

A PROPÓSITO DE LOS CONTRATOS DE PERMUTA DE TIPOS DE INTERÉS (SWAPS)

Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava núm. 20/2011 (Sección 1.ª), de 18 de enero de 2011

EMILIO DÍAZ RUIZ

Profesor Titular de Derecho Mercantil UCM y Abogado

JULIO IGLESIAS RODRÍGUEZ

Abogado

Resumen: *Los contratos de permuta de tipos de interés (Swaps) ocupan una página destacada en la actual litigiosidad por materias de nuestros tribunales. Dentro de esta abundante conflictividad judicial, las demandas en las que se solicita la nulidad de estos contratos, especialmente, por la concurrencia de vicios del consentimiento (ex art. 1301 del Código Civil) son abundantes y vienen, sin duda, provocadas por el actual y muy excepcional escenario de tipos de interés.*

El error ocupa un lugar preeminente en la fundamentación de las demandas. El dolo también sirve para fundar las pretensiones de nulidad. La Sentencia que es objeto de comentario es, precisamente, uno de los supuestos excepcionales que declara la nulidad por dolo del Swap. A propósito del dolo, la Sentencia analiza otros temas concurrentes en este tipo de litigios como la finalidad de contrato, su funcionamiento, la cancelación anticipada del contrato, la normativa aplicable o los efectos inherentes a la declaración de nulidad de estos productos financieros.

En este comentario se analiza la fundamentación de la nulidad declarada por la Sentencia y se estudia el tratamiento de muchas de esas cuestiones comunes en la práctica judicial actual de los Swaps.

Palabras clave: *permuta de tipo de interés, Swap, vicio del consentimiento, dolo, error, cancelación anticipada, Euribor, efectos de la nulidad.*

Abstract: *Nowadays, swap agreements are at the forefront of the disputes at stake in our Courts. Amongst these abundant judicial disputes, lawsuits which claim the nullity of these contracts on the grounds of vices of consent (ex article 1301 of the Civil Code) are numerous and they are provoked by the current and exceptional scenario of interest rates.*

Misconception is preeminently on the basis of lawsuits and rulings. Wilful misconduct is also used as grounds for nullity. The Judgment analyzed herein is one of the exceptional rulings in which the Swap agreement is deemed void on the grounds of wilful misconduct. In this regard, the Judgment analyzes other issues at stake in these kind of proceedings, such as the purpose of the contract, its functioning, the early termination of the contract, the applicable law and the effects of the declaration of nullity of these financial products.

This commentary analyzes both the grounds for the nullity declared by the Judgment and the approach of the current judicial practice to many of these common issues concerning Swap agreements.

Key words: *Interest rate swap, lack of consent, wilful misconduct, misconception, early termination, Euribor, effects of nullity*

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La discrepancia sobre la valoración de la prueba

La apelante discrepa de la sentencia de instancia, que desestima íntegramente sus pretensiones de declarar la nulidad, o alternativamente, la anulabilidad o resolución de los contratos de SWAP u «Operación de permuta financiera de tipos de interés con tipo fijo creciente y convertible a tipo variable» que suscribió con BANCO. Cuando planteó su demanda consideraba que habían suscrito, como clientes que eran de tal entidad bancaria, el mencionado contrato precisamente por la confianza que les inspiraba ser ya clientes de la misma, por la insistencia de aquélla y por la convicción de que adquirirían un «seguro» para cubrirse en caso de subidas de tipo de interés, todo lo cual determinaba efectivamente la prueba acredita, y la sentencia lo admite, que las sociedades eran clientes de BANCO, con créditos, préstamos, líneas de descuentos y efectos que tenían adosados pactos de remuneración de interés. También admite la sentencia y no discuten las partes que la iniciativa parte del banco, que precisamente en razón a la existencia de tales créditos con interés variable, ofreció el producto ahora controvertido. La discrepancia se centra, en este apartado fáctico, en si realmente se ofrecía un «seguro» para evitar mayores perjuicios en caso de subida de tipos de interés, o no sucedió así, como sostiene BANCO y la sentencia impugnada.

