

---

<sup>84</sup> ESPAÑA. Audiencia Provincial de Salamanca (Sala de lo Civil secc. 1ª) Sentencia núm. 118/2012 del 2 marzo 2012.

<sup>85</sup> ESPAÑA. Audiencia Provincial de Vitoria (Sala de lo Civil secc. 1ª) Sentencia núm. 1/2011 del 18 enero 2011.



## **6.2 Otras soluciones**

Como alternativa a la vía judicial existe la vía del arbitraje. Este tipo de arbitraje denominado de consumo, es un sistema para la resolución de conflictos y controversias de forma extrajudicial que esta recogido en el RD 231/2008, de 15 de febrero, en el que se regula el sistema de Arbitraje de Consumo.

El arbitraje es un procedimiento por el cual se somete una controversia, por acuerdo de las partes, a un árbitro o a un tribunal de varios árbitros que dicta una decisión sobre la controversia que es obligatoria para las partes. Al escoger el arbitraje, las partes optan por un procedimiento privado de solución de controversias en lugar de acudir ante los tribunales.<sup>86</sup>

Por tanto, el sistema arbitral de consumo, es de carácter vinculante y ejecutivo por ambas partes, esto quiere decir que la solución que dicte el tribunal deberá ser acatada por ambas partes, tiene como finalidad resolver los conflictos surgidos entre los consumidores y las empresas o profesionales, obviamente en relación a la legislación vigente y los derechos del consumidor.

Las ventajas de la vía del arbitraje, es que se evitan los costes de las tasas judiciales, y evita también la saturación de los juzgados, y normalmente se alcanza una solución más rápida y eficaz.

En la contratación es frecuente los contratos en los que se incorpora una cláusula de sumisión a arbitraje. Pero el contrato de Swap, como hemos repetido en numerosas ocasiones, es un contrato de adhesión, y esto genera un problema, cuando esta cláusula que figura en las condiciones generales del contrato ha sido impuesta unilateralmente por una de las partes contratantes. ¿Por qué? Porque la EC de ha prevalido de una situación de superioridad, generando indefensión en el consumidor.

Es numerosa la jurisprudencia que señala que esta situación genera indefensión, ya que se ha impuesto la cláusula de sumisión al arbitraje unilateralmente, por tanto, el consumidor no ha manifestado expresamente su voluntad, una de las partes tiene una posición de superioridad o

---

<sup>86</sup> OMPI. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

privilegiada, es contraria a la buena fe, y ocasiona una situación de desigualdad.

La conclusión a la que ha llegado la mayoría de la jurisprudencia, es que la cláusula de sumisión al arbitraje genera indefensión para el contratante de un swap, y deberá tenerse por nula. Así lo entiende por ejemplo, la SAP Jaén del 22 julio 2004<sup>87</sup>, o la SAP Madrid del 15-4-2004<sup>88</sup>

Por tanto, otra de las soluciones para la problemática generada por el contrato de swap, existe la vía del arbitraje como vía alternativa a la judicial. Pero esta vía tiene que ser consensuada por las partes, ya que si viene impuesta unilateralmente por una de las dos partes, en una posición de superioridad, esta cláusula puede ser considerada abusiva y posteriormente ser declarada nula.

---

<sup>87</sup> ESPAÑA. Audiencia Provincial de Jaén (Sala de lo Civil secc. 1ª) Sentencia núm. 174/2004 del 22 julio 2004.

<sup>88</sup> ESPAÑA. Audiencia Provincial de Madrid (Sala de lo Civil secc. 1ª) Sentencia núm. 78/2004 del abril 2004.

## 7. Conclusiones

Prácticamente la totalidad de los casos analizados son permutas financieras de tipos de interés, lo que hemos llamado a lo largo de todo el trabajo IRS o “Interest Rate Swap”. Donde dos partes acuerdan intercambiarse flujos de dinero en referenciados a unos tipos de interés, uno se posiciona como pagador fijo (tipo de interés fijo) y otro, como pagador variable (tipo de interés variable).

