

Idoia MIRA PAGÉS

**ERROR EN EL CONSENTIMIENTO: SWAPS Y
PREFERENTES**

*Trabajo Final de Carrera
Dirigido por
Adolfo LUCAS ESTEVE*

*Universidad Abat Oliba CEU
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES
*Licenciatura en Derecho**

2013

El provecho de uno es el perjuicio de algún otro

Michel de Montaigne

Resumen

La problemática jurídico-social que ha surgido estos últimos años con las permutas financieras y participaciones preferentes ha hecho plantearse si se ha producido un error en el consentimiento contractual con este tipo de contratos. A partir de lo contenido en el Código Civil español y la doctrina, se han analizado los elementos esenciales del contrato, así como, la legislación aplicable a los instrumentos financieros. Con ayuda de la jurisprudencia se ha podido comprobar que en la mayoría de casos llevados a los tribunales en relación a estos contratos en los que se pide la anulabilidad contractual, el fundamento principal se basa en la vulneración de las entidades de crédito de sus deberes legales.

En el presente trabajo queda patente la importancia de enlazar el elemento contractual del consentimiento con la obligación que tienen las entidades de crédito de informar a sus clientes. Por cuanto, la mala formación sobre la realidad contractual que los clientes manifiestan con el consentimiento, pasa sin lugar a dudas por la necesidad de obtener toda la información relevante del contrato. La obligación de información está estrechamente ligada al deber de clasificar a los clientes, ambas son un compromiso legal que tienen las entidades en su función de lealtad empresarial. Las entidades financieras deben clasificar a sus clientes y proporcionales la información y, con más rigor si cabe, en el caso de clientes minoristas.

Por todo lo anterior, vemos que en aquellos casos de clientes minoristas en los que no se ha podido demostrar por parte de las entidades de crédito que se les proporcionó toda la información necesaria, se ha producido un error en el consentimiento. Los clientes no conocían el verdadero alcance de la vinculación ni los costes a los que se había obligado, no cabe duda de que en muchos de los casos de haberse conocido, no hubiesen contratado.

Resum

La problemàtica jurídica-social que ha sorgit aquests darrers anys amb les permutes financeres i les participacions preferents ha fet plantejar si s'ha produït un error en el

consentiment contractual amb aquest tipus de productes financers. A partir del contingut del Codi Civil espanyol i la doctrina, s'han analitzat els elements essencials del contracte, així com, la legislació aplicable als instruments financers. Amb l'ajuda de la jurisprudència s'ha pogut comprovar que en la majoria de casos portats als tribunals en relació a aquests contractes, en els quals, es demana l'anul·labilitat contractual, el fonament principal es basa en la vulneració de les entitats de crèdit dels seus deures legals .

En el present treball queda palesa la importància d'enllaçar l'element contractual del consentiment amb l'obligació que tenen les entitats de crèdit d'informar els seus clients. Així, la incorrecta formació sobre la realitat contractual que els clients manifesten amb el consentiment, passa sense cap dubte per la necessitat d'obtenir tota la informació rellevant del contracte. L'obligació d'informació està estretament lligada al deure de classificar als clients, totes dues són un compromís legal que tenen les entitats en la seva funció de lleialtat empresària. Les entitats financeres deuen per tant classificar els seus clients i proporcionar la informació, amb més rigor si cap , en el cas de clients minoristes.

Per tot això, veiem que en aquells casos de clients minoristes en els quals no s'ha pogut demostrar per part de les entitats de crèdit que es va proporcionar tota la informació necessària, s'ha produït un error en el consentiment. Els clients no coneixien l'autèntic abast de la vinculació ni els costos als quals s'havia obligat , no hi ha dubte que en molts dels casos d'haver conegut la realitat, no haguessin contractat.

Abstract

The legal and social problems that has growing up in recent years about swaps and preference shares. This issue arises if there is and error about the contractual consent of such contracts. In this work, it has been analyzed the essential elements of the contract and the law applicable to financial instruments based on the Spanish Civil Code and the Doctrine. Supporting of case-law, it has been found that in most cases taken to court in relation to these contracts in which is requested the

contractual rescission, the main arguments are based on the infringement of the legal duties by credit institutions.

In this academic work is illustrated the importance of linking the contractual element of consent with the obligation of the credit institutions to inform their customers. Thus, the wrong perception of the contractual reality, which customers show with the consent, undoubtedly goes through the need to obtain all relevant contract information. The requirement to provide all relevant information is closely linked to the duty to classify customers. Both are a legal commitment that entities have in their role of corporate loyalty. Financial institutions must classify their customers and provide them with all the required information; this obligation becomes stronger in the case of retail clients.

Given the above, we note in those cases where credit entities have not been able to demonstrate that retail customers have been provided with all the information needed, it exists a mistake in the consent. Customers didn't know the true extent of this contract neither the costs, which had committed them to pay. There is no doubt in many cases if all the information had been known; they would not have hired such contracts.

Palabras claves / *Keywords*

Elementos del contrato – consentimiento – contratos afectados – permutas financieras – participaciones preferentes – deberes entidades de crédito – error en el consentimiento – anulabilidad.
--

Sumario

Introducción.....	9
1. Contrato como acuerdo de voluntades.....	11
1.1 Concepto y características del contrato.....	11
1.2 Los elementos esenciales del contrato	13
2. Vicios del consentimiento.....	17
2.1 Error en el consentimiento.....	19
3. Nuevas formas de contratación.....	21
3.1 Contratos bancarios.....	22
3.2 Contrato de adhesión.....	22
3.3 Desequilibrio entre las partes.....	23
4. Contratos bancarios afectados.....	26
4.1 Permuta financiera (<i>swap</i>).....	26
4.2 Participaciones preferentes.....	30
5. Deberes de las entidades de crédito.....	34
5.1 Obligación de diligencia y transparencia.....	35
5.2 Obligación de clasificar a los clientes.....	38
5.3 Obligación de informarse acerca de las circunstancias de los clientes	40
5.4 Obligación de informar a los clientes.....	42
6. Soluciones jurídicas.....	48
6.1 Preventivas.....	48
6.2 Civiles.....	49
6.3 Otras.....	52
Conclusión.....	55
Bibliografía.....	57
Anexo I.....	65
Anexo II.....	69
Anexo III.....	73

Introducción

Ante la llegada de una crisis financiera las entidades financieras han utilizado diferentes productos que, sin ser de nueva creación, se han comercializado durante los últimos años de manera masiva a cualquier tipo de cliente. Cronológicamente, podríamos decir que, primero llegaron las permutas financieras (*swaps*) con la finalidad de garantizar beneficios, o mantener el ratio de solvencia de las entidades financieras, que venían peligrar sus recursos.

La depresión económica, que ya se hacía patente, provocó la llegada de otro producto en relación con las necesidades y recapitalización de las entidades de crédito que son las famosas participaciones preferentes. De nuevo, el mismo método, una comercialización generalizada y poco selectiva que ha provocado una gran controversia y que ha planteado muchas dudas sobre el cumplimiento de los deberes de información en la fase precontractual, que las entidades financieras deben para con sus clientes.

Pero, ¿realmente las entidades financieras han ofrecido estos productos (que como veremos más adelante, poco tienen de sencillos) a personas con un perfil inadecuado y sin la suficiente información? ¿Se ha producido en los *swaps* y las participaciones preferentes un error en el consentimiento por la falta de información?

Con este trabajo pretendemos analizar, desde una perspectiva jurídica, la controversia que ha surgido con este tipo de productos financieros y poder dar una respuesta técnica a la pregunta planteada. Para ello, empezaremos buscando la solución en la disciplina del contrato con la intención de situar al lector a partir de la definición del contrato y, poder así, desgranar sus elementos esenciales hasta llegar al consentimiento. Correlativamente estudiaremos los contratos bancarios; su naturaleza y qué significa que sean contratos de adhesión. Como no podría ser de otra manera acabaremos examinando detenidamente los contratos de permuta financiera y las participaciones preferentes.

Nuestro siguiente objetivo será investigar si las entidades financieras han adoptado una postura de comercialización de estos contratos carente de una diligencia debida y una inadecuada información precontractual y, por tanto, averiguar si han vulnerados los deberes que la ley les exige con sus clientes. Para finalizar el estudio, volveremos a la normativa contractual civil, para ver si se puede dar la nulidad de

éstos contratos por un error en el consentimiento prestado por falta de suficiente información y dar algunas soluciones alternativas.

Agradecimientos,

En primer lugar, le agradezco a mi tutor del trabajo Adolfo Lucas Esteve por aceptar dirigir mi trabajo final de carrera, por su confianza, colaboración y apoyo durante todo el estudio.

A Eduardo Cid Climent, letrado experimentado en prodecimientos de permutas financieras y participaciones preferentes. Por su amabilidad y predisposición al entregarme conocimientos en esta materia y su generosidad al facilitarme documentos para guiarme en mi estudio.

A todos aquellos docentes de la Universitat Abat Oliba CEU que gratuitamente me han aportado su granito de arena en mi estudio.

Por último a mis padres y seres queridos, a los que agradezco la paciencia que han tenido, en especial a mi hermana por su apoyo incondicional.

1. Contrato como acuerdo de voluntades

1.1 Contrato

La palabra contrato procede del vocablo *cum traho*, este término se puede traducir en sentido amplio como la relación que nace en base a un acuerdo¹. En la sociedad en la que vivimos es evidente que nadie es autosuficiente lo que provoca que para hacer frente a nuestras necesidades precisamos de relaciones con los demás. La mayor parte de las relaciones económicas que tenemos unos con otros se identifican como intercambios que constituyen la base de lo que los juristas denominan contrato; es decir, el acuerdo en realizar un determinado intercambio de un bien o un servicio cualquiera por otro bien o servicio. Así en principio un contrato es fundamentalmente la expresión jurídica de una operación económica que consiste en acordar un intercambio de bienes o servicios. Es evidente, que durante la vida diaria nadie se detiene a pensar en la vertiente jurídica, por ejemplo, cuando compramos el pan o cuando un amigo nos devuelve el dinero que le habíamos prestado. La inmediata satisfacción de llevarnos el pan a casa o el billete al bolsillo hace que no le demos mayor importancia al contrato celebrado o a su esquema jurídico, dándole la importancia a su simple valoración económica. Es habitual, que al término contrato se le considere como un instrumento dejado a la voluntad de los particulares. La doctrina ha extraído de esta realidad el principio de la autonomía privada, que etimológicamente significa *autonormarse*. Por consiguiente, la expresión jurídica de autonomía privada reconoce a los particulares un amplio poder de autoregularse en sus relaciones patrimoniales. Aunque es evidente, que esta autonomía debe encuadrarse dentro del marco jurídico de nuestro ordenamiento.

Podemos decir, que los contratos son la fuente normal y ordinaria que regula las obligaciones. Sin embargo, el Código Civil español (en adelante CC), no da una definición literal de este concepto. El Libro IV del CC trata de *Obligaciones y Contratos*, donde se establecen un conjunto de reglas que componen lo que suele llamarse teoría general de las obligaciones y contratos. Son un conjunto de normas que suponen una idea abstracta o general sobre estas categorías jurídicas, aplicables a cualquier clase de obligación o de contrato. Concretamente, el contrato, ha sido considerado como la figura que explica toda índole de instituciones jurídicas;

¹ BELTRAN, E. M.; ORDUÑA, F. J.; CAMPUZANO, A. B., *Curso de Derecho Privado*, Valencia, 2012, p. 209 y ss.

desde la creación misma del Estado justificada por el contrato social hasta la figura del matrimonio.

El artículo 1.254 del CC dice: “El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”, no define el contrato pero traza sus confines de manera que puedan identificarse sus notas características. La metodología poco rigurosa o concreta en cuanto a definir conceptos como vemos en este artículo se manifiesta de forma reiterada en la parte contractual del CC. Es por ello, que para ofrecer una definición de contrato, hemos recurrido a autores significativos de la doctrina civilista con el fin de encontrar nuestra propia definición.

Albadalejo entiende que este término se usa principalmente en dos sentidos, uno amplio y otro estricto. En sentido amplio significa negocio jurídico (bilateral o plurilateral) y consistente esencialmente en un acuerdo de voluntades de las partes que lo celebran, en el que se regulan todos los efectos jurídicos que de éste puedan derivar. En este sentido el contrato es sinónimo de convenio o convención jurídica que abarca todo el Derecho Civil. En sentido estricto, se reduce el término contrato al campo del derecho de obligaciones, dándole así, el significado de acuerdo de voluntades de dos o más partes por el que se Crean, modifican o extinguen obligaciones².

En cambio, Lacruz³, hace un uso estricto del artículo 1.254 para darnos tal definición. Simplemente pone de relieve la necesidad de que existan dos o más partes para que entre sí convengan y sobre las que recaigan los efectos del contrato, naciendo entre los interesados, obligaciones y créditos, ya sea en sentido unilateral o de manera recíproca. Con un único requisito para la existencia y, es que, sin una pluralidad de interesados a los que les puedan afectar las consecuencias del negocio no podría identificarse una figura contractual.

Díez- Picazo, por su parte, aporta que: “un contrato aparece por la conjunción de los consentimientos de dos o más personas con la finalidad de ser fuente de obligación entre ellas” Por otro lado, a Kelsen se la atribuye el mérito de haber establecido la

² ALBADALEJO, M. *Compendio de derecho civil*, Madrid, 2007, p. 203.

³ LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho civil*, Madrid, 2000, p. 357.

distinción entre el contrato como el acto que los contratantes realizan y el contrato como norma o el resultado normativo o reglamentario que con ese acto se produce⁴.

La codificación del Derecho privado se caracterizó por el abandono de formalismos y dio paso a la importancia del acuerdo de las voluntades dejado de lado como se plasma dicho acuerdo. Aunque es cierto que todavía hay contratos solemnes que requieren de una forma necesaria y esto ocurre porque la forma asume carácter de elemento esencial o estructural. En cualquiera de los casos, observamos que los autores giran sobre el mismo marco, en el cual, el punto más importante es el acuerdo de voluntades de las partes que celebraran el negocio jurídico y la regulación de todas aquellas obligaciones y efectos que puedan surgir derivadas del propio acuerdo.

Por tanto, podemos definir el contrato como un acuerdo de las voluntades de las partes que van a celebrar un negocio jurídico donde ponen de relieve las obligaciones a las que se asocian y los efectos creados por éstas.

1.2 Los elementos esenciales del contrato

El Artículo 1261 del CC dispone: 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 se establezca. Debemos entender que estos tres puntos no son elementos del contrato entendidos como piezas que componen el negocio jurídico sino que se trata de examinar la estructura o esqueleto del contrato como una parte estática. De modo, que las declaraciones de las partes contratantes deben coincidir en querer lo mismo aunque desde posiciones contrapuestas. El contrato debe recaer sobre algo –el objeto-, pero este algo, no forma parte del mismo contrato, sino que es aquello sobre lo que versa. Y por último, se establece que las obligaciones⁵ del contrato, es decir los efectos que éste genere, deben tener una causa. Como vemos, estos elementos no se dan sueltos, el contrato existirá cuando estén todos en su conjunto, en el contexto de todos los componentes unidos y funcionando. Pero para su mejor comprensión vamos a examinarlos uno por uno.

⁴ DÍAZ-PICAZO, Luís; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid, 2001, p.29.

⁵ ALBADALEJO, ref. 2. p.165

En primer lugar, aparece el consentimiento que está regulado en el artículo 1.262 del CC: “se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato”. Lo que significa, como ya hemos anunciado en el párrafo anterior, que el consentimiento consiste en la concordancia de las declaraciones de voluntad que de las partes que celebran el contrato desde un punto de vista contrapuesto. Si estas declaraciones no se cruzasen habría disenso o desacuerdo, pero no contrato. Un punto importante para prestar consentimiento, o mejor dicho, para que éste sea válido y eficaz es la capacidad de las partes, limitación expresa del artículo 1.263 CC que se extiende a personas discapacitadas y a los menores de edad.

En segundo lugar se regula el objeto que ha sido definido de diversas formas. Así, encontramos tres consideraciones:

1. Objeto como fin. Hay quien dice que todo negocio persigue un fin, o dicho de otro modo, se propone un objeto. Aquí se entiende por objeto el fin del contrato.
2. Objeto como cosa o prestación. Como cosa o prestación sobre la cual versa el negocio jurídico. En este caso, cuando hablamos de una compraventa, es objeto lo vendido (cosa) y lo pagado (precio). Siguiendo con la compraventa, también se denominará objeto, no ya la cosa, sino la prestación a que se viene obligando por razón del negocio jurídico. Así, será objeto de la compraventa la prestación o conducta del vendedor (quien debe transmitir la cosa) y la del comprador (que debe pagar el precio).
3. Objeto como materia de negocio. Se entiende objeto como materia de negocio 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 este caso estamos de acuerdo con la opinión de Albadalejo⁶ que entiende el objeto como materia de negocio. Para él, el objeto requiere una utilidad propia y no que sea repetición de otros (como del de fin). Además, si consideramos el segundo significado, sólo podremos procurarle objeto a aquellos contratos de carácter

⁶ ALBADALEJO, Manuel. *Derecho Civil*, Barcelona, 1996, p. 248.

patrimonial que recaen sobre cosas o prestaciones. De modo, que estamos de acuerdo con la definición más amplia del término. La razón es que en nuestro tráfico jurídico cada día aparecen nuevas formas de contratación y si le damos una definición menos restrictiva al concepto de contrato, podremos incluir aquellos negocios jurídicos nuevos. Sobre todo cuando hablamos, como es el caso, de derecho privado en el que uno de los principios más importantes es la autonomía de la voluntad negocial. De este modo, los nuevos contratos quedarán dentro del amparo de la ley y la teoría general de derecho civil.