Al respecto hay que ponderar que el «gestor comercial del banco», José Augusto, declara que se ofreció un producto para que el cliente se «cubriera» frente a eventuales subidas de tipos de interés. Por otro lado el propio demandado, hoy apelada, admite que la

razón de la oferta contractual fue precisamente esa. Finalmente la propia sentencia da por probado tales extremos, todo lo cual conduce a concluir que la versión referida por los demandantes queda razonablemente acreditada.

Sin embargo los contratos aportados rezan en su exponendo I lo contrario, pues indican

«Que el cliente se ha dirigido al BANCO manifestando su voluntad de realizar una operación financiera sobre instrumentos financieros derivados (en lo sucesivo ‘la Operación’) ajustada a determinadas características económicas y financieras decididas por el propio cliente». Lo cierto es que incluso los representantes del mismo y sus comerciales admiten que fueron ellos quienes propusieron su firma y quienes insistieron en varias ocasiones a cada uno de los clientes. Igualmente, el cliente manifiesta que, con mayor o menor detalle, lo que se le ofreció era protegerse frente a una eventual subida de tipos de interés. Ya se ha dicho que los empleados del banco también insisten en ese aspecto, aunque nieguen haber utilizado la expresión «seguro». No obstante la sentencia declara probado, y nadie lo discute, que el gestor, José Augusto, había ofrecido «un producto financiero que tiene por objeto proteger al inversor en caso de subida de tipos, para prevenir el riesgo que puede conllevar una subida de tipos».

Parece claro, por lo tanto, que la entidad bancaria tomó la iniciativa contractual, esgrimió la eventual subida de tipos de interés, subrayó la falta de coste para el cliente, e incluso ofreció un incremento del crédito hasta entonces concedido, todo ello con la finalidad, nunca negada, de lograr

la firma del contrato cuya validez ahora se discute.

De ahí se concluye lo contrario que en la instancia, es decir, que la razón esencial por la que los clientes contratan es evitar perjuicios para el caso de que los tipos de interés subieran. Se ha acreditado que el fundamento de la voluntad de contratar de quienes ya eran clientes del banco fue la persistente insistencia del mismo, que les llevó al convencimiento de que, de este modo, no se verían perjudicados, o no en un grado elevado, si se producía la eventualidad de la elevación de tipos de interés, pues los productos que ya habían firmado, créditos, préstamos o líneas de descuento, se remuneraban con interés variable.

También existe discrepancia sobre si se aseguró o no que la eventual resolución no supondría coste para las empresas clientes del banco. El banco lo niega, extremo que no se considera acreditado con la sentencia. Efectivamente los términos del contrato aportado evidencian que supondría algún coste. Al margen de la valoración jurídica que merezca, respecto a su claridad, la cláusula segunda de los contratos, basta examinarla para constatar que además de ser precisos conocimientos jurídicos de algún nivel, no incluye una referencia exacta del coste que supondría tal resolución. Ni siquiera un avezado profesional sería capaz, con la mencionada cláusula, de determinar el coste de la resolución porque se remite a índices que, con su simple lectura, impiden conocer su cuantía. Este dato, unido a la creíble versión de la parte demandante, permite concluir, pese a la negativa del comercial del banco, que efectivamente no se informó, o al menos no se hizo de forma inteligible y concreta, del elevado coste que supone la resolución anticipada por parte del cliente. En consecuencia, también en este apartado debe admitirse la queja del apelante sobre la incorrecta valoración de la prueba.

SEGUNDO: *Sobre la naturaleza del contrato*

Antes de continuar es preciso fijar, someramente, la naturaleza del contrato suscrito, pues es fundamental concretarla para analizar los motivos de nulidad, anulabilidad o resolución que, de modo alternativo, plantea la recurrente. Las partes han pactado intercambiar (swap significa en inglés cambio, canje o cambalache) tipos de interés, especulando con que superarán o no ciertos límites máximos o mínimos, a partir de los cuales quedan obligadas a reintegrar a la otra, por el tiempo que hayan pactado.

Es significativa la definición que de tal contrato contiene el modelo de contrato marco de operaciones financieras que oferta en su página web la Asociación Española de Banca Privada como «aquella operación (léase contrato) por la que las partes acuerdan intercambiarse ente sí pagos de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante un periodo de duración acordada». Aunque el contrato suscrito no se haya elaborado por esta asociación, sino por BANCO, expresa claramente una finalidad distinta que la cobertura o aseguramiento frente a la elevación de tipos de interés.