Lo Swap normalmente se ofrecían a clientes que ya tenían contratadas con la entidad bancaria, operaciones crediticias o hipotecas, y lo hacían en forma de seguro frente a las fluctuaciones de los tipos de interés y los elevados tipos en los que se encontraba el Euribor<sup>89</sup>, en el momento de mayor difusión de las IRS. La jurisprudencia, una de las múltiples “irregularidades” que considera que se produjeron al comercializar los IRS por parte de las EC, es adjuntar el Swap a otro tipo de operación como son las hipotecas, que ninguna relación guarda con la primera, excepto que en los créditos variables también dependen del valor del Euribor. Con el Euribor por las nubes, los clientes se aferraron sin dudar a lo que los Bancos les vendían como un seguro frente a los elevados tipos, hasta que el Euribor descendió, y los clientes se dirán cuenta que habían firmado algo muy distinto a un seguro. Por tanto, un Swap no es un producto de cobertura y mucho menos un seguro, es simplemente una apuesta sobre un valor cambiante, el Euribor por ejemplo.

En el momento en que el Euribor descendió, a mínimos históricos, los clientes tuvieron que empezar hacer frente a liquidaciones favorables a las entidades financieras. En este momento, es cuando los clientes acudieron a los tribunales para plantear la nulidad de los contratos por vicios en el consentimiento, concretamente por error en el consentimiento.

La mayoría de la jurisprudencia entiende que la entidad financiera no ha cumplido con todos los requisitos exigidos por la legislación vigente, principalmente con el deber de información, y esta insuficiencia o

---

<sup>89</sup> El Euribor tiene incidencia directa en las operaciones crediticias, y sobretodo en las hipotecas, ya que es el principal indicador que marca los intereses que los interesados deben pagar a las entidades de crédito.

inexistencia de información provoca un error en el cliente, ya que no es consciente de lo que contrataba, y es declarada la nulidad del contrato por error en el consentimiento.

Toda esta situación, en que las entidades de crédito han vulnerado los deberes que la ley les exige, se ve agravada por el hecho de tratarse de productos bancarios complejos, que a lo largo de muchos pronunciamientos la jurisprudencia ha expresado la dificultad para comprender estos productos, que incluso ni los propios empleados de las sucursales bancarias eran capaces de comprender, y más aún para personas sin conocimientos ni experiencia, ya que la mayoría de la clientela eran personas con un perfil no profesional o pymes.

El contrato de Swap, es un contrato de adhesión, en que las condiciones vienen fijadas por el banco, creando un desequilibrio entre las partes. El cliente sólo ha visto en la mayoría de los casos una serie de documentos, muchas veces en el mismo momento de la firma, y que para la mayoría de los clientes resulta incomprensibles. Además, las entidades de crédito, por su propia naturaleza y estructura, sabían que la evolución más probable de los tipos de interés era que empezarán a descender, no obstante, las entidades financieras esperaron hasta los años 2006, 2007 y 2008<sup>90</sup> para ofertar este producto, cuando los tipos de interés se encontraban en sus máximos históricos, obviamente omitiendo la previsión de que el Euribor empezara a descender.

Al analizar toda la problemática generada por los contratos de permuta financiera, concretamente de los IRS, entendemos, y así lo entiende también la gran mayoría de la jurisprudencia, que la actuación de las entidades financieras, no ha sido la más correcta posible. Es verdad, que la gran crisis financiera mundial ha evidenciado mas todavía, si cabe, las malas practicas bancarias de las entidades de crédito. Las permutas financieras son contratos legales y que las entidades financieras llevan décadas comercializando, y muchos profesionales lo han usado sin ningún incidente. El problema surge cuando las entidades de crédito han comercializado estos productos, contratos bancarios complejos, a personas inadecuadas, que no tenían formación ni experiencia suficiente para

---

<sup>90</sup> Valor medio mensual máximo alcanzado por el Euribor en julio de 2008, de 5,393%

comprender estos productos, y además cuando en muchas ocasiones era comercializado como un seguro. Por tanto, en el presente trabajo no culpamos a las entidades financieras por no prever la gran envergadura de la crisis económica, sino que las señalamos por que estas entidades deciden a quien, cuando y como venden sus productos, y en los tres casos lo han hecho de manera muy cuestionable.