Aun con esta última apreciación, no todo puede ser objeto de contrato por eso nuestro Código Civil enumera unos requisitos que sirven como límites: a) El artículo 1.271 nos habla de la licitud de los contratos cuando excluye del ámbito contractual las cosas que están fuera del comercio y, que acuerdo con la expresión procedente del Derecho romano, *res extra commercium*, son todas las cosas que por razones de interés o de orden público, quedan excluidas del tráfico patrimonial o del tráfico oneroso; como son las partes del cuerpo humano, los apellidos, o los títulos nobiliarios, etc. En cuanto a los servicios quedan excluidos todos los servicios que sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres (art. 1.271 del CC). b) Otro de los requisitos es la posibilidad, no podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles según dispone el artículo 1.272 del CC. En este caso, hablamos de una posibilidad física o material de entregar o ejecutar la cosa o el servicio, respectivamente, que sean objeto de contrato. c) En tercer lugar, el artículo 1.273 se refiere a que el objeto debe ser determinado o determinable, aunque el Código habla exclusivamente de las cosas, es igualmente aplicable a los servicios.

En último lugar y siguiendo el orden de la propia ley, encontramos la causa. Causa, que muchos consideran que no es la del contrato en sí, sino que tal como indica el legislador en su redacción, es la causa de la obligación u obligaciones que se establezcan con el mismo. En palabras de Albadalejo “es el punto más discutido en la teoría del negocio jurídico”. Tampoco aquí el legislador ha dado con precisión una definición, pues además, a veces, habla de causa de la obligación (art. 1261.3º) y otras de causa del contrato (art.1275 y ss). Vacilación que no nos sorprende ya que desde los romanos este término ha sufrido diversas variaciones. A pesar de lo interesante que pueda resultar el curso histórico sobre la causa, no es lo que nos atañe en nuestro estudio aunque sí intentaremos dar respuesta a la pregunta: ¿Qué es la causa? a partir de la ley y algunas de las teorías doctrinales modernas al respecto.

El sector doctrinal se divide en la tesis causalista y la anticausalista. A pesar de que dentro de la doctrina causalista no todos están de acuerdo sobre el concepto de causa, pero sí defiende que existe y que es útil. En la concepción causalista encontramos:

- Teoría objetivista de la causa: en la cual no se trata de conocer cuáles sean los móviles que a una persona la impulsan para celebrar un determinado contrato, sino las causas que el derecho determina como válidas y eficaces para cada negocio. De modo que nunca variará, siempre será la misma en cada tipo de contrato. Los puntos centrales de las variantes de la teoría objetiva son; el fin práctico del negocio; la razón económico-jurídica del negocio; y la función que caracteriza a cada tipo de negocio, reconocida por el derecho.

- Teoría subjetivista de la causa: no se trata de tener en cuenta lo que el Derecho señala como causa, sino a la finalidad concreta perseguida por las partes e incorporada al acto como elemento determinante de la declaración de voluntad. En definitiva, la causa no consiste en el fin abstracto y permanente de cada tipo de negocio, sino la finalidad concreta perseguida por las partes en el negocio contemplado en particular.

- Teoría mixta: como síntesis de las anteriores, defienden que las distintas teorías no son contradictorias o incompatibles entre sí, sino que cada una sólo tiene en cuenta un aspecto de la cuestión. De modo que junto al fin que persigue el negocio en abstracto, hay que dar relevancia causal al propósito que indujo al sujeto a alcanzarlo, sobretodo si este propósito se incorpora al negocio como razón determinante de la declaración de voluntad.

En oposición, tenemos la concepción anticausalista. Esta tesis mantiene que, la causa es algo perfectamente inútil, y que el legislador podría haber prescindido de ella sin que nada cambiase. Dichas afirmación la hacen los que contemplan que la causa se confunde con el objeto, en los contratos onerosos y con el consentimiento, en los contratos gratuitos.

El Código Civil por su parte dispone en el artículo 1.274 que: “en los contrato 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”. Esta definición de la ley resulta limitada y, claramente, adopta una visión objetiva de lo que debemos entender por causa. El problema principal es que no abarca aquellos tipos de contratos en los que sólo una de las partes tiene obligación hacia la otra y además, no tiene en consideración lo buscado por las partes.

Si entendemos la causa como un elemento abstracto y objetivo, ¿cuándo se podrá dar un caso de nulidad contractual por causa ilícita? De modo, que la objetivación de la causa no puede llevarse a sus últimas consecuencias. El artículo 1.275 del CC, abre una puerta a la subjetivización cuando dispone que: “los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”. El artículo 1.275 pretende que la función socioeconómica de la causa, no excluya de forma necesaria la valoración del fin práctico perseguido por las partes. De manera, que está dando entrada a que en determinados casos se pueda valorar la causa desde una perspectiva subjetiva, además, de la objetiva. Gracias a este precepto, la jurisprudencia se ha acogido reiteradamente a los aspectos subjetivos de la causa cuando el fin práctico perseguido por los contratantes es contrario a las leyes o a la moral.

Hasta el momento, hemos visto los elementos esenciales del contrato, sin los cuales no existiría porque constituyen un aspecto básico del mismo. Pero los contratos, pueden tener elementos naturales y accidentales. Son elementos naturales los que acompañan al contrato pero que pueden separarse del mismo por un acto de voluntad y sin que resulte afectada su existencia. Por ejemplo, el contrato de mandato (regulado en el artículo 1.711 CC) se supone gratuito pero ese elemento puede cambiarse mediante pacto de las partes, convirtiendo el mandato en oneroso. Los elementos accidentales son aquellos que no acompañan normalmente al contrato pero que pueden ser incorporados al mismo por un acto de voluntad expreso de las partes. Los elementos accidentales son: la condición, el término o plazo y el modo⁷.

2. Vicios del consentimiento

⁷ MEDINA, Manuel. *Derecho civil II: Obligaciones y contratos*, Madrid, 2004, p. 285.

Al hablar del concepto de contrato decíamos que se trata de un acuerdo de voluntades, esto es de dos consentimientos que coinciden. 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 contractual. Una vez concluido ese proceso interno, se hace necesario exteriorizar de algún modo esa voluntad y es lo que se denomina declaración. Se podría distinguir de la voluntad propiamente dicha (la interna) y la exteriorización de esa. En consecuencia, si durante el proceso de formación de la voluntad ha intervenido un elemento perturbador (vicio, cuya intervención el Derecho lo considera inadmisibles) que ha provocado una discordancia entre la voluntad realmente querida y la declarada, parece lógico concluir con un posible contrato anulable. En este punto trataremos el consentimiento y los vicios de la formación de la voluntad que se denominan vicios del consentimiento.

El CC insiste, en varias ocasiones, en que el contrato existe desde que varias personas consienten en obligarse (artículo 1.254 CC) que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento (artículo 1.258 CC) y que el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato (artículo 1.262 CC). El término consentimiento deriva de la palabra latina *sentire cum*, sentir con, un sentir junto, quizás la forma más profunda de querer la misma cosa. 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 conscientemente. 4) Declaración expresa o tácita de la voluntad. Debe haber una concordancia entre la voluntad contractual y la voluntad declarada⁸.

El CC en el artículo 1.265 matiza que “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.

⁸ CONCEPCIÓN, José Luis. *Derecho de contratos*. Barcelona, 2003, pág. 300.

La violencia se caracteriza por el empleo de la fuerza, y la intimidación por la existencia de un miedo o temor nacido de una amenaza⁹. La violencia y la intimidación están reguladas en el artículo 1.267 del CC: “Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible”. Por tanto, no es necesario que sea el otro contratante quien haga uso de la violencia, para que ésta vicie el consentimiento. La coacción empleada puede ser física (fuerza bruta y material que excluye por completo la voluntad y la persona se convierte en un instrumento para firmar) o puede ser, que la coacción sea psicológica (similar a la intimidación) es decir, sin sustituir la voluntad, la fuerza contribuye a que la voluntad no se manifieste libremente. Hay autores que dudan si en el primero de los casos, sobre la coacción física, realmente hay un vicio en el consentimiento, o bien, una existencia absoluta de éste. En el párrafo segundo del artículo 1.267 del CC, dispone que hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes en un temor racional y fundado de sufrir un mal eminente y grave en su persona o sus bienes, así como, de su cónyuge, descendientes o ascendientes. Además, indica que para calificar la intimidación debe atenderse a la edad y a la condición de la persona. El artículo añade que el temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto (temor reverencial) no anulará el contrato. Por tanto, las características constitutivas de la intimidación son; por un lado, la amenaza y por otro, la creación de un estado de temor producido por ésta. La amenaza debe ser hecha contra derecho, es decir, el mal con el que se amenaza no debe provenir del ejercicio de un derecho en forma correcta y no abusiva.

El dolo civil distinto del dolo penal, está regulado en el artículo 1.269 del CC que dice: “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”. Por tanto, la esencia de dolo *in contrahendo* radica en el engaño causado por la conducta de una de las partes a la otra. Aquí sí es necesario que la conducta maliciosa sea por parte de otro de los contratantes. Se excluye el dolo de un tercero. El artículo 1.300 del CC, nos 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, de acuerdo con el artículo 1.270 del CC, el dolo deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes.

⁹ DÍAZ-PICAZO, ref. 4. p.56.

Es necesario destacar dos cosas: primero, que es la jurisprudencia quien se encarga de enumerar las causas que permiten la impugnación del contrato en cada caso concreto (lo hace con gran cautela y en algunos casos de manera excepcional) y; segundo, que la ley habla de nulidad, pero en realidad se trata de anulabilidad con un plazo de 4 años a partir de la consumación del contrato en este caso. Si fuese nulidad no habría plazo alguno.

2.1 Error en el consentimiento

El error obstativo provoca una discrepancia entre inconsciente entre la declaración y la voluntad. Los ejemplos más frecuentes son el *lapsus linguae o calami*, decir o escribir, una palabra distinta a la deseada¹⁰. Diferenciándose del error vicio, en cuyo caso coinciden la declaración y la voluntad, pero esta última se formó anormalmente por haber creído el sujeto algo que no correspondía con la realidad, y tal voluntad no se habría formado de haber conocido la verdad.

En términos jurídicos, el error vicio supone una falsa representación de la realidad que vicia o corrompe, el proceso formativo de ese querer interno que es previo a la declaración de voluntad y que opera como requisito para la realización del contrato. Esto significa, que de haberse conocido exactamente la realidad fáctica, no se hubiera querido la realización del negocio jurídico, o se hubiera querido de otra manera. De ahí, que la formación de la voluntad y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige haber adquirido plena consciencia de lo que significa el contrato, los derechos y las obligaciones que ello conlleva. Confiriendo una importancia relevante a la negociación previa o fase precontractual. Fase en la que cada uno de los contratantes debe poder obtener toda la información necesaria para valorar convenientemente cuál es su interés en el contrato y actuar en consecuencia. De tal manera, que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona, lo haga convencido de que los términos responden a su voluntad y es plenamente conocedor de aquello a lo que se obliga.

El artículo 1.266 del CC detalla un poco más las circunstancias para que el error invalide el consentimiento. El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando las condiciones personales de ésta hubieran sido tenidas en cuenta de modo principal para la celebración del contrato, es decir, que no da lo mismo una persona

¹⁰ ALBADALEJO, ref. 6. p.200

que otra, como puede ser el caso de un pintor por sus características especiales. En el caso del simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección.

En la tradición jurídica no ha habido dificultad en apreciar el error de hecho como vicio del consentimiento que invalida el contrato. Por el contrato, no ocurría lo mismo al hablar de error de derecho, por entender que su admisión supondría una quiebra del principio de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento. Hoy en día se admite y el Código Civil lo contempla en el artículo 6, número 1 y 2. Hay error de derecho, cuando la voluntad o la discrepancia entre ésta y la declaración es determinada por ignorar, por no conocer exactamente o por una mala interpretación de las leyes o normas. Ahora bien, en el caso que nos ocupa, nos interesa el error vicio, por que el que yerra en los contratos que estudiaremos no se propone eludir la ley, sino que ha dado su consentimiento ignorando la realidad e intenta exclusivamente evitar los efectos jurídicos del contrato celebrado al sufrir el error.

Por último, para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia que sea objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo (artículo 1.266 CC). Es decir, relevante en función del objeto y cualidades especialmente tenidas en cuenta, de modo principal y no accesorio, para efectuar la contratación o el consentimiento. Por tanto, que quedan excluidas todas las circunstancias que sean accesorias o que carezcan de importancia en la celebración del contrato. Además, el error debe ser excusable, o lo que es lo mismo, que la persona que lo padece debe acreditar que empleó la diligencia debida y que a pesar de ello, no pudo evitar caer en la equivocación. Respecto a este último precepto, cabe decir, que la doctrina y la jurisprudencia (STS del 12 de noviembre de 2010) aportan un desarrollo más riguroso para que el error invalide el consentimiento. Finalmente, debe existir un nexo de causalidad entre el error y la celebración del contrato. Si el contrato si hubiera celebrado de todos modos y en las mismas circunstancias el supuesto de error quedaría excluido¹¹.

3. Nuevas formas de contratación

¹¹ MEDINA, ref. 7. p.28

El contrato que regula el CC es aquel en el que dos partes, en condiciones de igualdad, manifiestan libremente su decisión de vincularse entre si, después de un proceso de negociación que sigue el sistema de la voluntad de las partes. Es cierto que este modelo de contratación sigue dándose con frecuencia en nuestras vidas, el desarrollo de la contratación en masa y la creciente intervención del Estado en la economía ha supuesto el desarrollo de nuevas formas de contratación que se caracteriza; bien porque las partes no son libres de contratar, sino que se ven obligadas a ello por la Ley (contratos forzosos); bien, porque el contenido del contrato, una vez que las partes deciden celebrarlo, viene predispuesto total o parcialmente por la Ley (contratos reglados o normados); o bien, porque las partes no se hallan en una situación de igualdad a la hora de negociar las condiciones del contrato; en este ultimo caso, se habla de “contratos de adhesión” o de “contratos con condiciones generales”. Estas formas de contratación, deterioran o anulan, las negociaciones de la fase precontractual y restan importancia a una de las partes, que se convierte en débil u obligada. Todo esto supone que se suscriban contratos con escasa información, con letra pequeña y en algunos casos realmente complejos.

3.1 Contratos Bancarios

La doctrina está dividida a la hora de definir el contrato bancario. Por un lado, tenemos la doctrina subjetivista que no admite una noción genérica de contrato bancario. Por otro lado, tenemos la corriente objetivista o funcional, que defiende que es contrato bancario, todo aquél que se celebra con causa de financiación o inversión. Es decir, aquél que se integra en la función de asistencia crediticia o financiera, siendo indiferente que una de las partes tenga, o no, reconocimiento de empresa bancaria. En fin, quizá la terminología más adecuada sería contrato financiero, dejando de lado que una de las partes sea un banco y dando relevancia al contenido del contrato en si mismo.

A pesar de las opiniones doctrinales, y haciendo usos de términos sencillos podemos afirmar 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 financieros¹². No se encuentran regulados en el Código de Comercio, a pesar de que son contratos mercantiles, por lo que se trata, en consecuencia, de contratos atípicos cuyo contenido queda al arbitrio de las partes.

¹² JIMÉNEZ, Guillermo, *Los contratos bancarios*, Madrid, 2013, p. 156 y ss.

Sin embargo, deben respetar la legislación existente en materia de consumidores y usuarios, además, de la normativa especial sobre el mercado de valores. Las entidades financieras han particularizado muchos de sus productos o servicios, para facilitar la comercialización, en contratos bancarios con la tipología de contrato de adhesión.

3.2 Contrato de adhesión

Cuando hablamos de contrato de adhesión hacemos referencia a aquellos contratos que se caracterizan porque su contenido viene total o parcialmente predispuesto de forma unilateral por una de las partes (en nuestro caso las entidades financieras) y que será de aplicación con carácter general a todos los contratos que celebre en el ejercicio de su actividad. De tal manera, la otra parte (normalmente un consumidor o usuario) no puede evitar aceptar las condiciones predispuestas si desea obtener un bien o un servicio. En general, se entiende que el contrato de adhesión es válido, ya que, cualquier otra opción supondría la paralización del mercado, y sería imposible el tráfico económico actual sin este tipo de contratos, que favorecen la simplicidad y la rapidez¹³.