En la doctrina de las Audiencias destaca la SAP Asturias, Secc. 5.ª, de 27 de enero de 2010 (AC 2010\6), luego reiterada en la de 29 de octubre de 2010 de la Secc. 7.ª de esta misma Audiencia, y sistemáticamente citada por otras Audiencias que la han seguido posteriormente.

Dice su Fundamento Jurídico 3.º que «Es un contrato atípico, pero lícito al amparo del art. 1.255 C.C. y 50 del C. Comercio, importado del sistema jurídico anglosajón, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones actuando cada una como causa de la otra), de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas. En su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real

(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 o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor. De otro lado, interesa destacar que el contrato de permuta de intereses, en cuanto suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiñe de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del art. 1.799 Código Civil atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes».

Las SAP Cáceres, Secc. 1.ª, de 18 de junio de 2010, SAP León, Secc. 2.ª, de 22 de junio de 2010 y SAP Zaragoza, Secc. 5.ª, de 26 de octubre de 2010, ROJ SAP Z 2416/2010, subrayan los tintes especulativos que lo caracterizan. Sobre su relación con el seguro la SAP Valencia, Secc. 9.ª, de 6 de octubre de 2010, dice que «Esta operación, si bien atípica, es válida y eficaz al amparo del art. 1255 del Código Civil y desde luego no puede conceptuarse ni constituye un contrato de seguro, al faltar un elemento definidor del mismo cual es el pago de una prima (art. 1 de la Ley de Contrato de Seguro), no obstante, la nota semejante que puede apreciarse en la finalidad de cubrirse los riesgos de la subidas de los tipos de interés y por ende de los mayores costes financieros».

Esta misma Audiencia, en su SAP 143/2009 Álava (Secc. 1.ª) de 7 de abril de 2009, ha analizado otros contratos bancarios de intercambio de intereses (CLIP de interés) ofrecidos a clientes con la excusa de asegurarles ciertas garantías, en aquel caso por cambio de divisas. Tal resolución mostraba la perplejidad de un contrato en el que, por mucho que se analizaran sus cláusulas, ninguna ventaja se apreciaba para el cliente, incumpliendo por lo tanto el elemental principio de justo equilibrio de las prestaciones que debe caracterizar los contratos bilaterales.

Visto todo lo indicado hasta aquí puede concluirse que esta clase de contrato no es una forma de asegurar que no se abonarán tipos por encima de cierto límite, sino un contrato atípico y bilateral, teñido de cierta aleatoriedad. Desde esta naturaleza jurídica habrá que resolver la cuestión principal.

TERCERO: Sobre las maquinaciones e insidias en la nulidad por dolo

La pretensión de la apelante es la revocación para estimar la primera solicitud de la instancia, es decir, la nulidad del contrato. Sostiene, al respecto, la aplicabilidad del art. 1.261 del Código Civil (CCv), pues en su opinión existe, por un lado, el dolo negocial al que alude el art. 1.269, y por otro, error del consentimiento del art. 1.266 CCv. La primera alegación, sobre el dolo previsto en el art. 1.269 CCv, fue desestimada en la instancia argumentando falta de prueba de la conducta insidiosa, de que la voluntad del cliente quedara viciada, de que la conducta del banco fuera determinante de la declaración y de que no se haya causado por tercero ni empleado por ambas partes.

Analizando entonces este motivo del recurso, el precepto señalado dispone que concurre dolo si 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. La STS de 5 de marzo de 2010, RJ 2010\2390, explica que tales

«palabras o maquinaciones pueden tener carácter positivo o ser de tipo negativo en el sentido de la reticencia o silencio ante una situación que razonablemente podía pensarse lo contrario».

Lo que la prueba permite alumbrar es que el banco ofreció la contratación dando a entender que de este modo el cliente se «cubría» frente a la eventual subida de tipos de interés. Tendencia de los tipos que, de forma sin duda imprecisa, iban a referenciar las obligaciones de una y otra parte. Esta forma de exponer el contenido del contrato quizá se explique por el escaso atractivo que para cualquiera supone realizar una apuesta en el que la otra parte implicada es una entidad con mayor conocimiento de las vicisitudes y tendencias de los vaivenes de la economía, flujos financieros y propensión de los mercados y tipos. Si BANCO o cualquier otra entidad bancaria expusiera que el contrato en esencia se reduce a tal apuesta (paga el banco si los tipos de referencia suben por debajo de cierto nivel, paga el cliente si los tipos bajan), sería difícil conseguir la suscripción de esta clase de productos.