En nuestra opinión, después de analizar la problemática jurídico-social, entendemos que las entidades de crédito en numerosas ocasiones no actuaron correctamente, conforme a la legalidad vigente o de forma moralmente respetable, al comercializar contratos de IRS a personas sin conocimientos financieros ni experiencia en el sector, o sin la experiencia suficiente ya que se trata de productos bancario complejos; en muchos casos la información proporcionada a los clientes no era suficiente, o la entidad de crédito lo comercializo como si fuera un seguro frente a los elevados tipos de interés de las operaciones de financiación que los clientes ya tenían firmadas con la entidad; y el momento que decidieron para empezar a comercializar estos productos masivamente, es en el periodo previos a la crisis financiera mundial, y obviamente las entidades de crédito disponen de mucha más información que las personas de pie de calle, y sabían que la tendencia en los tipos de interés cambiaria y empezarían a descender, provocando así flujos de caja positivos para las entidades bancarias.

Las entidades de crédito por su parte, tratan de defender la validez del contrato. Por un lado, tratan de probar que ofrecieron toda la información necesaria para que el cliente entendiera el funcionamiento del IRS, sus riesgos y ventajas; por otro lado insisten en la experiencia inversor a de los clientes alegando que tienen conocimientos suficientes para comprender adecuadamente el contrato propuesto; y por último que los contratos contienen toda la información necesaria, y que si el cliente no se lee el contrato, esto es una falta de diligencia por su parte, por tanto que es un error excusable del cliente por no leer el contrato.

No todas las resoluciones judiciales dan la anulabilidad de los IRS, cuando queda acreditado que el cliente sabia lo que contrataba porque tenia formación y experiencia en el sector, y tenia un perfil profesional. En otros

casos, cuando se ha demostrado que la entidad ha actuado conforme a la legislación vigente y ha proporcionado toda la información necesaria al cliente por lo que este, no puede calificarse de error excusable. Por tanto, no todas las resoluciones judiciales han sido favorables a los clientes, y han declarado la anulabilidad de los clientes, pero si la gran mayoría.

## Bibliografía

### a) Fuentes primarias

ALBADALEJO, Manuel. *Derecho Civil*, Barcelona: Bosch, 1996. T. 1, 2 v.  
ISBN 84 – 7698 – 344 - 1

ALBADEJO, Manuel. *Compendio de derecho civil*. 13ª ed. Madrid: Edisofer S.L, 2007.  
ISBN 978 – 84 – 96261 – 34 – 1

DÍEZ – PICAZO, Luís. *Sistema de Derecho Civil*.. Madrid: tecnos, 2001. 2 v.  
ISBN 84 – 309 – 3669 – 6

DIEZ DE CASTRO, Luis; MASCAREÑAS, Juan. *INGENIERIA FINANCIERA La gestión en los mercados financieros internacionales*, Mc Graw Hill.  
ISBN 8476156995

GÁLVEZ PASCUAL, Josep, “La protección de consumidores y usuarios en la contratación de permutas financieras y swaps”, *Revista Aranzadi – Mercantil*, nº 9/2013, p.12

GARCÍA ANGULO, Bernardo, *Nulidad de los contratos de swap en la Jurisprudencia*, Eolas Ediciones, 2012.  
ISBN 978 – 84 – 935957 – 3 – 9

JIMÉNEZ, Guillermo, *Los contratos bancarios*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho civil*. Madrid: Editorial Dykinson, 2000. 2v.  
ISBN 8448106873

LASARTE, Carlos. *Compendio de Derecho Civil*. Madrid, 2008. Editorial DYKINSON SL  
ISBN 9788498492903

LASARTE, Carlos. *Principios de Derecho civil*, décima edición. Madrid, 2007. P. 14.  
Marcial pons ediciones jurídicas y sociales SA  
ISBN 9788497684781

RODRÍGUEZ SIERRA, Cristina, “Presentación de la Jurisprudencia al detalle: swap: evolución jurisprudencial”, *Revista Sepin*, mayo, 2012, sin numerar.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, Mª R. *Derecho civil, obligaciones y contratos*, Editorial Tirant lo Blanch, 2001.  
ISBN 9788484423942

ZAMORANO ROLDÁN, Sergio, “*El contrato de swap como instrumento financiero derivado*”, Zaragoza, 2003.  
ISBN 9788493166489

b) *Fuentes secundarias*

ASOCIACION DE AFECTADOS POR PERMUTAS Y DERIVADOS FINANCIEROS. Disponible en web: <http://asuapedefin.com/>

BANCO DE ESPAÑA. BANCO DE ESPAÑA EUROSISTEMA. Disponible en web: <http://www.bde.es/bde/es/secciones/eurosistema/>

COMISION NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES. Portal del Inversor. Disponible en web: <https://www.cnmv.es/portal/home.aspx>

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Real Academia Española.