Sin embargo, el uso de este modelo contratación, implica unos riesgos importantes para los destinatarios (consumidores), cuya libertad de decisión o negociación, queda mermada. Únicamente, les queda libertad de aceptar o rechazar la oferta, incluso en ocasiones, no se da siquiera tal libertad. Por tanto, una de las características inherentes a los contratos de adhesión es el desequilibrio existente entre los contratantes. Una de las manifestaciones más importantes de este desequilibrio consiste en la diferencia de conocimientos de ambas parte, ya que, el predisponente (banco) de las condiciones generales dispone de determinados datos de los que carece el adherente. Además, la redacción de estos contratos pocas veces se lee e incluso a veces llega a ser ilegible por su minúsculo tamaño.

Así, ocurre en casos de determinados productos y servicios considerados de primera necesidad o en situaciones de monopolio de hecho, que el consumidor no tiene más remedio que aceptar estos contratos adhesivos. También ocurre cuando hablamos de productos financieros convertidos para su comercialización en contratos de

¹³ DÍAZ-PICAZO, ref. 4. p.73.

adhesión. Este tipo de contratación se ha venido repitiendo cuando hablamos de permuta financiera y participaciones preferentes.

3.3 Desequilibrio entre las partes

La naturaleza de estos tipos de contratos redactados de carácter unilateral, provoca situaciones de desigualdad y desequilibrio entre las partes. Atrás queda, esa noción de contrato donde había un tiempo para la negociación de cláusulas, pagos, intereses o plazos. Se rompe el esquema de igualdad de partes.

A fin de paliar o superar este desequilibrio el oferente se convierte en deudor de una obligación de información cuyo acreedor es el adherente a las condiciones generales. Por ello, el obligado a informar debe prestar a la otra parte toda la información o datos de interés para que el adherente pueda llegar a emitir su consentimiento, es decir, la aceptación de la oferta correctamente. Las informaciones suministradas muchas veces son insuficientes, cabiendo la posibilidad de anular el contrato por la teoría general de los vicios del consentimiento.

A pesar de esto, todo contratante debe observar una determinada diligencia tendente a que sus intereses no se vean perjudicados. En lo que respecta a la información, deberá solicitar al predisponente todas las precisiones que estime necesarias sobre las obligaciones que va a sumir antes de aceptar el contrato. Si omite este deber de informarse puede incurrir en negligencia por lo que después no podrá alegar su propio desconocimiento. En los contratos basados en la confianza, la diligencia que debe tener el adherente es la media, es decir, la de un buen padre de familia. Este *bonus pater familias* no debe quedar a la espera de que le entreguen toda la información, dentro de un marco de relaciones de confianza, puede legítimamente esperar que su contraparte le suministrará una información veraz y completa.

Tampoco se incurrirá en negligencia cuando exista una imposibilidad de informarse y esta imposibilidad puede ser objetiva o subjetiva. La objetiva se base en que según la naturaleza de algunos contratos, uno de los contratantes se enfrenta a tales obstáculos que le es objetivamente imposible informarse sobre la prestación del otro contratante. Así sucede en aquellos contratos en que la parte estipulante conoce perfectamente el alcance del contrato mientras que su contraparte no puede

verificar las cualidades de las mismas más que por un examen superficial (y, por tanto, insuficiente) durante los tratos preliminares. Lo que provoca un desequilibrio manifiesto de conocimientos entre los contratantes. En concreto, podrá existir imposibilidad objetiva en función de la complejidad técnica de un bien o de la especialización de un servicio. También puede nacer debido a que sólo una de las partes puede conocer los datos de que se trate, dada su proximidad a la fuente de información.

En cambio, la imposibilidad es subjetiva cuando resulta de un estado de inferioridad de uno de los contratantes ya sea en razón de su inexperiencia, de su edad o de su incapacidad. Debe interpretarse el término de *imposibilidad* de una forma laxa y no entenderlo como una dificultad seria de hacerlo pero que comporta que la ignorancia del acreedor de la obligación de información sea excusable, pudiendo esperar razonablemente de la otra parte las informaciones necesarias para la conclusión del contrato. Más aún cuando la otra parte sea un banco y el estipulante de condiciones en contratos de adhesión, lo cual supone que su diligencia para con sus clientes sea superior a la media¹⁴

Los estipulantes (entidades financieras) imponen o dictan contratos con condiciones generales que frecuentemente el consumidor no llega a conocer ni a leer antes de la aceptación. En ocasiones, llevan incorporadas cláusulas llamadas abusivas u oscuras, que añaden las propias entidades financieras y que suponen un perjuicio para sus clientes. Cuando hablamos en un entorno financiero, la situación se ve acentuada por el riesgo patrimonial que llevan asociado estos contratos y, por el desconocimiento que la población tiene ante este tipo de contratos/productos.

Pero, ¿qué son las condiciones generales de contratación y las cláusulas abusivas? La Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), pretendía entre otras cosas, dar una distinción entre éstos dos conceptos. Así, en el artículo 1 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".¹⁵ Mientras que las cláusulas abusivas, actualmente, están reguladas en el artículo 4 de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios como:

¹⁴ LLOBET, Josep, *El deber de información en la formación de los contratos*, Madrid, 1996, p.112.

¹⁵ 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.

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.¹⁶

De manera, que una cláusula abusiva puede tener o no, el carácter de condición general, aunque siempre estará integrada dentro del ámbito propio de los contratos con consumidores. Entendiendo por consumidor o usuario “ las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional” de acuerdo con el artículo 3 de RDL 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la LGDCU y que en la Exposición de motivos se precisa y acota más el término, al añadir que “intervienen en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa ni indirectamente, en proceso de producción, comercialización o prestación a tercero”.¹⁷

En este sentido, sólo cuando exista un consumidor frente a un profesional operará la lista de cláusulas abusivas contractuales de la Disposición adicional primera apartado seis de la LCGC, que ya se recogía en el anexo de la propia Directiva 93/13/CEE del Consejo. En consecuencia, dicha lista no operará cuando se celebre un contrato entre dos profesionales.

Los contratos que vamos a estudiar a continuación, a pesar de entrar dentro del ámbito de aplicación y de haberse vulnerado, por parte de las entidades financieras, sus normas imperativas, son pocos los procedimientos en los que se acude a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación o a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios. No es por una cuestión de arbitrariedad, sino porque el problema se ha llevado a los tribunales por la vía más radical que son los vicios del consentimiento y por tanto, asunto se ha planteado en un terreno muy distinto a la LCGC. Pero, además, la existencia de una norma especial sobre la contratación de instrumentos financieros, la cual, resulta más rigurosa y exigente sobre la protección del cliente bancario como es la Ley de Mercado de Valores (sobre todo, después de

¹⁶ 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, págs. 46601 a 46611.

¹⁷ ESPAÑA. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) y otras leyes complementarias. Boletín Oficial del Estado, 30 de noviembre de 2007, núm. 287.

ser modificada por la Ley 47/2007 y la entrada de a normativa MiFID), ha hecho que no se haya precisado recurrir a la LCGC.

4. Contratos bancarios afectados

4.1 Permuta financiera (swaps)

El contrato de *Swap* (intercambio) también llamado IRS (*Interest Rate Swap*) en la práctica bancaria, permuta financiera, clip, Bono clip, cuota segura, contrato de cobertura de hipoteca o cobertura de tipos entre otros¹⁸. Este contrato surgió a principios de 1980, Salomon Brothers, quien descubrió la manera para que IBM¹⁹ y el Banco Mundial en el comercio o en el intercambio, pudieran pagar en diferentes monedas²⁰. Aunque quizá la operación que sirvió de catalizador en el mercado fue la realizada en 1982 por el Deutsche Bank²¹. Posteriormente, se utilizaría para posibilitar a las empresas la mejora de su financiación evitando en lo posible las pérdidas que pudieran padecer debido a las modernas y frecuentes fluctuaciones de los tipos de interés.

Las permutas financieras están bajo el ámbito de aplicación de la Ley del Mercado de Valores. El artículo 2.2 de la citada ley califica a este tipo de permutas como instrumentos financieros. La doctrina considera este tipo de contrato como un negocio mercantil atípico. Los contratos atípicos son aquellos para los que el legislador no ha previsto regulación específica, hecho que no impide que las partes en uso de su autonomía y dentro de los límites que impone el artículo 1.255 del CC puedan celebrarlos²². Esta permuta consisten en intercambiar obligaciones y su

¹⁸ v. anexo I, Contrato de Clip (permuta financiera).

¹⁹ INSTITUTE FOR BUSINESS VALUE (IBM). [En línea]. Disponible en Web: <<http://www-05.ibm.com/services/es/qbs/consulting/ibv/?lnk=fcm-iibv-eses>> [consulta: 4 de octubre de 2013]

²⁰ CLARK, Kim. *Inventor of the "swaps" Blames Regulators for Financial Crisis*. [en línea] 2004. US News. <<http://www.usnews.com/education/articles/2009/01/05/manager-of-yale-endowment-funds-blames-regulators-for-financial-crisis>> [consulta: 4 de octubre de 2013.]

²¹ LAMOTHE, Prosper; SOLER, José Antonio, *Swaps y otros derivados OTC en tipos de interés*, Madrid, 1996, p. 120.

²² ROGEL, Carlos, *Derecho de Obligaciones y contratos*, [s.l.], 1999, p. 100. Para dar solución al asunto de los contratos atípicos se han propuesto tres teorías fundamentales: La primera se basa en la llamada absorción, que consiste en buscar cual es la parte más dominante y buscar a qué contrato típico se parece más y aplicar entonces la normativa de éste. La segunda, es la combinación, en la que se aplica el conjunto de preceptos que resulte de combinar los aplicables a cada a cada uno de los típico. Por último, tenemos la llamada aplicación analógica, en la que el contrato atípico debe someterse a la regulación que, para el supuesto concreto que sea, se

causa real es la gestión y/o transmisión de un riesgo (financiero, crediticio o de seguros), pero nosotros nos vamos a centrar en la permuta financiera.

Es un contrato esencialmente bancario y mixto, por tanto, resulta de carácter mercantil para la entidad financiera y civil para los clientes. Otra de sus características importantes es que es un contrato consensual o lo que es lo mismo, se perfecciona con el simple consentimiento de las partes. Además de ser; bilateral, oneroso, de tracto sucesivo, de duración determinada y lícito al amparo del artículo 1255 CC y 50 del Código de Comercio. Pero, en cuanto a sus características propias, debemos destacar que:

- i) Constituyen un instrumento financiero derivado²³.
- ii) Tiene carácter de producto complejo y de alto riesgo. Característica, que la jurisprudencia declara de forma unánime y no por una cuestión de arbitrariedad de los jueces, sino porque así lo dice el artículo 79 bis.8.a) de la Ley de Mercado de Valores, mediante el sistema enrevesado del no considerarlos como no complejos: “No se considerarán instrumentos financieros no complejos... los instrumentos financieros señalados en el apartado 2 a 8 del artículo 2 de esta ley” cuyo citado precepto incluye las permutas financieras de tipos de interés. En segundo lugar, por que al hacer un estudio de las sentencias, vemos que dicha característica viene incorporada en la propia definición del contrato. Y en último lugar, por que así lo corroboran las sentencias al analizar en caso concreto. Así, a modo de ejemplo, vemos la SAP Valencia (9ª) de 6 de octubre de 2010:

No puede ser tildado de sencillo en su comprensión para tal perfil de cliente – el minorista- tanto por el lenguaje técnico financiero empleado como por su propio contenido con un complejo entramado, en apartados tan esenciales como los temporales, al concurrir fecha de cobertura, fecha de comercialización, fecha de inicio de producto y fecha de vencimiento; la multiplicidad de tipos de interés en juego a efectos de liquidaciones y a una complicada, amén de vaga e imprecisa regla de cancelación

- iii) Es un contrato principal y autónomo de modo que no es necesaria su vinculación con otra operación o contrato, existe por sí solo. Aunque se han

obtenga de los principios generales del Derecho que se aplicaría a otros contratos que sean afines al atípico.

²³ ZAMORANO, S, *El contrato de swap como instrumento financiero derivado*, Zaragoza, 2003, p.36.

comercializado como si fueran complementos de otros contratos (préstamos, etc.).

- iv) Es un contrato de adhesión con condiciones impuestas por las entidades financieras.
- v) Es un contrato aleatorio. El término de aleatoriedad y el carácter especulativo se debe a la gran variabilidad de los tipos de interés y de cómo evolucionen, de modo, que los resultados económicos puedan ser beneficiosos o perjudiciales para las partes. Al examinar las sentencias se llega a la conclusión que las ventajas obtenidas por los clientes cuando suben los tipos de interés son mucho menores que las ventajas obtenidas por el banco cuando bajan. Es en este punto donde se pone de relieve el alto riesgo que supone este producto. Algunas de las sentencias ven aquí el desequilibrio entre las partes que se ve agravado por lo que podríamos llamar desigualdad informativa en cuanto a la previsión de bajada de los tipos de interés que conocían o debería haber conocido las entidades de crédito.
- vi) Por último, debe distinguirse de un contrato de seguro, sobretodo por la ausencia del elemento definidor del mismo como es el pago de una prima²⁴.

Este tipo de permuta financiera, en su modalidad de tipos de interés, de acuerdo con la sentencia de la Audiencia Provincia de Oviedo, Sec.1ª, de 4 de abril de 2011 (Fundamento de Derecho 3, en adelante FD), se puede definir como:

El acuerdo que consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nacional), los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés, (aunque no son tales en sentido estricto, pues no hay en realidad acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato y más concretamente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o viceversa, acreedor.

SAP Zaragoza (5ª) de 20 de junio de 2011 (FD 4):

“las definiciones suelen coincidir en calificarlo como un contrato o transacción financiera mediante la cual las partes (algunos autores las identifican como “banco” y “cliente”) intercambian flujos de caja (pagos y cobros) determinables con arreglo a unos

²⁴ MERCADAL, Francisco; Hernandez, Gabriel, *La comercialización de swaps de tipos de interés por las entidades de crédito*, Barcelona, 2012, p.45.

parámetros objetivos; y que en las “permutas de intereses” se calculan sobre una cantidad invariable, denominada “nocional” (algunos hablan de “nominal”), que no es objeto de entrega, sino que funciona como referencia de cálculo, de tal manera que sobre ese “nocional” se aplican tipos de intereses distintos, generalmente “fijo contra variable” , durante un determinado período de tiempo”.

En suma, puede afirmarse que las permutas financieras²⁵ consisten en un acuerdo entre dos partes que se comprometen a intercambian pagos periódicos de intereses nominados en la misma moneda (también existe el *swap* de divisas) y calculados sobre un mismo principal o nocional, que no se entrega en el inicio sino que sirve como referencia para calcular los intereses estipulados a cada parte. Normalmente una de las partes toma como referencia el tipo variable del euribor (Banco), y la otra, un tipo fijo ya establecido (cliente). En la práctica, esto se traduce en que, cuando el euribor está alto es el cliente quien recibe las cantidades, pero si el euribor descende es el cliente quien le ha de pagar al banco, cantidad que aumenta cuanto más baje el euribor. Por tanto, el resultado positivo o negativo depende del comportamiento del índice elegido que, en nuestro caso, son tipos de interés. Con estipulaciones como ésta, queda demostrado el alto componente especulativo y el elevado riesgo que tienen estos contratos. Del mismo modo, ocurre con los derivados, en las operaciones bursátiles.

Finalmente, las cantidades de liquidación se determinan mediante una fórmula establecida por la entidad, y el resultado o saldo final, se obtiene por compensación, es decir, de restar los saldos respectivos entre las partes. Esta fórmula para el cálculo de los *swaps* junto con la fórmula de cancelación anticipada, son dos fórmulas incomprensibles para una persona neófito en este tipo de contratos o instrumentos financieros. Esto significa que sólo una persona versada en la materia es capaz de comprender el origen de las cantidades utilizadas para el cálculo. La consecuencia de ello, es que, el cliente no sabe ni de dónde ni cómo se calculan las liquidaciones que lo declararan deudor o acreedor.

El principal problema surgido con estos contratos, radica en que no se ofrecía el producto explicando todas sus características definitorias²⁶. Es más, en muchas ocasiones se omitía muchos de los puntos más importantes para entender y comprender qué es una permuta financiera. En otras ocasiones, se vendía como un

²⁵ DÍAZ, Emilio, *Contratos sobre tipos de interés a plazo (FRAS) y futuros financieros sobre intereses*, Madrid, 1993, p. 66.