Pero si lo que se ofrece, aderezado de múltiples explicaciones sobre la tendencia alcista de los mercados —que luego nunca se confirmó— es una forma de evitar las costosas consecuencias de tal elevación de tipos, el producto se vuelve más atractivo, aunque la explicación no responda fielmente a la naturaleza del mismo. Esta práctica ha sido criticada por numerosas resoluciones de Audiencia Provincial, referidas a supuestos de vicios del consentimiento, que cuestionan que pueda ofrecerse como seguro un contrato de permuta de tipos de interés o swap (SAP Jaén, Secc. 3.ª, de 27 de marzo de 2009; SAP Pontevedra 7 abril 2010; SAP Asturias de 23 de julio de 2010; SAP Bizkaia, Secc. 4.ª, de 14 septiembre de 2010 y la antes citada SAP Valencia, Secc. 9.ª, de 6 de octubre de 2010).

Se argumenta, por el banco, que el cliente pudo leer el contrato y que solicitó explicaciones en varias ocasiones. Frente a

tal argumento puede acudir al contrato, un contrato de adhesión, en el que las condiciones han sido predispuestas por el oferente. Es el banco quien redacta el contrato, y falta a la verdad cuando en el exponendo I asegura que el cliente se ha dirigido al mismo manifestando la voluntad de realizar esta operación financiera.

Desde sus comienzos el contrato incluye esta expresión mendaz, pues no fueron los clientes quienes acuden a las oficinas reclamando este producto, sino sus comerciales quienes hubieron de insistir, de forma pertinaz, para convencer a los mismos de la bondad del producto ofrecido.

Es más, en tal exponendo I se asegura que el cliente requiere «una operación financiera sobre instrumentos financieros derivados...», expresión que parece poco probable que realmente emplearan. Lo que ocurrió es que la entidad bancaria tenía un decidido interés (no hay prueba de la especulación de la recurrente sobre la alegada previsión de pérdida de ingresos por el descenso de tipos), en que tal contrato se suscribiera, ofreciendo para ello incluso ampliar líneas de crédito, lo que hacía atractiva su contratación a las pequeñas empresas que luego le han demandado.

En definitiva el argumento de que basta analizar el contrato para concluir qué se contrataba debe ser desestimado. El contrato no recoge la realidad desde su comienzo, y en fase precontractual se da a entender por el oferente que sirve para un fin, la evitación de costes añadidos en caso de subida de tipos de interés, que no responde a la realidad, pues también contiene previsiones que suponen coste para el cliente si los tipos bajan por debajo de ciertos límites.

Respecto al argumento de que el administrador social de las demandantes preguntó cuanto quiso y se asesoró por terceros, habrá que subrayar lo que realmente sucedió. Dicho administrador social no mostró interés en suscribir tal contrato, limitándose a indicar que «se lo

iba a pensar». A pesar de ello, el banco vuelve a insistir a través de sus comerciales, como éstos refieren en juicio. Ante la reticencia en contratar, se le ofrece una ampliación del crédito del que podría disponer, y es entonces, finalmente, cuando acepta contratar.

En definitiva, el ofrecimiento de un producto con una finalidad diferente a la real, ocultando las consecuencias negativas que supone para el cliente suscribirlo, y el ofrecimiento de una ampliación del crédito