DICCIONARIO ECONÓMICO - La Expansión. Disponible en web: <http://www.expansion.com/diccionario-economico.html>

ENCICLOPEDIA JURÍDICA. Disponible en web: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/>

GRUPO DE RESPONSABLES DE FORMACIÓN Y DESARROLLO DE ENTIDADES FINANCIERAS Y ASEGRADORAS. Disponible en web: [www.gref.org/nuevo/docs/TestIdoneidad.pdf](http://www.gref.org/nuevo/docs/TestIdoneidad.pdf)

LARA, Alfonso de. *Productos derivados financieros*. Madrid: Marcial Pons, 2005.  
ISBN 9789681866334

LLOBET, Josep. *El deber de información de los contratos*. Madrid: Marcial Pons, 1996.  
ISBN 84-7248-331-2

MIQUEL, Joan. *Derecho privado romano*. Madrid, 1992. Marcial pons, ediciones jurídicas S.A.

c) *Normativa utilizada*

ESPAÑA. Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, *Boletín Oficial del Estado*, 29 de julio de 1988, núm. 181, pp. 23405-23425

ESPAÑA. Ley 36/2003, del 11 de noviembre, de medidas de reforma económica. Boletín oficial del Estado, núm. 271, de 12 de noviembre de 2003, páginas 39925 a 39942.



ESPAÑA. Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios. Boletín Oficial del Estado, 30 de diciembre de 2006, núm. 312.

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

ESPAÑA. Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. Boletín Oficial del Estado, 14 de abril de 1998, núm. 89, p. 12304 a 12314.

*d) Sentencias citadas*

ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil secc. 1ª) Sentencia núm. 1978/336 del 18 abril 1978

ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil secc. 1ª) Sentencia núm. 968/1994 del 18 febrero 1994

ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil secc. 1ª) Sentencia núm. 766/1998 del 6 febrero 1998

ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil secc. 1ª) Sentencia núm. 7234/2004 del 12 noviembre 2004

ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil secc. 1ª) Sentencia núm. 1978/4482 del 29 diciembre 1997

ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil secc. 1ª) Sentencia núm. 385/2014 del 5 febrero 2014

ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil secc. 1ª) Sentencia núm. 4792/1981 del 26 noviembre 1981

ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil secc. 1ª) Sentencia núm. 4810/1981 del 26 diciembre 1981

ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil secc. 1ª) Sentencia núm. 4980/1998 del 23 julio 1998

ESPAÑA. Audiencia Provincial de Ávila (Sala de lo Civil secc. 1ª) Sentencia núm. 355/2010 del 9 septiembre 2010

ESPAÑA. Audiencia Provincial de Barcelona (Sala de lo Civil secc. 1ª) Sentencia núm. 12091/2011 del 13 diciembre 2011

ESPAÑA. Audiencia Provincial de Barcelona (Sala de lo Civil secc. 1ª) Sentencia núm. 12091/2011 del 13 diciembre 2011

ESPAÑA. Audiencia Provincial de Barcelona (Sala de lo Civil secc.13ª) Sentencia núm. 1219/2012 del 14 febrero 2012

ESPAÑA. Audiencia Provincial de Coruña (Sala de lo Civil secc. 6ª) Sentencia núm. 3241/2010 del 4 noviembre 2010

ESPAÑA. Audiencia Provincial de Gijón (Sala de lo Civil secc. 7ª) Sentencia núm. 2214/2011 del 21 noviembre 2011

ESPAÑA. Audiencia Provincial de Gijón (Sala de lo Civil secc. 7ª) Sentencia núm. 1029/2011 del 24 mayo 2011

ESPAÑA. Audiencia Provincial de Gijón (Sala de lo Civil secc. 7ª) Sentencia núm. 1435/2010 del 16 diciembre 2010