²⁶ v. anexo II, características del producto Clip (permuta financiera).

seguro, o bien, se ofertaba como una cobertura o protección frente a las subidas de tipos de interés. Para hacer más creíble la función protectora se ofrecía en relación con otro contrato (llamado principal) de financiación e indicaban que el contrato de permuta financiera compensaría los riesgos o el coste del principal²⁷. Ha quedado demostrado que no es así, ya que el contrato de permuta financiera es totalmente autónomo e independiente.

4.2 Participaciones preferentes

En primer lugar, cabe hacer un comentario en cuanto al término de participación preferente, ya que de primeras puede inducir a confusión. Normalmente, entendemos una participación en sentido societario pero las participaciones preferentes no atribuyen a su titular los derechos típicos del socio empresarial. Por el contrario, sí se encuentran similitudes en cuanto a las obligaciones relacionadas con las pérdidas o el riesgo patrimonial del emisor. Además, este tipo de participaciones no incorporan ningún derecho, que en rigor, pueda calificarse como preferente. Para el nacimiento de tal derecho requiere tres presupuestos que, de facto, son de imposible o excepcional coincidencia: que tuviese lugar la liquidación patrimonial de la entidad de crédito, que en el seno de la misma hubiese patrimonio suficiente para pagar la totalidad de los créditos contra ésta (incluso los subordinados) de cualquier clase y rango que sean, así como para pagar todos los créditos contra la sociedad dominante del grupo o subgrupo consolidable al que pertenezca la entidad de crédito emisora de las participaciones preferentes y, por último, que una vez realizados los pagos anteriores, el patrimonio residual de la entidad de crédito liquidada fuese suficiente para atender el nominal representado por las participaciones preferentes. Dicho lo anterior, parece que preferente, en este caso, significa ser el penúltimo en cobrar²⁸.

El Banco de España da la siguiente definición de participaciones preferentes:

También denominadas acciones preferentes, son un instrumento de deuda emitido por una sociedad que no otorga derechos políticos al inversor, ofrece una retribución fija (condicionada a la obtención de beneficios) y su plazo es ilimitado, aunque el emisor se

²⁷ GARCÍA, Bernardo, *Nulidad de los contratos swap en la jurisprudencia*, León, 2011, p. 40.

²⁸ ALONSO, F.J. "Participaciones preferentes y clientes minoristas de entidades de crédito" [en línea]. La Ley Digital. 17 de diciembre de 2012 núm. 7875. <<http://digitum.um.es/jspui/bitstream/10201/29513/1/Participaciones%20preferentes%20y%20clientes%20minoristas.pdf>> [consulta: 5 de noviembre de 2013]

reserva el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor (en el caso de las entidades financieras, el Banco de España). Aunque generalmente se dirigen a inversores institucionales, cuando se comercializan entre clientes particulares, estos deben valorar muy bien su rentabilidad real, teniendo en cuenta las dificultades que pueden encontrar para liquidarlas (obtener la devolución del nominal) y el bajo derecho de prelación (orden de preferencia en el cobro en caso de quiebra de la entidad), que solo supera al de las acciones ordinarias. En el pasado eran emitidas por filiales instrumentales radicadas en el extranjero -fundamentalmente centros offshore para aprovechar ventajas fiscales-, pero desde 2003 está regulada su emisión desde territorio español.²⁹

Por otro lado, la Comisión Nacional del Mercado de Valores ha indicado sobre este producto que:

Son valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho a voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada. Se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido.... Las PPR no cotizan en Bolsa. Se negocian en un mercado organizado...No obstante, su liquidez es limitada, por lo que no siempre es fácil deshacer la inversión...³⁰

La actividades de las entidades oferentes de las participaciones preferentes están sujeta a lo dispuesto la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores³¹, que tiene por objeto como queda regulado en su artículo 1, la regulación de los sistemas de negociación de instrumentos financieros, por lo que, a tal fin establece los principios de su organización y funcionamiento, así como las normas relativas a los instrumentos financieros objeto de su regulación y a los emisores de esos instrumentos. En la letra h) de su artículo 2 se incluye como valores negociables las participaciones preferentes emitidas por personas o entidades públicas o privadas.

Siguiendo el mismo esquema que hemos seguido para las permutas financieras, enumeraremos las características más importantes del producto, en este caso, las participaciones preferentes. Estas particularidades de las participaciones están

²⁹ BANCO DE ESPAÑA. BANCO DE ESPAÑA EUROSISTEMA. [En línea] 2010. Disponible en Web: <http://app.bde.es/atz_www/jsp/webSearch.jsp?acceso=bde&idioma=es&tipo=glosarioGen&T5=RELEVANCE&T1=preferentes#> [consulta: 10 de Noviembre de 2013.]

³⁰ COMISION NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES. Portal del Inversor. [En línea] 2009. Disponible en Web: <<http://www.cnmv.es/PortalInversor/section.aspx?hid=171>> [consulta: 10 de noviembre de 2013.]

³¹ La Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, sufrió una modificación por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que deja los mencionados artículos con la misma redacción.

reguladas en Disposición Adicional segunda (D.A.2ª) de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros³² que otorga los siguientes requisitos:

- i) En primer lugar, los tenedores de las participaciones preferentes tendrán derecho a una remuneración. Esta remuneración se puede cancelar discrecionalmente por acuerdo del Consejo de Administración o por acuerdo del Banco de España cuando no se cumpla con los requisitos mínimos de solvencia o de recursos propios.
- ii) Las participaciones preferentes tienen un carácter perpetuo, aunque el emisor podrá acordar la amortización anticipada a partir del quinto año desde su fecha de desembolso, previa autorización del Banco de España, que sólo la concederá si no se ve afectada la situación financiera ni la solvencia de la entidad de crédito. A estos efectos, la ley contempla que el Banco de España podrá condicionar su autorización a que la entidad sustituya las participaciones preferentes amortizadas por elementos de capital computables de igual o superior cantidad.
- iii) Cotizan en mercados secundarios organizados.
- iv) No otorgan derechos políticos salvo en supuestos excepcionales que deben indicarse en las condiciones de emisión, ni tampoco proporcionan derechos de suscripción preferente.
- v) En los casos de liquidación o disolución de la entidad emisora, las participaciones preferentes darán derecho a obtener exclusivamente el reembolso de su valor nominal junto con la remuneración devengada y no satisfecha, que no hubiera sido objeto de cancelación, y se situará, a efectos del orden de prelación de créditos, inmediatamente detrás de todos los acreedores, subordinados o no, de la EC emisora o de la entidad dominante del grupo o subgrupo consolidable y delante de los accionistas ordinarios y, en su caso, de los cuota partícipes.
- vi) Los tenedores de las participaciones preferentes participan de la absorción de las pérdidas de la entidad emisora. Debe indicarse que las participaciones preferentes tienen jurídica y contablemente, en los balances de la entidad que las emite, una función eminentemente

³² Las participaciones preferentes se introdujeron en la Ley 13/1985 gracias a la Ley 19/2003, de 4 de julio. Posteriormente, se modificó con el art. 1.10 de la Ley 6/2011, de 11 de abril, por la que se transpone la Directiva 2009/111/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009. Dicha normativa ha sido parcialmente modificada nuevamente por el Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito (intervenidas).

financiera por disposición legal, equiparable a la función del capital social de la entidad y demás elementos del patrimonio neto, es decir, se computa como recursos propios³³.

No debemos olvidar, que son un producto complicado y de difícil seguimiento en lo que a su rentabilidad se refiere. No cotizan en bolsa, lo que implica para el cliente mayores dificultades para conocer el resultado de su inversión y para proceder a su venta. Éste tipo de producto financiero está considerado como un híbrido entre acciones y renta fija sin que se considere un tipo de depósito. Por tanto, no está cubierto por el Fondo de Garantía de Depósitos (FGD)³⁴ lo que provoca que en caso de quiebra del banco se pierde toda la inversión.

Todas estas características son importantes no sólo para dar una mejor definición o para entender mejor el producto, sino porque son las que los empleados de las entidades financieras debieron explicar a sus clientes ya que con la lectura del contrato no es suficiente³⁵.

En los dos casos anteriores el problema se centra en la escasa, nula o defectuosa información que el cliente recibió por parte de las personas encargadas de ofrecerles el producto. Vamos a ver ahora los deberes que tienen las entidades financieras para examinar cuáles son los límites o las condiciones de aplicación de dichas obligaciones en especial la de informar al cliente.

5. Deberes de las entidades de créditos.

Teniendo presente la normativa aplicable junto con la jurisprudencia observamos que los contratos analizados anteriormente son instrumentos financieros complejos y, por ello, que las entidades financieras tienen una serie de obligaciones en materia de transparencia y diligencia. Estos deberes se les exigen con más rigor cuando se dirigen a clientes no profesionales (minoristas). El incumplimiento de los deberes

³³ GUTIÉRREZ, Diego; VACAS, Juan, "Las participaciones preferentes y la reestructuración bancaria". *Lo Canyeret*. 2012, núm. 76, p.15.

³⁴ El Fondo de Garantía tiene por objeto garantizar los depósitos en dinero y en valores u otros instrumentos financieros constituidos en las entidades de crédito, con el límite de 100.000 euros para los depósitos en dinero o, en el caso de depósitos nominados en otra divisa, su equivalente aplicando los tipos de cambio correspondientes, y de 100.000 euros para los inversores que hayan confiado a una entidad de crédito valores u otros instrumentos financieros. Estas dos garantías que ofrece el Fondo son distintas y compatibles entre sí. (Fondo de garantía de depósitos, 2012)

³⁵ v. anexo III, contrato de custodia y administración de valores.

que la ley prevé para las EC, puede ocasionar graves consecuencias jurídicas y económicas para ambas partes.

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.

Gracias a la Directiva MIFID, se 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 ley 47/2007 de acuerdo con la Directiva MIFID proporciona esa protección e introduce la obligación a las empresas que presten servicios de inversión, de clasificar a sus clientes en profesionales y minoristas. Esta clasificación se refleja en la ley de forma eliminatoria, todo aquel que no se pueda considerar dentro del apartado 3 del artículo 78 bis, se considerará cliente minorista y se le garantizará una mayor protección .

En el art. 79 de la misma ley, se regula que el deber de diligencia y transparencia del prestador del servicio de inversión, ha de cuidar los intereses de su cliente como si fueran propios. Simultáneamente, las entidades deben mantener a sus clientes informados en todo momento. Deben facilitar al cliente la suficiente información -de manera clara, imparcial y no engañosa- que les permita comprender la naturaleza y riesgo de los instrumentos financieros, así como, las estrategias de inversión en función de que les sirva para tomar decisiones con conocimiento de causa. Insistiendo sobre todo en aquellas informaciones de carácter adverso que puedan surgir por la propia naturaleza de estos productos (art. 79 de la Ley 47/2007). Muchos de los deberes y las obligaciones que la ley exige a las entidades

financieras han sido vulnerados en la comercialización, sobre todo en la fase precontractual, de *swaps* y participaciones preferentes.

Queda patente la importancia que el legislador ha querido darle al consumidor minorista dentro del sector financiero. Esta importante protección se justifica por la situación de privilegio de información que las entidades bancarias tienen por el hecho de que su actividad profesional forma parte del sector financiero. Nos llama la atención por que no encontramos una ley que sea tan rigurosa y exigente, sobre la protección de una de las partes contratantes, en ningún otro ámbito de nuestro ordenamiento jurídico.

5.1 Obligación de diligencia y transparencia

Como ya hemos anunciado anteriormente la Ley 47/2007 modifica la LMV y en el artículo 79 dispone que:

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

De modo que, siguiendo con el mismo artículo:

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.

Vemos una de las primeras normas de conducta que la ley exige a las entidades financieras y hacemos aquí nuestra primera crítica. En las sentencias estudiadas algunos entienden que dicha obligación no supone que las EC deban anteponer los intereses de los clientes a los suyos porque no dejan de ser empresas privadas que lo que pretenden es ganar dinero. Pero, la normativa al respecto es clara “cuidando tales intereses como si fueran propios”. También echamos de menos que se haya afrontado la cuestión de los incentivos (permitidos o prohibidos) de las EC o, de los llamados *contratos espejo* que las entidades financieras contrataban en paralelo (en el caso de las permutas financieras) con un tercero y, que en todo o en parte,

neutralizan el riesgo de la operación con el cliente. No vamos a entrar a considerar ni los incentivos ni los contratos *espejo* por que no se han incorporado en los procesos y, por tanto, los jueces no se han pronunciado al respecto.

Así, en la SAP, sobre permutas financieras, León (1ª) de 5-12-11 concretamente en el FD 2 se lee:

No olvidemos, además, que la entidad que presta servicios de inversión debe comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando tales intereses como si fueran propios y, en particular, observando las normas establecidas en el capítulo primero del Título VII de la LMV, y disposiciones reglamentarias de desarrollo (art. 79 LMV). Y ese deber de cuidar los intereses de sus clientes como si fueran propios se debe extremar cuando, como ocurren en este caso, existe un conflicto de intereses: la entidad bancaria interviene como agente económico en el intercambio con su cliente de flujos monetarios calculados sobre tipos de interés, e interviene como parte en la gestión de riesgos financieros mediante intercambio de tales riesgos con su cliente {...} si obtiene para sí el beneficio derivado del flujo monetario contratado con su cliente incurre en un conflicto de intereses que la obliga mucho más severamente, a defender el interés del cliente como si fuera suyo propio, y a evaluar en su interés la conveniencia de ese tipo de producto.

Esta política de conflictos restrictiva y estricta en defensa de los intereses del cliente tal como dice la sentencia, queda incorporada en el artículo 70 quáter de la LMV, las empresas que presten servicios de inversión deberán adoptar medidas para detectar posibles conflictos de interés con su cliente. Es necesario, además, que se produzca un beneficio para la empresa o entidad y un perjuicio para el cliente.

En los casos de *swaps*, no consta que las EC hayan aplicado medidas o hayan aplicado políticas de gestión eficaces para evitar los conflictos de intereses o los perjuicios sus los clientes. De hecho, no consta medida alguna para gestionar realmente los intereses de los clientes, el cual, no deja de ser un simple contratante que obtiene un producto ofrecido por las EC y que tan siquiera se le advirtió de que existía un conflicto de intereses. Únicamente, se proporcionó información que no van más allá del enunciado del producto, sin hacer referencia al alcance que éste pueda tener o a su idoneidad (o falta de ésta) para un determinado tipo de inversor (como veremos a continuación). Por tanto, para cumplir con diligencia y transparencia en el caso de las permutas financieras, en las que la liquidación negativa del cliente, es a la vez, positiva para la entidad (entidad que ha impuesto las condiciones contractuales) y que los intereses están claramente intercambiados,

deberían haber informado al cliente suficientemente sobre la ésta cuestión y sobre las condiciones del mercado bursátil. Especialmente, cuando se prevean alteraciones en el mercado de valores que puedan afectar considerablemente a la cartera del cliente. Sería imposible saber con certeza el futuro de este mercado que se caracteriza por una inseguridad natural pero las entidades financieras si que pueden, gracias al ciclo histórico del mercado, tener una idea de lo que posiblemente ocurrirá.

En el caso de las participaciones preferentes³⁶, se presenta una duda y es si calificar al operación como un conflicto de intereses o directamente como un latrocinio. La operación ha sido dirigida a transformar el pasivo representado por el dinero que los suscriptores de aquéllas mantenían en régimen de contratos de depósito bancario en patrimonio neto de las entidades. Este *traspaso* supone el cese como deuda del emisor (banco), el dinero de los depósitos a plazo o a la vista, para pasar a formar parte del patrimonio neto. De esta manera, los titulares pasan a ser partícipes del riesgo patrimonial de la entidad.

La sala del Tribunal Supremo en la STS Sala 1ª, de 22 de diciembre de 2009 como en repetidas sentencias, ha anunciado que la diligencia en el asesoramiento no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes.

5.2 Obligación de clasificar a los clientes

Cuando hablamos de la obligación de clasificar a los clientes debemos destacar el cambio significativo que aporta la ley 47/2007. Dicha ley modificativa de la LMV que incorpora la Directiva MiFID a nuestro ordenamiento, introduce los artículos 78 bis y 78 ter; el primero establece la clasificación de los clientes que tienen que hacer las EC, y el segundo, hace referencia a las llamadas contrapartes elegibles³⁷.

³⁶ ALONSO, F.J. "Participaciones preferentes y clientes minoristas de entidades de crédito" [en línea]. La Ley Digital. 17 de diciembre de 2012 núm. 7875. <<http://digitum.um.es/jspui/bitstream/10201/29513/1/Participaciones%20preferentes%20y%20clientes%20minoristas.pdf>> [consulta: 5 de noviembre de 2013]

³⁷ Las contrapartes exigibles reguladas en el artículo 78 ter punto 1 de la LMV y el art. 24.2 de la Directiva MiFID, indican quiénes tienen la consideración de contrapartes elegibles, y estas son: empresas de servicios de inversión, entidades de crédito, entidades aseguradoras, instituciones de inversión colectiva y sus sociedades gestoras, fondos de pensiones y sus sociedades gestoras, otras entidades financieras autorizadas o reguladas por la legislación comunitaria o por el derecho nacional de un Estado miembro, empresas señaladas en las letras d) y e) del apartado 3 del artículo 62, gobiernos nacionales y sus servicios correspondientes, incluidos los que negocian

Anteriormente, con el derogado RD 629/1993 sobre normas de actuación en los mercados de valores, no se establecía en términos tan exigentes esta obligación.