En cuanto a la falta de prueba sobre que estas maniobras viciaran la voluntad del contratante, necesarias para que concurra el dolo y alegadas también como causa de nulidad conforme al art. 1.266 CCv, se argumenta que primero se signa un contrato, el 20 de abril de 2005, con vigencia hasta 2006, luego otro el 17 de marzo de 2006, vigente hasta 2007, y finalmente otro el 26 de septiembre de 2006, con vencimiento en 2011, habiéndose beneficiado de los primeros. Ciertamente es así, y se reconoce por los demandantes. La cuestión, sin embargo, es que los primeros contratos desenvuelven sus efectos en la forma que creían los clientes que funcionaba, es decir, supuso un ahorro neto de la modesta cantidad de 156,74 € (doc. núm. 3 de la demanda, folio 101), aunque la mayoría de los meses el saldo era nulo. Es a partir del último contrato, el más extenso en el tiempo, cuando se empiezan a descontar cifras que rondan los 5.000 €, lo que determina la reacción de los clientes y su voluntad de resolver, frente a la que se esgrime que en aplicación de la cláusula segunda el coste de tal resolución superaría los 55.000 €. Como ha dicho la SAP León, Secc. 2.ª, de 22 de junio de 2010, no puede oponerse el óbice de no manifestar la disconformidad cuando el contrato le favorece, puesto que es precisamente a partir de las liquidaciones negativas cuando se percata de sus graves consecuencias.

Nadie había advertido al cliente, como éste insiste y los testimonios de los demás

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

CUARTO: Vicio de la voluntad, carácter determinante de la maquinación y falta de intervención de tercero o del otro contratante

intervinientes no logran desmentir, que la resolución del contrato pudiera ser tan costosa. El «Aviso Importante» destacado en negrilla al final del contrato sólo advierte del coste en caso de variación de tipos, no del importe a abonar si se pretendía desistir del contrato. El RD 629/1993, de 3 de mayo, que desarrollaba la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, ambos vigentes al suscribirse el último contrato, establecía en el art. 5.3 de su anexo I la obligación de informar a la clientela de forma clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación, y en particular, «hacer hincapié en los riesgos que cada operación conlleva», énfasis que la prueba no revela se hubiera atendido al menos en lo que a la resolución se refiere.

El coste de la resolución es además desproporcionado, porque en definitiva el incremento que podría haber padecido de haberse afrontado una eventual subida de tipos, que desde luego no se produjo, hubiera sido netamente inferior al que acarrea la resolución voluntaria del contrato litigioso. Dice al respecto la STS de 30 de diciembre de 2009, RJ 2010\409, que «también puede apreciarse en relación con una actuación omisiva de ocultación o falta de información a la otra parte de determinadas circunstancias que hubieran podido llevarle a no celebrar el contrato en caso de haberlas conocido». Precisamente en relación al coste del desistimiento unilateral de un contrato de permuta de interés la SAP Cáceres, Secc. 1.ª, de 18 de

junio de 2010, AC 2010\1070, estima la pretensión de un cliente que entiende confusas, oscuras y desproporcionadas las consecuencias de su voluntad de apartarse del contrato. Y la SAP Burgos, Secc. 3.ª, de 10 de noviembre de 2010, luego reiterada por otra de 3 de diciembre de 2010, critica la falta de información que supone el desconocimiento del cliente de que la cancelación suponía el abono de todo el coste hasta el vencimiento del contrato.

En un contrato tan singular como el de autos, que el cliente no demandó y que el banco, con su insistencia, y haciendo

Además cuestiona el banco que su conducta fuera determinante para la prestación del consentimiento contractual. Al respecto la sentencia de instancia valora la solvencia financiera del administrador social de las empresas demandantes y hoy recurrentes, y el hecho de que se hubiera pedido asesoramiento a quien habitualmente se lo prestaba. Sea cual fuere tal solvencia o el consejo facilitado, lo esencial en este caso es que el contrato se firma porque el banco ofrece una forma de evitar las consecuencias de una subida de tipos que da a entender se iba a producir, por su insistencia pese a las reticencias iniciales, y por la oferta de una ampliación de crédito que son, en definitiva, las que terminan por vencer sus reservas. Hay que ponderar que el banco que toma la iniciativa contractual había suscrito diversos contratos que suponían concesión de crédito a las empresas que lo han demandado. En esa tesitura, la iniciativa contractual que adopta, la insistencia en la contratación y la forma en que se da a entender que será ventajoso por el cliente, logran persuadirlo cuando, pese a sus reservas, se le amplía el crédito. Fue tal conducta del banco la determinante de la prestación del consentimiento, puesto que inicialmente no se mostraba por el cliente interés alguno en suscribir el contrato.