ESPAÑA. Audiencia Provincial de Jaén (Sala de lo Civil secc. 1ª) Sentencia núm. 174/2004 del 22 julio 2004

ESPAÑA. Audiencia Provincial de Jaén (Sala de lo Civil secc. 3ª) Sentencia núm. 138/2012 24-2-2012

ESPAÑA. Audiencia Provincial de León (Sala de lo Civil secc. 2ª) Sentencia núm. 390/2012 del 5 marzo 2012

ESPAÑA. Audiencia Provincial de León (Sala de lo Civil secc. 2ª) Sentencia núm. 390/2012 del 5 marzo 2012

ESPAÑA. Audiencia Provincial de León (Sala de lo Civil secc. 2ª) Sentencia núm. 1435/2011 del 14 diciembre 2012

ESPAÑA. Audiencia Provincial de Madrid (Sala de lo Civil secc. 18ª) Sentencia núm. 3615/2012 del 5 marzo 2012

ESPAÑA. Audiencia Provincial de Madrid (Sala de lo Civil secc. 1ª) Sentencia núm. 78/2004 del abril 2004

ESPAÑA. Audiencia Provincial de Mallorca (Sala de lo Civil secc. 5ª) Sentencia núm. 559/2012 del 22 febrero 2012

ESPAÑA. Audiencia Provincial de Mallorca (Sala de lo Civil secc. 7ª) Sentencia núm. 1161/2011 del 25 julio 2011

ESPAÑA. Audiencia Provincial de Mérida (Sala de lo Civil secc. 3ª) Sentencia núm. 81/2012 del 26 enero 2012

ESPAÑA. Audiencia Provincial de Mérida (Sala de lo Civil secc. 3ª) Sentencia núm. 81/2012 del 26 enero 2012

ESPAÑA. Audiencia Provincial de Mérida (Sala de lo Civil secc. 3ª) Sentencia núm. 257/2012 del 23 febrero 2012

ESPAÑA. Audiencia Provincial de Mérida (Sala de lo Civil secc. 3ª) Sentencia núm. 257/2012 del 23 febrero 2012

ESPAÑA. Audiencia Provincial de Murcia (Sala de lo Civil secc. 5ª) Sentencia núm. 2899/2011 del 14 diciembre 2011

ESPAÑA. Audiencia Provincial de Ourense (Sala de lo Civil secc. 1ª) Sentencia núm. 891/2011 del 1 diciembre 2011

ESPAÑA. Audiencia Provincial de Oviedo (Sala de lo Civil secc. 4ª) Sentencia núm. 2304/2012 del 21 diciembre 2012

ESPAÑA. Audiencia Provincial de Palencia (Sala de lo Civil secc. 1ª) Sentencia núm. 412/2011 del 28 septiembre 2011

ESPAÑA. Audiencia Provincial de Palencia (Sala de lo Civil secc. 1ª) Sentencia núm. 101/2012 del 21 febrero 2012

ESPAÑA. Audiencia Provincial de Salamanca (Sala de lo Civil secc. 1ª) Sentencia núm. 118/2012 del 2 marzo 2012

ESPAÑA. Audiencia Provincial de Tenerife. (Sala de lo Civil, secc. 3ª) Sentencia núm. 876/2011 del 2 de mayo de 2011

ESPAÑA. Audiencia Provincial de Valladolid (Sala de lo Civil secc.1ª) Sentencia núm. 1434/2011 del 25 noviembre 2011

ESPAÑA. Audiencia Provincial de Vitoria (Sala de lo Civil secc. 1ª) Sentencia núm. 1/2011 del 18 enero 2011

ESPAÑA. Audiencia Provincial de Zamora (Sala de lo Civil secc. 1ª) Sentencia núm. 295/2011 del 18 julio 2011

ESPAÑA. Audiencia Provincial de Zaragoza (Sala de lo Civil secc. 5ª) Sentencia núm. 46/2011 del 14 enero 2011

ESPAÑA. Audiencia Provincial de Zaragoza (Sala de lo Civil secc. 5ª) Sentencia núm. 693/2012 del 19 marzo 2012

ESPAÑA. Audiencia Provincial Ourense (Sala de lo Civil secc. 1ª) Sentencia núm. 4/2012 del 3 enero 2012.