Con el nuevo artículo 78 bis apartado 1, las EC deben clasificar a sus clientes, antes de la contratación, en profesionales o minoristas, e informar a éstos de la catalogación que obtenida³⁸. Así, conforme al apartado 2 del citado artículo: “Tendrán la consideración de clientes profesionales aquéllos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos”.

Esta clasificación supone un gran diferencia y, es que, a los clientes minoristas se les aplicarán los tests de conveniencia e idoneidad, mientras que a los clientes profesionales sólo el de idoneidad. Esto significa que, en el segundo caso, no se harán preguntas en cuanto a su conocimiento y experiencia y, que cuando hablamos de clientes profesionales se les debe proporcionar menos información antes del contrato o del servicio, que a los minoristas.

El problema surge cuando el criterio seguido por la Directiva MiFID no es exactamente el mismo que el asumido por la LMV. Es cierto, que las dos normas siguen la misma nomenclatura (Anexo II de la Directiva y el artículo 78 bis apartado 3) pero el apartado 2 de propio artículo 78 de la LMV, que hemos indicado arriba y como pueden comprobar, es una cláusula general que en la Directiva MiFID no la encontramos, al menos con los mismos términos. Este pequeño desajuste provoca grandes consecuencias. Muchas de las sentencias españolas estudiadas, suelen tener en cuenta el factor del nivel de experiencia, conocimientos y cualificación del cliente, entre otros, para determinar si el error es excusable.

Sin embargo, muchas otras, no tienen estos factores en cuenta a la hora de determinar si el error es o no excusable. Si se hubiese seguido la normativa estrictamente europea, no habría contrastes en las sentencias y lo correcto sería

deuda, Bancos Centrales y organismos supranacionales. También tendrán dicha consideración las entidades de terceros países equivalentes y las comunidades autónoma. Bajo ciertas condiciones, se puede tratar como profesional o minorista a una contraparte elegible, por iniciativa de la entidad o a petición del cliente (queda regulado en el art. 61.2.b del RD 217/2008). Asimismo, un minorista podrá solicitar que se le trate como profesional, debiendo cumplirse los requisitos del art. 78 bis 3.e LMV.

³⁸ La mencionada Directiva MiFID 2004/39 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los mercados de instrumentos financieros instrumentos, en su artículo 4.1.11 remite la definición de cliente profesional a su Anexo II, el cual hay una lista cerrada de los clientes considerados profesionales. De igual modo, en el punto siguiente del mismo artículo establece de modo residual que todos aquellos que no se consideren profesionales serán clientes minoristas.

distinguir entre clientes profesionales (aquellos de la lista cerrada) y los minoristas (todos los demás). Si se siguiera el criterio riguroso de la Directiva, en cuanto a calificación y recogida de información, todo ello, con independencia de su experiencia y conocimientos, bastaría con la mera infracción de las normas imperativas que rigen la conducta de las EC, para fundamentar la nulidad de los contratos de clientes minoristas sin la necesidad de ponderar la excusabilidad del error. Por el contrario, sólo con el cliente profesional se podría valorar si padeció o no error excusable, teniendo en cuenta sus conocimientos y experiencias.

En la práctica, y por lo que se desprende de las numerosas sentencias, son las personas físicas (SAP Zaragoza (5ª) de 20-6-11 (FD 4 y 7) y SAP Lugo (1ª) de 2-5-11 (FD 2)) y las pequeñas y medianas empresas las consideradas como clientes minoristas (SAP Asturias-Gijón (7ª) de 16-12-10 (FD 4)).

Cuando hablamos de participaciones preferentes, la gran mayoría se han comercializado a clientes minoristas de carácter conservador, normalmente personas con pocos conocimientos o estudios en general y a personas de edad avanzada e incluso personas con algún tipo de discapacidad.

En relación a esta última circunstancia, y sin entrar en demagogias, nos gustaría poner como ejemplo un caso en el que uno de los suscriptores padecía de Alzheimer y el otro era un cliente de perfil minorista. Vemos así, la SPI de Mataró 5-2-2013, en el FD 8 nos da unas indicaciones sobre los sujetos que han suscrito el contrato; Coral una mujer mayor que tenía 70 años cuando firmó su primera participación preferente, modista de toda la vida y con estudios básicos. Después, describe a su marido Rafael que tiene 81 años y, que tenía 71 años a la fecha de suscripción del primer contrato de preferentes. Desde el año 2004 Rafael sufre una enfermedad degenerativa, Alzheimer. Enfermedad reconocida y acreditada por el forense adscrito al propio Juzgado de Mataró. Llama estrepitosamente la atención el FD 9:

Por su parte, la entidad demandada niega la existencia de vicio del consentimiento alguno en la formación del contrato por parte de los actores, ya que firma que los mismos fueron debida y adecuadamente informados de las operaciones financieras que suscribían y, del alcance y consecuencias económicas de las mismas conforme a sus características técnicas, motivo por el que en modo alguno puede hablarse de vicio del consentimiento {...}.

En el caso concreto que hemos expuesto, el último contrato que suscribieron los clientes señalados fue en 2011 y, por tanto, ya le era de aplicación LVM modificada y, a tenor de ésta, el reglamento 217/2008. En el artículo 74.3 del RD dispone que: “la entidad tendrá derecho a confiar en la información suministrada por el cliente, salvo cuando sepan, o deben saber, que la misma está manifiestamente desfasada, o bien es inexacta o incompleta”. En un caso como éste y, dejando de lado el perfil de Dña. Coral, parece evidente que la entidad era consciente de la enfermedad de Don Rafael y, por tanto, que éste no era capaz de suscribir un contrato de estas características.

Este caso puesto como ejemplo de “juzgado de guardia”, nos hace apreciar la poca importancia que las entidades de crédito le daban a la clasificación de sus clientes. Sí que los clasificaban, pero el resultado obtenido de poco servía para ofrecerles productos inadecuados.

5.3 Obligación de informarse acerca de las circunstancias de los clientes

Estrechamente ligada con la anterior obligación, tenemos el deber que tienen las EC de informarse sobre las circunstancias de sus clientes que dentro de las actividades financieras se conoce como la regla *know you customer* (conocer a su cliente)³⁹. Con la finalidad de poder ofrecerles servicio y productos que más les convengan o que se ajusten mejor dado su perfil inversor. Igual que en otros supuestos, aparece en una dualidad de normas. Por un lado, la LMV la regula en el artículo 79 bis del apartado 5 al 8 juntamente con la obligación de información (distinta a ésta y que veremos a continuación). Por otro lado, en el RD 217/ 2008 aparece en los artículos 72 a 74 Capítulo III sobre la Evaluación de la idoneidad y de la conveniencia, del Título IV.

Dicha obligación parece tener un carácter previo a la contratación pero lo cierto es que ésta debe regir durante toda la relación entre la entidad financiera y el cliente, a pesar de la gran relevancia que tiene en la fase precontractual. Gracias a la realización de unos tests, consistentes en un conjunto de preguntas que deben formular las entidades financieras que presten servicios de inversión a sus clientes antes de la contratación de productos, con la finalidad de determinar si los clientes

³⁹ GONZÁLEZ, J. L., “La responsabilidad en la venta de derivados financieros”. *Estudios Socio-jurídicos*. Vol.9, núm. 2, p. 151-152

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 test de conveniencia e idoneidad se les realizará a los clientes minoristas. En el caso de clientes clasificados como profesionales, únicamente, se les realizará el test de conveniencia. Es por ello, que hemos querido presentar este compromiso hacia el cliente como una de nuestras soluciones jurídicas⁴⁰ preventivas donde explicaremos con más detalle cada test.

En este apartado, no obstante, nos gustaría destacar o hacer una pequeña crítica a la utilización de dichos tests en los procedimientos judiciales. Los tests se crearon como una forma de proteger a los clientes, sobre todo en la fase precontractual. Durante nuestro estudio hemos podido comprobar que las entidades financieras, intentan usar los tests como parte de su defensa. Las entidades financieras utilizan la firma de estos tests para reforzar su argumentación sobre el conocimiento que tenían los clientes respecto a este tipo de contratos y su funcionamiento, así como, de los posibles riesgos. Pero de poco sirve, ya que son numerosas las sentencias en las que aparece el incumplimiento sobre la realización de los tests, por efectuarse en el momento mismo de la firma del contrato o incluso en un momento ulterior, desvirtuándose su sentido; por contestarse por la propia entidad las preguntas que debía responder el cliente y convirtiendo los tests en una mera formalidad vacía de contenido por parte de las EC.

Así, vemos como ejemplo de incumplimiento, la SAP Asturias-Gijón (7ª) de 16-12-10 (FD 4), que señala que no realizó ninguno de los tests, a pesar de ser una cuestión de gran relevancia.⁴¹ Otra sentencia, que nos parece realmente ejemplificadora para ver hasta donde llega la negligencia de las EC, es la SAP Valencia (9ª) de 6-10-10 (FD 3), la cual, señala que:

Hay omisión total de la fecha de suscripción contractual, aspecto que no es irrelevante en el caso presente, porque el contrato (en el ejemplar firmado) lleva incorporado como hoja 2, precisamente el test de obligado cumplimiento al inversor minorista, también sin fecha; cuando tal obligación al entrar en fase precontractual o informativa resulta indudable que ha de ser previa a la perfección contractual y no en el mismo contrato, pues de ser así es evidente el incumplimiento de la obligación informativa del Banco, porque a la hora de firmar el cliente ha de ser conocedor de la causa de la operación, es decir, ha de comprender lo que se va a contratar; no firmar primero (hoja primera) las condiciones

⁴⁰ Cf. 6.1

⁴¹ Otras resoluciones en cuanto al incumplimiento de los tests exigibles, son SAP Las Palmas (5ª) de 6-10-11; SAP Asturias-Gijón (7ª) de 24-5-11; SAP Asturias-Oviedo (5ª) de 23-7-10 .

particulares del contrato y después el test de que ha comprendido el mismo. Aparte de ello asiste razón a la actora en cuanto los recuadros sobre las dos preguntas del test no vienen marcados de propia mano del cliente sino premarcados vía informática.

Otras sentencias parecen ir aún más lejos y determinan que el propio instrumento por su naturaleza, es un producto inadecuado de por sí para una clientela que no es de perfil profesional. En este caso podemos apreciar, la SAP Barcelona (19ª) de 9-5-11 (FD 4), en la que el tribunal señala que las permutas financieras han sido utilizadas inadecuadamente en relación con los particulares, por que nacieron para ser empleadas entre grandes inversores y profesionales, que disponen de conocimientos profundos acerca del funcionamiento del propio sistema financiero del mercado de valores ⁴².

No podemos olvidar que no todas las sentencias son negativas hacia el comportamiento de las EC ya que también se han dado casos en los que el juzgador ha entendido suficientemente probada la obligación de recabar información de los clientes como ocurre con la SAP Zaragoza (5ª) de 28-3-11 (FD 8), en la que no se declara la nulidad por entender realizados adecuadamente los tests de conveniencia e idoneidad.

5. 4 Obligación de informar a los clientes

En último lugar y, no por ello menos importante, tenemos el deber que tienen las entidades de crédito de informar a sus clientes. Apartado muy significativo para nuestro estudio, ya que muchas de las sentencias que dictan la anulabilidad contractual se basan en un vicio en el consentimiento, derivado de la poca o nula información que las EC han revelado a sus clientes.

La normativa al respecto es exigente y clara. De nuevo, nos encontramos con la Ley de Mercados de Valores, artículo 79 bis apartado 1 a 4 y, el RD 217/2008 del artículo 60 al 70. ⁴³ La obligación de informar a los clientes debe estar presente

⁴² En cuanto la inadecuación del producto respecto de clientes sin conocimientos financieros nos encontramos con sentencias como la SAP León (1ª) de 5-12-11; SAP Murcia (5ª) de 14-12-11; SAP Sevilla (8ª) de 28-11-11, entre otras.

⁴³ En la época anterior, a la entrada de la Directiva MIFID, la obligación de informar al cliente ya estaba regulada de forma clara en el Anexo del RD 629/1993. El apartado 3 del artículo 5 de dicho Anexo disponía: "La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o

durante toda la relación entre cliente y EC. Pero, tal y como hemos dicho, ésta obligación ha sido en el fase precontractual, donde más disputas ha generado y, por ello, merece un mayor estudio.

Recientemente, ha surgido la Orden EHA/2899/2011, que tiene por objeto garantizar el adecuado nivel de protección de los clientes de entidades de crédito, mediante la implantación de medidas de transparencia en la prestación de servicios financieros bancarios. Además, refuerza específicamente la transparencia en lo que se refiere a determinados servicios como son las cláusulas suelo o techo y los instrumentos financieros de cobertura del tipo de interés pero vinculados con créditos o préstamos hipotecarios realizados por personas físicas⁴⁴. Esta Orden ministerial, a pesar de ser un paso más en buen camino, no vamos a entrar a estudiarla. Primero, porque al ser tan reciente, la mayoría de las sentencias dictadas aún no la incorporan. Segundo, porque sólo es de aplicación en casos concretos como la concurrencia de personas físicas y, en aquellos casos, en que haya una vinculación con una hipoteca.

Siguiendo con la obligación de información, podríamos decir, que ésta tiene dos finalidades; por un lado, la protección de la transparencia y eficiencia 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.

La legislación al respecto señala de forma general las características que debe cumplir la información a proporcionar. Encontramos en el apartado 2 del artículo 79 bis LMV: "Toda la información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales."

De igual modo, el apartado 1 del artículo 60 del RD 217/2008, señala las condiciones que debe cumplir la información para ser imparcial, clara y no

predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos".

⁴⁴ El artículo 24 de la citada orden ministerial, aporta información adicional sobre instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés; se debe informar de la naturaleza del producto (límites al alza o a la baja de los tipos); la duración y condiciones para su prórroga o renovación; si fuera el caso, la obligatoriedad del pago de una prima y su importe; las potenciales liquidaciones periódicas del instrumento; la metodología del cálculo del coste de cancelación anticipada de los mismos. Como vemos, la Orden disciplina por primera vez, la información que las EC deben proporcionar a sus clientes en sede de servicios bancarios. Pero, una vez más, la legislación exigente, y dirigido exclusivamente, los instrumentos financieros de cobertura del riesgo de tipos de interés, aunque sean los vinculados con créditos y préstamos, llega tarde.

engañosas. A pesar de ser un artículo expenso, creemos conveniente reproducirlo atendida a su importancia:

A los efectos de lo dispuesto en el artículo 79 bis de la LMV, toda la información, incluidas las comunicaciones publicitarias, dirigidas a clientes minoristas, incluidos los clientes potenciales, o difundida de tal manera que probablemente sea recibida por los mismos, deberá cumplir las condiciones establecidas en este artículo. En particular: **a)** La información deberá incluir el nombre de la entidad que presta los servicios de inversión. **b)** 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. **c)** 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. **d)** La información no ocultará, encubrirá o minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia importantes. **e)** 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. **f)** 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.

El apartado 3 del artículo 79 bis, regula que, a parte de que la respectiva información ha de ser comprensible y adecuada, también hace hincapié en la importancia de una información sobre los riesgos que el producto lleva asociados. De acuerdo con la LMV, la información relativa a instrumentos o productos financieros, debe versar acerca de su naturaleza, riesgos, gastos y costes asociados. Según la Comisión Nacional del Mercado de Valores: “El contenido de estos documentos debe ser suficiente para que los clientes puedan tener conocimiento de las características principales de las operaciones y obtengan una imagen adecuada sobre su naturaleza. Además, deben enfatizarse sus riesgos específicos y posibles escenarios en función de la evolución de los subyacentes⁴⁵.”

En este caso, podemos clasificar distintos tipos de información que las entidades financieras deben a sus clientes: la naturaleza, las condiciones generales, los riesgos de la operación, los riesgos de cancelación, la disponibilidad del capital, las previsiones sobre la rentabilidad del producto. En resumen, toda la información que

⁴⁵ COMISIÓN NACIONAL DE MERCADO DE VALORES. *Atención de reclamaciones y consultas de inversores*. [En línea] 2010. Disponible en Web: <http://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Informes/memoria_WEB.pdf> [Consulta: 4 de Noviembre 2013]

esté relacionada con el producto y no únicamente aquellas que lo hacen atractivo. Parece *casualidad* que sean precisamente los puntos más conflictivos o que pueden generar más dudas las que se desatendieron por parte de las entidades financieras.

Para cumplir debidamente con el deber de información, no basta con una serie de formularios o folletos de carácter informativo u orientativo donde aparecen las condiciones generales. La debida información, necesita ejemplos sencillos y claros, de todas las variables que pueden surgir con el producto. Además, sería necesario tener en cuenta las condiciones personales de cada uno de los clientes para tener la seguridad de que se está entendiendo debidamente la materia de contrato. No basta con la mera manifestación de que el firmante comprende el contenido del producto y la documentación, más aún, cuando en el contrato no figuran datos relevantes como pudiera ser el plazo de vigencia, si el capital principal está garantizado, la forma de cancelación anticipada, la disposición del capital, etc.

A continuación podremos algunas sentencias que reflejan en gran medida lo ocurrido en el caso concreto sobre el deber de información. Empezaremos con las permutas financieras:

Como ejemplo del deber de información sobre las condiciones del contrato encontramos la SAP León (2ª) de 14-12-2011 (FD3):

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.

En cuanto a la vulneración de los riesgos, tenemos la SAP Badajoz (2ª) de 17-5-11 (FD 5 y 6), a pesar de su extensión, el juzgador ha expresado con suficiente claridad las inexactitudes de las entidades financieras, a pesar de que esta hablando sobre un caso concreto:

Es defectuosa la información ofrecida por el Banco, porque no fue suficientemente claro en exponer que el contrato *swap* arrojaría un resultado favorable al cliente cuando los constes financieros aumentaran a causa de que los tipos de interés subían; y a la inversa,

si estos bajaban, se producían liquidaciones negativas, cuando los costes financieros se redujeran, al bajar los tipos de interés; pero ocultaban que, en aquellas fechas, de septiembre de 2006, los analistas financieros y los propios Bancos sabían que los tipos de interés estaban bajando, conocimientos financieros que no pueden exigirse a los clientes o inversores minoristas (FD 5) ...la información proporcionada por Don... no incidió en aspectos tan esenciales –al objeto de una correcta formación de la voluntad y del consentimiento contractual- como que el producto era inocuo en tramos altos del Euribor, es decir, que no existe propiamente cobertura ante el riesgo de la fluctuación de tipos de interés, que fue lo que movió al contratante; que, en determinados escenarios de evolución de índice de referencia, podría el cliente llegar a pagar fuertes sumas de dinero; que los costes de cancelación anticipada, para el caso de que el desarrollo de la vida del producto fuera muy gravoso para el cliente, serían desproporcionados; no se contienen ni explican los parámetros y fórmulas en base a las que se calcularía el coste de cancelación; tampoco se le planteó ningún cuadro de simulación de las consecuencias, para el cliente, en función de distintos escenarios de tipos de interés, que pudieran haber apercibido al cliente de que, bajo determinados escenarios de evolución de los tipos de interés (bajistas), las liquidaciones mensuales resultantes de las cláusulas del contrato, podrían ser negativas, cuantías relevantes, en función de diferencial de los tipos a pagar y cobrar{...} Pero es que, además, no consta, ni se le informó al cliente, durante la vida del contrato de permuta, que la evolución del índice de referencia –Euribor 6 meses-, en tendencia bajista, le iba a causar perjuicios económicos importantes, máxime tratándose de un tipo de referencia –no oficial- y difícilmente consultable por el público no experto en materia financiera, para que éste pudiera valorar, con datos objetivos la conveniencia de continuar con la operación (FD 6).

En cuanto a las condiciones de cancelación anticipada: SAP Asturias-Oviedo (4ª) de 12-11-10 (FD 3):

“Al igual que en las condiciones generales, se establecía que en caso de que el cliente solicitara la cancelación anticipada del producto en las fechas que se preveían al efecto, (El Banco) ofrecería “un precio de cancelación acorde con la situación de mercado en cada una de esas fechas”, sin hacer referencia a cómo se obtenía ese precio de mercado, ni menos a que podía suponer un importante costo al cliente”.

Las SAP Burgos (3ª) de 12-9-11 (FD 5), resulta muy interesante porque nos desvela cómo calculan las entidades financieras el coste de cancelación anticipada:

“En realidad lo que hace el Banco es hacer una ponderación de las variaciones de tipos de interés desde la fecha de cancelación hasta el vencimiento del contrato, y liquidar al cliente en resultado de esta estimación. Pero la práctica demuestra que en un escenario de bajadas de tipos de interés lo que hace el Banco es actuar como si el Euribor siguiera

bajando hasta la fecha de vencimiento del contrato, y ello aunque todavía faltasen tres años para ello.

En cuanto a las participaciones preferentes siguiendo las estipulaciones de LMV sobre la información que se debe proporcionar cuando hablamos de productos financieros, las entidades deberían haber proporcionado, la naturaleza del contrato, los riesgos, gastos y costes asociados. Vemos como ejemplo la SAP Pontevedra (6ª) 25-4-2012 (FD 2):

En el primero de ellos, que es propiamente el contrato concertado entre ambas partes litigantes, no constan elementos esenciales como son el plazo de vigencia, tipo de intereses remuneratorios, posibilidad de rescate o si el principal se encuentra garantizado, por lo que del contenido del mismo no se puede deducir en modo alguno las condiciones de lo contratado.

En las SAP Alicante 27 de Septiembre de 2012, se concluye:

De la prueba practicada se desprende entonces que la información facilitada a la parte contratante por la Caja de Ahorros del Mediterráneo, fue deficiente o incompleta, lo que ha de considerarse en el presente caso como ocultación dolosa determinante de un error invalidante del consentimiento, puesto que afecta a elementos esenciales del objeto del contrato, como es el riesgo asumido

En ocasiones, el problema viene dado no tanto por la falta de información, sino por la escasa veracidad de la información proporcionada al cliente como ocurre en la SAP Córdoba (1ª) 30-01-2013 (FD 2):

No se trata tan solo de que se adquirieran participaciones preferentes, sino de que eran perpetuas, sin vencimiento alguno, contra lo que en el documento anteriormente reseñado se consigna, por lo que solo con dicha contradicción nos hallaríamos en el terreno, no ya de la información imperfecta o errónea, sino en el de una sustancial contradicción entre lo que efectivamente firmaba la Sra. y las características reales del producto que se le ofrecía y suscribía a cambio de 12.000 euros. No es preciso acudir a la copiosa documentación que obra en la causa para persuadirse de que las participaciones preferentes son perpetuas, pues, aparte de que la propia naturaleza jurídica de las mismas lo conlleva.

Como ocurre en cualquier procedimiento judicial, las posiciones y alegaciones de las partes son antagónicas. En la mayoría de los casos, la parte alega algo debe

correr con la carga probatoria. En casos como *swaps* y preferentes, la idea fundamental contenida en la jurisprudencia es que el *onus probandi*, es decir, la carga de la prueba sobre la provisión de información corresponde a la entidad financiera. La jurisprudencia se basa en los principios de disponibilidad y facilidad probatoria del artículo 217 de la LEC. De no ser así, el cliente quedaría sometido a la *probatio diabolica* que consiste en probar un hecho negativo que sería casi imposible de demostrar. Para una mayor explicación vemos la SAP de Valencia de 19 de septiembre de 2013 dice:

Se trata de conversaciones en las que únicamente intervienen los afectados por el litigio, normalmente sin participación de personas ajenas, de manera que las versiones de las partes afectadas suelen ser contradictorias, sin perjuicio de lo cual, la carga de la prueba de la información recae en la entidad bancaria y la carga de la prueba del error de consentimiento recae sobre la parte que lo alega.

6. Soluciones jurídicas

6.1 Preventivas

Como solución preventiva a los problemas ocasionados con productos financieros complejos y de alto riesgo para los clientes-consumidores, proponemos los tests de conveniencia e idoneidad. Podría parece ilógico hacer tal pretensión después de todo lo que ya hemos anunciado sobre la poca funcionalidad que éstos han generado desde su incorporación en nuestro ordenamiento. Creemos que, lo que ha fallado no es tanto el qué sino el cómo. Pero primero vamos a explicar en qué consiste cada uno de ellos.

En primer lugar, aparece el test de idoneidad (*assessment of suitability*), que está regulado en el artículo 72 del RD 217/2008 como ya hemos anunciado anteriormente. Las entidades financieras que presten servicios de asesoramiento deberán obtener de sus clientes, incluidos los profesionales-potenciales, la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción que van a realizar cumple unos determinados requisitos.

Todo ello con la finalidad de que la entidad financiera conozca si el producto se acomoda a los conocimientos y experiencia del cliente, a su situación financiera y a sus objetivos de inversión. Con todas estas informaciones podrá recomendar al cliente los servicios o instrumentos que más se ajusten al cliente. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará ningún servicio o instrumento financiero al cliente o posible cliente ni gestionar su cartera.

En el caso de los clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencias del cliente. La entidad proporcionará al cliente por escrito o mediante otro soporte duradero una descripción de cómo se ajusta la recomendación realizada a las características y objetivos del inversor.

En segundo lugar, tenemos el test de conveniencia (*assessment of appropriateness*) que queda regulado en el artículo siguiente, es decir, el artículo 73 del RD 217/2008. En este caso, aquellas entidades que prestan servicios de inversión distintos de los previstos en el artículo anterior deberán determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencias necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado. La entidad podrá asumir que sus clientes profesionales tienen la experiencia y conocimientos necesarios para comprender aquellos servicios o productos concretos, para los que esté clasificado como cliente profesional.

Parece lógico pensar, que si ejecución de los famosos tests se realizara con la estricta diligencia que se desprende de la norma, surtiría un efecto muy distinto al acaecido durante estos últimos años.

6.2 Civiles

Antes de empezar con las soluciones civiles, cabe hacer una distinción entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa o anulabilidad. La nulidad absoluta es la sanción más grave que el ordenamiento jurídico puede dar a un contrato y esto ocurre cuando el contrato no produce efectos jurídicos. Es doctrina jurisprudencial que la nulidad radical o absoluta opera *ipso iure*, es automático, por lo que la nulidad puede ser declarada de oficio por los Tribunales, aun así, deben estar presentes cuando se haga esa declaración, los intervinientes en la celebración del contrato o los que ostenten la legitimación activa y pasiva. Uno de los casos en los que el que

el ordenamiento prevé la nulidad absoluta es cuando faltan los requisitos esenciales del contrato regulados en el artículo 1.261 del CC.

Frente a la nulidad radical o absoluta tenemos la anulabilidad que se constituye según la doctrina y la jurisprudencia como una medida de protección de intereses concretos y determinados. La acción de anulabilidad únicamente la podrán ejercer los titulares de aquellos intereses a proteger. El CC no determina de forma expresa los motivos para solicitar esta acción pero a partir de los artículos 1.301 y 1.302 deducimos que son causa: el menor de edad o el incapacitado (con matices), el error, la violencia o intimidación y el dolo. Por tanto, aplicaremos la acción de anulabilidad para hablar del error en el consentimiento.

Nuestro Código Civil en el artículo 1.300 dispone que los contratos en los que concurran los requisitos del artículo 1.261 (consentimiento, objeto y causa), pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalida con arreglo a la ley. En otras palabras, nuestro CC contempla la posibilidad de anular aquellos contratos en los que alguno de sus requisitos indispensables sufra, por alguna de las partes, un vicio contractual.

Para que el error invalide el consentimiento, tal como establece el artículo 1.266 del CC y como ya hemos mencionado anteriormente, es necesario que recaiga sobre la sustancia objeto del contrato o sobre aquellas condiciones del mismo que principalmente hubieran dado lugar a su celebración. Es doctrina del Tribunal Supremo que el error derive de hechos desconocidos por el 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. Además de ser esencial ha de ser excusables, requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce del principio de buena fe del artículo 7 del CC.

Las características fundamentales del error para que sea invalidante del consentimiento previamente prestado son: que recaiga sobre un elemento esencial del contrato y que sea excusable. De modo, que no hablamos de contratos anulables *per se*, sino que serán los juzgadores quienes deban acreditar en cada caso concreto, las circunstancias que concurren para que sea declarado ese vicio del consentimiento.

El error es esencial en las permutas financieras cuando la falta de información recae sobre la naturaleza del producto, los riesgos específicos al contrato y el coste de cancelación anticipada. En las participaciones preferentes, para que el error sea esencial deberá recaer sobre las características propias de éstas que son; la rentabilidad, la liquidez, el vencimiento y la seguridad en la recuperación de la inversión.

La característica del error es que debe ser excusable, es decir, no imputable a quien lo padece. La excusabilidad implica que pueda trasladarse sobre el otro contratante las consecuencias del error, lo cual, suele apreciarse cuando la parte no afectada por el mismo estaba obligada legalmente a suministrar determinada información y no lo hace o lo hace de modo inadecuado.

El Tribunal Supremo señala en su sentencia del 31 de julio de 2007, con cita de muchas otras, que:

...como regla general, el Tribunal Supremo considera error inexcusable cuando se produce en el conjunto de contingencias que domina o conoce el deudor y solo declara el error excusable en caos en los que existe una gran asimetría en el conocimiento de los hechos por una y otra parte o cuando la otra parte ha inducido de alguna forma el error de quien impugna el contrato.

En este sentido, cuando hablamos de contratación bancaria, la posición de debilidad del cliente en tanto se enfrenta a un contrato de adhesión, ha generado que el legislador y la jurisprudencia sean conscientes y rigurosos, sobre todo, a la hora de valorar la actuación de la entidad financiera en todas las fases de la contratación y especialmente en lo que atañe a la información que se suministra, ya que, la ausencia o insuficiencia pueden dar lugar a que el cliente se represente una realidad distinta de la que realmente resulta del contrato firmado.

Respecto a la pretensión del dolo civil los tribunales no la han seguido y han encauzado los procedimientos por la figura del error. La jurisprudencia ha interpretado que en el dolo civil (regulado en los art. 1.269 y 1.270 del CC) se distinguen dos aspectos: la conducta antijurídica, activa u omisiva de uno de los contratantes y el efecto que tiene esa conducta sobre el otro. Para que exista dolo es necesario un comportamiento engañoso orientado a la captación de la voluntad (en cuanto al primer aspecto) y que haya una conducta contraria a la buena fe o a los deberes contractuales (en cuanto al segundo). Pero en este segundo requisito es

indispensable cierta intencionalidad que el CC denomina *insidiosas* dirigidas a provocar el negocio jurídico. 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.

Por último, tras eventual declaración de nulidad del contrato, ha de ser objeto de tratamiento sus efectos, tanto restitutorios del artículo 1.303 del CC como, en su caso, indemnizatorios regulados en los artículos 1.268, 1.269 y 1.270 del CC.

6.3 Otras

Ante las presiones de los afectados por las participaciones preferentes, se puso en marcha la vía del arbitraje como alternativa a la judicial. Este tipo de arbitraje denominado de consumo, es un sistema para la resolución de conflictos y controversias de forma extrajudicial que está recogido en el RD 231/2008, de 15 de febrero, en el que se regula el sistema de Arbitraje de Consumo. El sistema arbitral de consumo es el arbitraje institucional de carácter vinculante y ejecutivo por ambas partes, de los conflictos surgidos entre consumidores o usuarios y las empresas o profesionales en relación a los derechos legales o contractualmente reconocidos al consumidor.

Las ventajas de este procedimiento son que se evitan los costes elevados de las tasas o costas judiciales y, que en muchas ocasiones, supone una solución ágil, rápida y eficaz. Con un procedimiento sencillo que consta de un árbitro experto que siempre es un licenciado en derecho que trabaja al servicio de la administración pública y que es nombrado por el presidente de la junta arbitral correspondiente, según el artículo 19.3 y 16.1 del citado RD.

Cuando hablamos de participaciones preferentes, el sistema de arbitraje de consumo parece que no sigue el sistema convencional. Éste sigue unas reglas propias:

En primer lugar, el afectado debe acudir a la oficina de su entidad financiera y solicitar el formulario específico para hacer la solicitud de admisión al proceso de arbitraje, rellenarlo y adjuntar toda la documentación necesaria. El banco en

cuestión, es quien tramitará la solicitud y le dará traslado a una empresa externa que la analizará y determinará; si la persona cumple con los requisitos⁴⁶ fijados por la Comisión de Seguimiento para poder solicitar el arbitraje y la cuantía máxima a devolver que el árbitro podrá reconocer al reclamante.

Si no cumple con los requisitos de la Comisión se desestima. En caso contrario, la entidad financiera y el cliente, firmarán un convenio que recogerá las condiciones del arbitraje y la solicitud del mismo. Una vez el cliente haya firmado el convenio arbitral y se haya aceptado su solicitud significará que éste está consintiendo expresamente renunciar las acciones antes los Tribunales Ordinarios. Por último, será la propia entidad quien presente ante la Junta Arbitral Nacional de Consumo el convenio y la documentación aportada por el cliente. El árbitro será quien dicte un laudo estimando o desestimando la pretensión del cliente.

El arbitraje debe servir para la resolución de conflictos de carácter universal y con las garantías suficientes para los clientes. El problema que presenta este *arbitraje* son sus limitaciones a lo que al acceso a él se refiere; características personales, cuantía, origen del producto, etc.