## Abreviaturas

IRS	Interest Rate Swap
EC	Entidades de Crédito
LMV	Ley del Mercado de Valores
Art.	Artículo
Núm.	Número
CE	Constitución Española
CC	Código Civil
MiFID	Markets in Financial Instruments Directive
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo



# Anexo I

30/04/09

CAJA DE AHORROS DE VALENCIA,  
CASTELLON Y ALICANTE, BANCAJA  
BACK OFFICE DERIVADOS OTCS  
Pintor Sorolla, 8 - Planta 5  
46002 VALENCIA - VALENCIA

CONTRATO

## INTEREST RATE SWAP CONFIRMACIÓN DE OPERACIÓN

Estimados Sres.:

El objeto de este documento es confirmar los términos y condiciones de la Operación acordada entre nosotros en la Fecha de Operación más abajo indicada (la "Operación"). Este documento constituye una Confirmación a los efectos establecidos en el Contrato Marco de Operaciones Financieras de fecha (pendiente de firma)

1. En caso de discrepancias entre lo dispuesto en el Contrato Marco de Operaciones Financieras arriba indicado y esta Confirmación, prevalecerá ésta última.
2. Esta confirmación envía y acepta cualquier comunicación anterior, oral o escrita, entre las contrapartidas, referente a esta Operación.
3. Los términos de la Operación a la que esta Confirmación hace referencia son los siguientes:

Nuestra Referencia:	3691R8000027301
Fecha de la Operación:	13/04/2009
Fecha de Inicio:	12/04/2008
Fecha de Vencimiento:	12/04/2013

### PAGADOR IMPORTES FIJOS:

Divisa e Importe Nominal:	EUR 1.000.000,00
Tipo Fijo:	4,4500
Periodicidad de fijación:	Anual
Fecha de Pago:	Cada 12 de ABRIL comenzando el 13/04/2009 hasta el 12/04/2013, e incluyendo la Fecha de Vencimiento, sujeto a modificación de acuerdo a la Convención del Día Hábil.
Ajuste a Fin de Periodo:	SI
Base de Liquidación:	ACT/360
Convención Día Hábil:	Siguiente Día Hábil Modificado
Calendario Aplicable:	Días hábiles para TARGET(Pago)

<b>PAGADOR IMPORTES VARIABLES:</b>	CAJA DE AHORROS DE VALENCIA, CASTELLON Y ALICANTE, BANCAJA
Divisa e Importe Nominal:	EUR 1.000.000,00
Referencia de Liquidación:	EURIBOR 12 MONTHS
Periodicidad de Spécie:	Anual
Diferencial:	0,00 bps
Fecha de Determinación:	2 días antes del primer día del Periodo de Cálculo
Fecha de Pago:	Cada 12 de ABRIL comenzando el 13/04/2009 hasta el 12/04/2013, e incluyendo la Fecha de Vencimiento, sujeto a modificación de acuerdo a la Convención del Día Hábil.
Ajuste a Fin de Periodo:	SI
Base de Liquidación:	ACT/360
Convención Día Hábil:	Siguiente Día Hábil Modificado
Calendario Aplicable:	Días hábiles para TARGET(Pago), TARGET(Fijación)

4. Instrucciones de Pago EUR  
Instrucciones de pago para CAJA DE AHORROS DE VALENCIA, CASTELLON Y ALICANTE, BANCAJA  
El importe será liquidado en la cuenta 12803100001887 que mantiene en BANCAJA (ESP)  
Instrucciones de pago para LLOGARAN CASA SL  
El importe será liquidado en la cuenta 12803100001887 que mantiene en BANCAJA (ESP).
5. Oficinas  
(b) La Oficina de LLOGARAN CASA SL para esta Operación es  
(a) La Oficina de CAJA DE AHORROS DE VALENCIA, CASTELLON Y ALICANTE, BANCAJA para esta Operación es VALENCIA
6. Otros términos de la Operación a la que esta Confirmación hace referencia son:  
Ninguno de los dos intervinientes puede transferir ningún derecho u obligación resultado de la presente Operación sin previo consentimiento escrito de la otra Parte.
7. Declaración de Riesgos  
Las Partes declaran ser totalmente conscientes del riesgo de volatilidad inherente a la celebración de esta Operación, cuyo valor de mercado puede variar rápidamente como consecuencia de variaciones en los tipos de interés, tipo de cambio u otros parámetros relevantes de los mercados financieros. También declaran conocer que las obligaciones que surgen de esta Operación requieren una gestión adecuada y una vigilancia constante de la evolución de los mercados financieros y de las posiciones que las Partes examinan en los mismos, para lo cual son necesarios medios y conocimientos suficientes de la operativa de tales mercados.