Llama la atención que en el caso del arbitraje, la carga de la prueba recae en el cliente. Quien debería demostrar si se facilitó la información o si se recabó toda información sobre el cliente deberían ser las propias entidades, de la misma forma que ocurre en los tribunales. En qué situación quedan los consumidores que de por sí ya están en una situación negativa ante las entidades, cuando lo que tienen que demostrar resulta un hecho negativo, es decir, algo inexistente. Circunstancia, que por lo menos, hace dudar de si este sistema de arbitraje es equitativo.

No obstante, es un sistema que han usado algunos de los afectados, ya sea por que lo han visto como única vía para solucionar el problema. O bien, por las ventajas que plantea en cuanto a rapidez, agilidad, o porque en contraposición a las tasas judiciales, el arbitraje es gratuito.

Por último, con el Real Decreto, de 31 de agosto de 2012, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, se establece soluciones gracias a que regula las

⁴⁶ FONDO DE REESTRUCTURACIÓN ORDENADA BANCARIA (FROB). "Publicidad de los criterios básicos determinados por la Comisión de Seguimiento de los Instrumentos Híbridos de Capital y Deuda Subordinada". Nota de prensa [en línea], Madrid, 2013. Disponible en Web: <http://www.frob.es/notas/20130417_PREFERENTES.pdf> [Consulta: 15 de noviembre de 2013]

participaciones preferentes no sólo de cara al futuro, sino también las que han sido contratadas y que no han sido declaradas ineficaces, siempre que hayan sido emitidas por entidades financieras intervenidas o que lo sean en un futuro por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria FROB, las emitidas por el resto de entidades no se verán afectadas.

Conclusión

Llegados a este punto, sólo nos queda dar respuesta a las cuestiones planteadas al inicio del presente estudio. De modo, que es justo decir, que las entidades financieras en una generalidad de casos, han vulnerado los deberes que la ley les exige. Situación que se agrava al hablar de productos complejos y, cuando la gran parte de la comercialización, ha ido dirigida a la clientela bancaria con un perfil no profesional. Lo que significa a personas sin conocimientos ni experiencia sobre productos con características similares. Es por ello, que la ley exige para proteger al consumidor o cliente con perfil bajo, una información más rigurosa por parte de las entidades de crédito. Pero no hay que olvidar, que la vulneración de estos deberes no lleva aparejada una sanción dentro de la normativa específica sobre instrumentos financieros. Sino que gracias a la disciplina del contrato y sobre todo a los requisitos esenciales que deben regir para que exista, encontramos un sitio para poderles dar una solución jurídica a todas las personas afectadas.

Así, el perfil financiero del cliente particular, resulta determinante a la hora de calificar el consentimiento prestado al firmar estos contratos, como viciado. No es lo mismo vender estos productos a clientes expertos o grandes inversores, que desde luego los hay, habituados a contratar productos financieros complejos y con un grado de riesgo elevado, que saben con conocimiento de causa lo que están contratando, que aquellos que se conocen como banca comercial que no van más allá de saber, que es un crédito hipotecario o una póliza de crédito destinado a facilitarles la vida contable y lejos de inversiones financieras.

También hemos podido comprobar que el grado de información que la entidad financiera suministró en su día a sus clientes resulta un factor clave para la apreciación de un vicio en el consentimiento contractual prestado. El consentimiento es uno de los requisitos indispensables para la existencia del contrato, el cual, supone la manifestación de la voluntad interna de cada una de las partes que la exteriorizan con el propósito de obligarse. Si en nuestro estudio nos hemos detenido en la obligación de información que recae sobre las EC, es porque el cumplimiento de tal deber se funda sin duda en garantizar una válida formación del consentimiento. Ya que a su vez, el consentimiento debe estar basado en el conocimiento, la comprensión y el entendimiento de todos y cada uno de los elementos del contrato; la naturaleza, las obligaciones y sobretodo los riesgos que

se asumen y que se enfatizan en contratos como las permutas financieras y participaciones preferentes porque los riesgos se traducen en patrimonio financiero del cliente. No cabe duda que la omisión de estas informaciones induce a error en el consentimiento prestado por los clientes, ya que si éstos, hubiesen conocido el alcance de la vinculación y el coste patrimonial que les suponía, no hubieran contratado.

Nos hubiera gustado demostrar que todos los problemas aparecidos con estos productos financieros son por *culpa* de la crisis y que las entidades financieras siempre han actuado correctamente. Por desgracia, sería una argumentación simplista. Es cierto, que nadie podía condicionar o adivinar la envergadura de esta crisis pero las entidades financieras si pueden controlar cómo, cuándo y a quién ofrecen o venden sus productos. Debemos tener claro que las permutas financieras y las participaciones preferentes son contratos legales y que muchos profesionales los usan diariamente sin que surja ningún problema. La gran equivocación o el gran *acierto* de las entidades de crédito ha sido hacer uso de estos productos con las personas inadecuadas y con una comercialización fuera de la legalidad y moralmente cuestionable.

No queremos terminar sin antes poner de manifiesto que no todas las resoluciones dan la anulabilidad en estos tipos de contrato. Hay casos en los que el cliente tiene un perfil profesional y, por tanto, sabía dónde *jugaba*. En otros casos, se ha demostrado que la entidad ha proporcionado toda la información necesaria al cliente por lo que este, no tiene la condición de un error excusable. Por todo lo anterior, sería factible encarar un estudio teniendo en cuenta aquellos casos o sentencias en las que el fallo ha sido favorable a la entidad financiera. A pesar de todo, la situación actual sigue generando incertidumbre e inseguridad jurídica. En primer lugar, por que no todos los casos están resueltos y, en segundo, por que el legislador debería buscar medidas de mayor control. En todo caso, esperamos que con todo lo ocurrido con este tipo de contratación, salgamos de la cultura del “donde hay que firmar” que está instalada en este ámbito.

Bibliografía

a) Fuentes primarias

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

ALBADALEJO, M. *Compendio de derecho civil*. 13ª ed. Madrid: Edisofer s.l, 2007.
ISBN 978-84-96261-34-1

ALONSO, F.J. "Participaciones preferentes y clientes minoristas de entidades de crédito" [en línea].
La Ley Digital. 17 de diciembre de 2012 núm. 7875.

DÍAZ, Emilio, *Contratos sobre tipos de interés a plazo (FRAS) y futuros financieros sobre intereses*,
Madrid: Civitas, 1993.
ISBN: 84-470-0175-0

Díaz-Picazo, Luís; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil..* Madrid: tecnos, 2001. 2 v.
ISBN 84-309-3669-6.

GARCÍA, Bernardo, *Nulidad de los contratos swap en la jurisprudencia*, León: Eolas Ediciones,
2011.
ISBN 978-84-935957-3-9

GUTIÉRREZ, Diego; VACAS, Juan, "Las participaciones preferentes y la reestructuración bancaria". *Lo
Canyeret*. 2012, núm. 76, p.15.

LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho civil*. Madrid: Editorial Dykinson, 2000. 2 v.
ISBN 84-8155-655-6.

LAMOTHE, Prosper ; SOLER, José Antonio. *Swaps y otros derivados OTC en tipos de interés*.
Madrid: McGraw-Hill / INTERAMERICANA DE ESPAÑA, 1996.
ISBN 8448106873

MEDINA, Manuel. *Derecho civil II: Obligaciones y contratos*. Madrid: Editorial Dilex, 2004. 1 v.
ISBN 9788488910554

MERCADAL, Francisco; HERNÁNDEZ, Gabriel, *La comercialización de swaps de tipos de interés por
las entidades de crédito*, Barcelona: Bosch, 2012.
ISBN 978-84-9790-976-1

ZAMORANO, S, *El contrato de swap como instrumento financiero derivado*. Zaragoza: Real Colegio de España, 2003.
ISBN 9788493166489

b) Fuentes secundarias

BANCO DE ESPAÑA. BANCO DE ESPAÑA EUROSISTEMA. [En línea] Disponible en Web: <http://app.bde.es/atz_www/jsp/webSearch.jsp?acceso=bde&idioma=es&tipo=glosarioGen&T5=RELEVANCE&T1=preferentes#> [consulta: 10 de Noviembre de 2013.]

BELTRÁN, E. M; ORDUÑA, F. J; CAMPUZANO, A. B. *Curso de derecho privado*. 15ª. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
ISBN 978-84-9033-074-6

CLARK, Kim. *Inventor of the "swaps" Blames Regulators for Financial Crisis*. [en línea] 2004. US News. <<http://www.usnews.com/education/articles/2009/01/05/manager-of-yale-endowment-funds-blames-regulators-for-financial-crisis>> [consulta: 4 de octubre de 2013.]

COMISION NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES. Portal del Inversor. [En línea] 2009. Disponible en Web: <<http://www.cnmv.es/PortalInversor/section.aspx?hid=171>> [consulta: 23 de Julio de 2013.]

COMISION NACIONAL DE MERCADO DE VALORES. *Atención de reclamaciones y consultas de inversores*. [En línea] 2010. Disponible en Web: <http://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Informes/memoria_WEB.pdf> [Consulta: 4 de Noviembre 2013]

CONCEPCIÓN, José Luis. *Derecho de contratos*. Barcelona: Bosch, 2003.
ISBN 84-7676-986-5

FONDO DE REESTRUCTURACIÓN ORDENADA BANCARIA (FROB). "Publicidad de los criterios básicos determinados por la Comisión de Seguimiento de los Instrumentos Híbridos de Capital y Deuda Subordinada". Nota de prensa [en línea], Madrid, 2013. Disponible en Web: <http://www.frob.es/notas/20130417_PREFERENTES.pdf> [Consulta: 15 de noviembre de 2013]

GONZÁLEZ, J. L. "La responsabilidad en la venta de derivados financieros". *Estudios Socio-jurídicos*. Vol.9, núm. 2, pág. 151-152

INSTITUTE FOR BUSINESS VALUE (IBM). [En línea]. Disponible en Web: <<http://www-05.ibm.com/services/es/gbs/consulting/ibv/?lnk=fcm-iibv-eses>> [consulta: 4 de octubre de 2013]

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

ISBN 978-84-15948-09-4

LLOBET, Josep. *El deber de información de los contratos*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

ISBN: 84-7248-331-2

ROGEL, Carlos, *Derecho de Obligaciones y contratos*, Barcelona: JM Bosh, 1999.

ISBN 84-7698-564-9

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. Real Decreto-ley, de 24 de julio de 1989, por el que se publica el Código Civil. *Boletín Oficial del Estado*, 25 de septiembre de 1989, núm. 206.

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, pp.12304-12314.

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, pp.46601-46611.

España. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDC) y otras leyes complementarias. *Boletín Oficial del Estado*, 30 de noviembre de 2007, núm. 287, pp. 49181-49215.

d) Sentencias citadas

España. Tribunal Supremo. (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm.695/2010 de 12 de noviembre de 2010.

España. Tribunal Supremo. (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 834/2009 de 22 de diciembre de 2009.

España. Audiencia Provincial de Asturias-Gijón. (Sala de lo Civil, Sección 7ª) Sentencia núm. 242/2011 de 24 de mayo de 2011.

España. Audiencia Provincial de Alicante. (Sala de lo Civil, Sección 4ª) Sentencia núm. 377/2012 de 27 de septiembre de 2012.

España. Audiencia Provincial de Asturias-Gijón. (Sala de lo Civil, Sección 7ª) Sentencia núm.539/2010 de 16 de diciembre de 2010.

España. Audiencia Provincial de Asturias-Oviedo. (Sala de lo Civil, Sección 5ª) Sentencia núm.286/2010 de 23 de julio de 2010.

España. Audiencia Provincial de Asturias-Oviedo. (Sala de lo Civil, Sección 4ª) Sentencia núm.404/2010 de 12 de noviembre de 2010.

España. Audiencia Provincial de Badajoz. (Sala de lo Civil, Sección 2ª) Sentencia núm.178/2011 de 17 de mayo de 2011.

España. Audiencia Provincial de Barcelona. (Sala de lo Civil, Sección 19ª) Sentencia núm.253/2011 de 9 de mayo de 2011.

España. Audiencia Provincial de Burgos. (Sala de lo Civil, Sección 3ª) Sentencia núm. 267/2011 de 12 de septiembre de 2011.

España. Audiencia Provincial de Córdoba. (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 16/13 de 30 de enero de 2013.

España. Audiencia Provincial de Las Palmas. (Sala de lo Civil, Sección 5ª) Sentencia núm.457/2011 de 6 de octubre de 2011.

España. Audiencia Provincial de León. (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 445/2011 de 5 de diciembre de 2011.

España. Audiencia Provincial de León. (Sala de lo Civil, Sección 2ª) Sentencia núm. 392/2011 de 14 de diciembre de 2011.

España. Audiencia Provincial de Lugo. (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 247/2011 de 2 de mayo de 2011.

España. Audiencia Provincial de Murcia. (Sala de lo Civil, Sección 5ª) Sentencia núm. 355/2011 de 14 de diciembre de 2011.

España. Audiencia Provincial de Pontevedra. (Sala de lo Civil, Sección 6ª) Sentencia núm. 324/2012 de 25 de abril de 2012.

España. Audiencia Provincial de Sevilla. (Sala de lo Civil, Sección 8ª) Sentencia núm. 440/2011 de 28 de noviembre de 2011.

España. Audiencia Provincial de Valencia. (Sala de lo Civil, Sección 9ª) Sentencia núm. 276/2010 de 6 de octubre de 2010.

España. Audiencia Provincial de Valencia. (Sala de lo Civil, Sección 9ª) Sentencia núm. 220/2013 de 19 de septiembre de 2013.

España. Audiencia Provincial de Zaragoza. (Sala de lo Civil, Sección 5ª) Sentencia núm. 220/2011 de 28 de marzo de 2011.

España. Audiencia Provincial de Zaragoza. (Sala de lo Civil, Sección 5ª) Sentencia núm. 399/2011 de 20 de junio de 2011.



AT. EVA SORIANO

CONDICIONES PARTICULARES DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE RIESGOS FINANCIEROS

Nombre del titular/es:		
Titular/es	Domicilio titular/es	N.I.F.
Representante/s		
		N.I.F.

Nominal contratado: 950.000,00
Cuenta de cargo/abono: 0128 9451

Nombre del producto de cobertura: Clip Actualizado BK3
Fecha inicio de comercialización: 22 de marzo de 2006
Fecha fin de comercialización: 11 de abril de 2006.*
Fecha inicio del producto: 19 de abril de 2006
Fecha de vencimiento del producto: 19 de octubre 2010.
Duración: 4,5 años

Ventanas de cancelación: El Cliente podrá solicitar la cancelación anticipada del producto. A tal efecto, Bankinter ofrecerá a los Clientes una ventana de cancelación el día 15 de los meses de septiembre, diciembre, marzo y junio comenzando el 15 de septiembre de 2006 y finalizando el 15 de junio de 2010. Bankinter ofrecerá un precio de cancelación acorde con la situación de mercado en cada una de esas fechas. Adicionalmente, Bankinter podrá repercutir al Cliente los posibles gastos en que haya podido incurrir como consecuencia de la cancelación anticipada del Producto.

* Durante toda la vigencia del Período de Comercialización y cuando concurren circunstancias sobrevenidas en el Mercado que, a juicio del Banco, alteren sustancialmente la situación existente cuando se realizó la oferta del Producto, el Banco podrá revocar la oferta respecto del Producto si bien en este caso el Banco ofrecerá a los clientes un Producto alternativo y de características similares al que se les ofreció inicialmente

LIQUIDACIONES:

Periodicidad de las liquidaciones: Trimestrales, al final de cada periodo, los días 19 de los meses de abril, julio, octubre y enero de cada año. En caso de que alguno de estos días se declarara como día inhábil, se realizará la liquidación el día hábil inmediatamente posterior. La primera liquidación será el 19 de julio de 2006 y la última el 19 de octubre de 2010.

En la cuenta corriente asociada se producirá una única liquidación en cada periodo, resultante del neto de los dos siguientes conceptos:

- Cliente Paga:

Primer período (Trimestres 1 a 4):	2,65% si Euribor 3 meses (*) es menor o igual al 3,15%; o Euribor 3 meses (*) - 0,10% si Euribor 3 meses (*) es mayor al 3,15%
Segundo período (Trimestres 5 a 8):	3,65% si Euribor 3 meses (*) es menor o igual al 4,15%; o Euribor 3 meses (*) - 0,10% si Euribor 3 meses (*) es mayor al 4,15%
Tercer período (Trimestres 9 a 12):	3,80% si Euribor 3 meses (*) es menor o igual al 4,30%; o Euribor 3 meses (*) - 0,10% si Euribor 3 meses (*) es mayor al 4,30%
Cuarto período (Trimestres 13 a 18):	3,90% si Euribor 3 meses (*) es menor o igual al 4,40%; o Euribor 3 meses (*) - 0,10% si Euribor 3 meses (*) es mayor al 4,40%

- Cliente Recibe:

Trimestralmente: Euribor 3 meses (*).

Fechas de fijación del tipo de interés de referencia: los días 19 del mes de abril, julio, octubre y enero de cada año, empezando el 19 de abril de 2006 y finalizando el 22 de julio de 2010. En caso de que alguno de estos días se declarara como día inhábil, se aplicará el tipo de referencia del día hábil inmediatamente posterior.

Liquidación adicional: En el supuesto en el que el tipo medio pagado por el cliente durante los 18 trimestres del producto sea superior al 4,75%, en la última liquidación, Bankinter le abonará al cliente la diferencia entre el tipo medio resultante y el 4,75%, aplicando la siguiente fórmula:

BANKINTER



BANKINTER
www.bankinter.com

Liquidación = Nominal x $\text{Max}\{0, (\text{Tipo Medio} - 4.75\%)\} \times 4.5 \text{ años}$

(*) Tipo de interés de referencia: Euribor 3 meses publicado a las 11.00h en la página de Reuters EURIBOR01, dos días hábiles previos a la fecha de fijación.

Base de cálculo: 360 días

Divisa de Pago: Euro.
Divisa de Cobro: Euro.

En MOLLET DEL VALLES, a 10 de ABRIL de 2006

EL CLIENTE

P.P. J. [Redacted]

BANKINTER, S.A.
p.p. [Signature]



CLIP Bankinter 3

Características del producto:

Diseñado para cubrir el riesgo derivado de los movimientos de los tipos de interés de una parte o d total del endeudamiento de la empresa referenciado a tipo de interés variable, **independientemente de la entidad donde lo tenga financiado.**

A través de **Clip Bankinter 3**, la empresa obtiene trimestralmente y durante los próximos 4 años, un tipo de interés variable referenciado a la evolución del Euribor 3 meses, a cambio de pagar un tipo de interés prefijado y conocido para cada trimestre, según el siguiente esquema de liquidaciones:

Periodo	Cliente Paga	Cliente Recibe	Liquidación
Trimestres 1, 2, 3 y 4	1,95%	EURIBOR 3M	Trimestral

Periodo	Cliente Paga	Cliente Recibe	Liquidación
Trimestres 5, 6, 7 y 8	2,95%	EURIBOR 3M	Trimestral

Periodo	Cliente Paga	Cliente Recibe	Liquidación
Trimestres 9, 10, 11, 12, 13 14, 15 y 16	3,80%	EURIBOR 3M	Trimestral

La primera liquidación será el día 19 de julio de 2.005.

A partir del noveno trimestre **Bankinter podrá convertir** el tipo de interés fijo que se ha comprometido a pagar el Cliente en un tipo de interés subvencionado para el tiempo restante del producto, ofreciendo al cliente en ese momento, el **derecho a elegir entre una de las tres siguientes alternativas:**

- 1.-recibir una **subvención del 0.15% anual pagadero trimestralmente** sobre el importe nominal contratado.
- 2.-recibir dicha subvención anual en un **solo pago en el momento de la conversión (*)**.
- 3.-utilizar la subvención en la **contratación de la nueva Solución de Cobertura** que Bankinter le ofrecerá en el momento de la conversión y que, aprovechando el importe derivado de dicha subvención, mejorará la situación de mercado de ese momento.

(*) este importe se determinará asignando linealmente un 0.13% anual pagadero trimestralmente a cada trimestre pendiente de liquidar en el momento de la conversión.

Fecha inicio de comercialización: 18 de marzo de 2.005.
Fecha fin de comercialización: 14 de abril de 2.005.*
Fecha inicio de la cobertura: 19 de abril de 2.005.
Fecha de vencimiento del producto: 20 de abril de 2.009.
Duración: 4 años.
Ventanas de cancelación: trimestrales.

** Si durante toda la vigencia del Periodo de Comercialización y cuando concurren circunstancias sobrevenidas en el Mercado que, a juicio del Banco, alteren sustancialmente la situación existente cuando se realizó la oferta del Producto, el Banco podrá revocar la oferta respecto del Producto si bien en este caso el Banco ofrecerá a los clientes un Producto alternativo y de características similares al que se les ofreció inicialmente"*

Ventajas del producto:

- Ofrece una magnífica oportunidad de protección ante subidas moderadas de los tipos de Interés.
- Durante el primer año, el cliente se asegura un tipo de interés del 1.95%, muy inferior al tipo de interés de mercado actual.
- Si el producto no se convierte, la cobertura se habrá obtenido a un atractivo tipo medio del 3.12%, durante toda la vida de la operación.
- En caso de que se produzca la conversión, el cliente podrá decidir entre tres distintas alternativas.

Ambas partes manifiestan que antes de concluir cualquier operación habrán evaluado las implicaciones legales, regulatorias, contables, financieras y fiscales y que disponen de los suficientes conocimientos y experiencia para así hacerlo, bien independientemente o a través de sus asesores. El Banco no podrá ser considerado asesor de la otra parte en ninguna circunstancia. En la evaluación anteriormente mencionada, cada parte tendrá en cuenta su propia situación financiera de negocio y capacidad de evaluación del riesgo, así como la cumplimentación de sus propias políticas internas y objetivos, en la determinación de la conveniencia para entrar o no en cualquier operación.

CONDICIONS PARTICULARS

A ALELLA A 11 DE DESEMBRE DE 2008
DATA D'OBERTURA 01-06-2001
NÚM. COMPTE DE VALORS (CCC) 2013 0978 17 3500005002
NU PROPIETARI/S, USUFRUCTUARI/S I REPRESENTANT/S QUALITAT NIF/CIF
N01
U01
DOMICILI
DISPONIBILITAT CONJUNTA
COMPTES ASSOCIATS
NÚM. COMPTE DE CÀRREC (CCC) 2013 0978 16
NÚM. COMPTE D'ABONAMENT (CCC) 2013 0978 16

CONDICIONS GENERALS

Les persones indicades més amunt o, si escau, els representants legals i Caixa d'Estalvis de Catalunya, amb CIF número G-08169815 i número de registre del Banc d'Espanya 2013 (d'ara endavant, Caixa Catalunya), representada degudament, es reconeixen la capacitat legal necessària i acorden obrir un compte de valors amb el número i les característiques assenyalats, que es regirà per les normes de conducta i els requisits d'informació establerts en les normes del mercat de valors i per les condicions següents:

Primera. Objecte del contracte. Aquest contracte regula els serveis de custòdia i administració dels valors representats pels títols o les anotacions en compte que aporta el titular.

Els valors a què fa referència aquest contracte són els valors la custòdia o administració dels quals el titular confia a Caixa Catalunya, la qual registra a través del compte de valors indicat en l'encapçalament d'aquest contracte. El titular respon davant Caixa Catalunya i davant tercers de la legitimitat de la seva propietat sobre els valors i, per tant, Caixa Catalunya no té cap responsabilitat sobre la seva validesa o legitimitat.

Els títols físics, quan aquest és el mitjà de representació, es subdipositen amb caràcter general a la Confederació Espanyola de Caixes d'Estalvi (CECA). Quan convé perquè estiguin més ben administrats, Caixa Catalunya pot subdipositar-los en una altra entitat, si comunica prèviament al titular la identitat i la qualitat creditícia d'aquesta. En aquest sentit, Caixa Catalunya en respon davant el titular com si s'haguessin dipositat en aquesta entitat.

Caixa Catalunya ha d'adoptar les mesures que calguin per garantir que l'entitat subdipositària té prou capacitat i competència i per garantir qualsevol autorització que, si escau, exigeix la llei, per fer les funcions delegades de manera fiable i professional. En tot cas, el subdipòsit es fa en comptes individualitzats per compte i a nom del titular per garantir que Caixa Catalunya hi pot accedir de manera efectiva.

En cas que els valors siguin representats per anotacions en compte, el titular faculta Caixa Catalunya i CECA a fer, davant les entitats adherides al Servei de Compensació i Liquidació, qualsevol acte conservatiu i d'administració.

Segona. Obligacions de Caixa Catalunya. Caixa Catalunya porta a terme l'activitat de custòdia i administració mirant sempre pel titular.

Caixa Catalunya ha de facilitar que el titular exerceixi els drets polítics dels valors, emeti els certificats de legitimitat i, en general, faci els actes que calen per conservar els drets dipositats.

Caixa Catalunya ha de comunicar per escrit les operacions, financeres o no, que anuncien les societats emissores dels valors dipositats o administrats que confereixen drets preferents al titular o en requereixen la conformitat i ha de fixar un termini per respondre-hi, la llargada del qual depèn del termini que han determinat les entitats emissores o les entitats agents designades per aquestes en les respectives operacions i, si escau, de les característiques pròpies de les operacions. En les comunicacions s'indica què fa Caixa Catalunya si no rep resposta en el termini indicat; l'actuació proposada per defecte és la que es considera més adequada per als interessos del titular i, com a criteri general, en els casos d'ampliacions de capital alliberades s'acut a la subscripció de les accions que corresponguin, en els casos d'ampliacions de capital no alliberades es venen els drets sempre que el mercat ho permeti i en els casos d'ofertes públiques d'exclusió s'acut a aquestes.

Caixa Catalunya ha de retre comptes amb puntualitat al titular de totes les actuacions fetes.

Tercera. Exempció de responsabilitat. Caixa Catalunya no es fa responsable dels perjudicis que hi ha quan es fan operacions amb apoderats, representants o persones autoritzades les facultats dels quals respecte al compte s'han modificat, limitat o extingit i Caixa Catalunya no n'ha rebut cap avís, o que aquests perjudicis són per culpa del retard en l'enviament de la comunicació, en el trasllat de les ordres dels titulars o en l'exercici dels drets, a conseqüència de qualsevol causa major, cas fortuit o circumstàncies alienes al control de Caixa Catalunya d'acord amb la normativa vigent aplicable.

Quarta. Compte vinculat i compensació. Si no és que el titular dóna altres instruccions per escrit, els cobraments i pagaments derivats de l'execució d'aquest contracte s'efectuen per abonament i càrrec en els comptes vinculats que s'indiquen en l'encapçalament. El titular autoritza de manera irrevocable Caixa Catalunya a aplicar completament o parcialment el pagament i compliment de les obligacions vençudes que

deriven d'aquest contracte o de la llei, els saldos i dipòsits dineraris de què és titular a Caixa Catalunya, sempre que hi hagi equivalència en el grup de titularitat.

Si la compensació prevista en el paràgraf anterior no cobreix tot el descobert, Caixa Catalunya es posarà en contacte amb el titular per fer-li saber que, si abans de vint-i-quatre hores d'haver rebut l'avis no s'ha cobert l'import en descobert, alienarà els valors dipositats en la quantitat necessària per respondre d'aquest descobert, per compte i risc seus, conforme a l'ordre de prelació establerta en l'avis i amb els perjudicis mínims per al titular.

Cinquena. Titularitat. La titularitat del dipòsit o dels valors administrats es correspon amb la titularitat jurídica dels valors i es constitueix a nom d'una o diverses persones físiques o jurídiques.

Quan la titularitat correspon a més d'una persona, s'estableix en l'encapçalament la manera amb què actuen. Si no es convé res respecte a aquesta qüestió, s'entén que ho fan mancomunadament. Si s'ha pactat de manera expressa la solidaritat, s'entén que tots els cotitulars es concedeixen poder recíproc perquè qualsevol exerci, en representació dels altres, tots els drets de custòdia i administració que provenen d'aquest contracte. A més, tots els titulars s'apoderen recíprocament per exercitar els drets d'alienació, traspàs, gravamen o qualsevol altre acte de disposició completa o parcial dels valors que són objecte d'aquest contracte.

Sisena. Defunció. En cas de defunció del titular, els hereus i els altres titulars d'aquest contracte estan obligats a comunicar-ho a Caixa Catalunya. Les ordres executades en el període que passa entre la defunció i el moment en què Caixa Catalunya en pren coneixement solament són responsabilitat de l'ordenant.

Els valors i l'efectiu custodiats, administrats o adquirits corresponen als successors quan aquests acrediten el dret de ser-ho. Des de la comunicació fefaent de la defunció, la disposició dels valors és condicionada al compliment de les obligacions legals vigents i, sobretot, a l'acreditació prèvia del pagament, quan és procedent, dels impostos exigibles.

Setena. Tarifes i comissions. La custòdia, administració o qualsevol altra actuació que Caixa Catalunya porta a terme per executar les instruccions del titular, així com per representar-lo, reporten comissions pels conceptes següents: manteniment de la custòdia, administració de títols físics, administració de valors representats per anotacions en compte, amortitzacions, devolucions de capital i altres reemborsaments, bescanvis, conversions, etc. Aquestes comissions són dins dels límits establerts pel fulllet de tarifes de Caixa Catalunya que es lliura al titular en aquest acte.

Vuitena. Modificació del contracte. Qualsevol modificació d'aquestes clàusules o la incorporació d'altres de noves requereix l'avis previ al titular amb prou antelació perquè, si ho vol fer, renunciï a aquest contracte. S'entén que, si abans d'un mes d'haver rebut l'avis no s'hi oposa, el titular accepta els nous termes del contracte.

D'altra banda, la comunicació de les modificacions de tarifes es fa per comunicació individualitzada al titular, amb una antelació a l'entrada en vigor de 2 mesos, de manera que no s'aplica la modificació esmentada fins que no ha vençut aquest termini, si no és que la modificació implica un benefici per al titular, cas en què s'aplica de seguida. Si abans d'aquest termini el titular no cancel·la la relació contractual, s'entén que està d'acord amb les modificacions.

Novena. Durada del contracte. Aquest contracte es pacta per un termini indefinit. Això no obstant, qualsevol de les parts pot resoldre'l en qualsevol moment, si bé subsisteix l'obligació, del titular, de satisfer les quantitats degudes —és a dir, les comissions per les operacions fetes pendents de liquidar quan es resol el contracte, la part proporcional reportada de les tarifes corresponents al període iniciat quan s'acaba el contracte i les altres obligacions accessòries que cal fer efectives d'acord amb el que s'ha convingut en aquest contracte— i l'obligació, de Caixa Catalunya, d'executar les ordres que li han donat abans.

Desena. Domicili i comunicacions. S'entén com a domicili del titular, per fer-hi requeriments o enviar-hi notificacions —encara que la titularitat la tingui més d'una persona—, el que consta en l'espai reservat per al domicili en l'encapçalament d'aquest contracte. Si més endavant hi ha un canvi de domicili, s'ha de comunicar a Caixa Catalunya.

D'altra banda, s'entén com a domicili a l'efecte de resolució del contracte el de l'oficina que consta en l'encapçalament d'aquest contracte.

Caixa Catalunya ha de remetre al titular, cada any i en suport durador, informació sobre l'estat dels valors que són objecte d'aquest contracte i, cada mes, en cas que es faci algun moviment que altera el saldo anterior, un extracte d'operacions i una valoració de la cartera. Aquests extractes han d'incloure les dades següents: titularitat, codi compte de valors, denominació de la classe de valor, nombre de títols, nominal i valoració la data de l'extracte per als valors amb cotització oficial. En els valors no cotitzats s'ha d'indicar aquesta circumstància en l'extracte. En tot cas, el titular té 15 dies naturals des que rep la informació per donar la conformitat als extractes i les liquidacions que li envien o fer-hi objeccions.

Onzena. Jurisdicció. Per resoldre qualsevol conflicte derivat d'aquest contracte, les parts atorgants se sotmeten de manera expressa als jutjats i tribunals competents d'acord amb la legislació aplicable.

Dotzena. Incentius i conflictes d'interès. Caixa Catalunya ha de facilitar al titular el sistema d'incentius i la política de gestió de conflictes d'interès de l'entitat quan subscriu aquest contracte de custòdia i administració de valors, i ho ha de fer sense perjudici de facilitar informació més detallada si la sol·licita el titular. En tot cas, el pagament d'incentius a Caixa Catalunya no afecta l'obligació d'aquesta entitat d'actuar en l'interès òptim del titular.

Tretzena. Fons de Garantia. Caixa Catalunya està adherida al Fons de Garantia de Dipòsits de Caixes d'Estalvis, constituït per mitjà del Reial decret 2870/1980, de 4 de desembre.

Catorzena. Tractament de dades personals. Les dades personals dels signants s'incorporen a fitxers de Caixa Catalunya, que tenen com a finalitat seguir la relació contractual, controlar les operacions a nom seu i registrar-les. Els signants tenen dret d'accedir a aquestes dades, rectificar-les, cancel·lar-les i oposar-se a tractar-les en els casos previstos legalment. Caixa Catalunya pot conservar-les fins que prescriguin les accions derivades d'aquest contracte.

Com a prova de conformitat, en el lloc i la data indicats en les condicions particulars se signa aquest contracte, del qual rebo/rebem una còpia i la tarifa de comissions que s'hi pot aplicar actualment.