Cada una de las partes manifiesta que actúa por cuenta propia, y que para celebrar esta Operación ha realizado sus propias decisiones, estimaciones y cálculo de riesgos, así como el análisis pertinente para determinar si esta Operación es apropiada para ella en función de su propio juicio y el de sus asesores, cuando haya considerado oportuno la intervención de éstos. Cada una de las partes manifiesta que no se basa en comunicación alguna (verbal o escrita) de la otra parte como asesoramiento financiero ni ha sido asesorada por la otra Parte sobre las ventajas o conveniencia de realizar esta Operación. En este sentido, la información y explicaciones sobre los términos y condiciones de esta Operación no se considerará como asesoramiento financiero o como recomendación para celebrar la Operación. Ninguna comunicación (verbal o escrita) recibida de la otra parte se considerará como una garantía o compromiso de los resultados esperados de esta Operación.

Rogamos que, en prueba de conformidad con los términos de la Operación contenidos en esta Confirmación, nos devuelvan la copia adjunta debidamente firmada o envíen una carta que refleje los términos esenciales de la Operación a la que esta Confirmación hace referencia, indicando expresamente su conformidad con la misma.

Confirmado el \_\_\_\_\_



Por: \_\_\_\_\_

Atentamente,

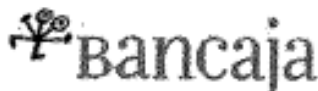


JESÚS ESTRADA TEROL

CAJA DE AHORROS DE VALENCIA,  
CASTELLÓN Y ALICANTE, BANCAJA

Para cualquier duda referente a esta confirmación, por favor contacten con nosotros en el teléfono (34) 963.875.618 ó fax (34) 963.875.778.

28/04/09



BACK OFFICE DERIVADOS OTC'S  
Cardenal Borluchi, 67, 5a planta  
46021 VALENCIA - VALENCIA

☎ 34-963.875.618  
☎ 34-963.875.778

boderivados@bcj.bancaja.com

**AVISO DE DETERMINACIÓN DE TIPO VARIABLE**

Nuestra Referencia: 3891IRS000027301  
Clase de Operación: INTEREST RATE SWAP  
Importe Nominal Inicial: 1.000.000,00 · EUR  
Fecha de Contratación: 13/04/2007  
Fecha de Valor: 12/04/2008  
Fecha de Vencimiento: 12/04/2013

**DATOS CALCULO DE INTERESES:**

	TIPO FIJO	TIPO VARIABLE
Pagador:		BANCAJA
Base de Cálculo:	ACT/360	ACT/360
Moneda:	EUR	EUR
Referencia de Liquidación:		EURIBOR 12 MONTHS
Fecha de Fijación:		08/04/2009
Tipo Interés (%):	4,4500	1,7850
Diferencial:	0,0000	0,0000

**SL PAGA:**

Nominal	Fecha Inicio	Fecha Fin	Días	Fecha Liquidación	Importe
1.000.000,00	14-04-2009	12-04-2010	363	12-04-2010	44.670,83

**SL RECIBE:**

Nominal	Fecha Inicio	Fecha Fin	Días	Fecha Liquidación	Importe
1.000.000,00	14-04-2009	12-04-2010	363	12-04-2010	17.998,75

**DATOS DE LIQUIDACIÓN:**

Fecha Liquidación: 12-04-2010  
LLOGARAN CASA SL: Paga  
Importe: 26.672,08 EUR

El importe será liquidado en la cuenta 12803100001887 que mantiene en Bancaja, en la fecha de liquidación citada, salvo que exista otra operación asociada cuya ejecución pueda modificar