Finalmente no consta intervención de tercero ni empleo de dolo por los clientes del banco, que, al contrario, no temían por sus créditos ni por las variaciones del tipo

tentadora la suscripción con la ampliación del crédito a conceder, era preciso aclarar qué consecuencias derivarían de una eventual resolución, ya que el costo de la misma es tan elevado. No hubo tal información, que ya criticábamos en el FJ 3.º de la SAP Álava de 7 de abril de 2009, por lo que, como indica la STS de 5 mayo 2009 (RJ 2009\2907), se aprecia «la concurrencia de dolo negativo o por omisión, referido a la reticencia del que calla u oculta, no advirtiendo debidamente, hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión contractual».

de interés hasta que son prevenidos al respecto por el demandado, que por cierto yerra de manera flagrante —no hay prueba de que lo hiciera deliberadamente— al anunciar a sus clientes que la tendencia de los tipos era alcista.

Concurren, en definitiva, todos los requisitos exigidos en la norma y por la jurisprudencia para apreciar dolo en BANCO, por lo que es innecesario analizar las peticiones restantes, alternativas a esta principal, razones que suponen la estimación del recurso y la nulidad del contrato suscrito y las consecuencias que se dirán, es decir, la estimación de la demanda en la instancia con la condena en costas que obliga el art. 394 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC).

QUINTO: Las consecuencias de la nulidad

El art. 1.303 CCv dispone que declarada la nulidad de una obligación los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses. Esto supone la íntegra estimación de la pretensión que se incluía en el apartado c) de la solicitud de la demanda en la instancia, es decir, la retrocesión o devolución de las cantidades que han sido abonadas hasta ese momento y las que luego hayan tenido que atenderse.

Los demandantes, pese a la previsión del art. 1.306-2.º CCv, que supone que cuando la causa torpe está de parte de un solo

contratante éste no puede repetir lo que hubiera dado en virtud del contrato, pide que la cantidad que tiene que serle reintegrada se modere, no obstante, con las cantidades que se hubieran percibido en virtud de las liquidaciones practicadas a su favor. Razones de congruencia, derivadas

del art. 218.1 LEC, obligan a atender su solicitud.

Respecto a los intereses reclamados, el legal del dinero, desde cada fecha de cobro por la entidad, se acomoda a lo previsto en el mencionado art. 1.303 CCv, por lo que se estima también esta pretensión.

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO.

II. DE LA FINALIDAD DEL SWAP Y SU FUNCIÓN DE COBERTURA.

1. **La argumentación de la Sentencia.**
2. **La finalidad del Contrato es la cobertura del riesgo de subida del Euribor.**
3. **La cobertura del Swap. Transformación económica del tipo variable de la financiación cubierta en un tipo fijo.**
4. **Previsión de la evolución futura del Euribor.**

III. LA CANCELACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO: LÓGICA ECONÓMICA, JURÍDICA Y FUNCIONAMIENTO.

1. **El planteamiento de la Sentencia.**
2. **El funcionamiento de la cancelación anticipada en los Swaps.**
3. **Valoración de las consecuencias de la resolución anticipada.**
4. **El coste de cancelación no es un riesgo del Contrato.**

IV. PRESUPUESTOS DEL DOLO APRECIADO EN LA SENTENCIA.

1. **El dolo en relación con la finalidad para la que fue ofrecido el Contrato.**
2. **El dolo en relación con el ofrecimiento de una ampliación de una línea de crédito.**
3. **El dolo omisivo referente al «elevado» coste de la cancelación anticipada.**

V. BREVE REFERENCIA A LA NORMATIVA APLICABLE.

VI. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LOS SWAP.

VII. REFLEXIÓN FINAL A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. PLANTEAMIENTO

La Sentencia objeto de este comentario revoca la sentencia de primera instancia y declara la nulidad de un contrato de permuta de tipos de interés (el «**Contrato**» o el «**Swap**») por apreciar que concurre dolo con virtualidad anulatoria en la conducta de la entidad financiera demandada (el «**Banco**»).

Durante, aproximadamente, los tres últimos años estamos asistiendo a múltiples pronunciamientos judiciales que tienen por objeto resolver pretensiones de nulidad de diversos tipos de contrato de permuta financiera. Las sentencias que, en algunos casos, estiman las demandas tienen en su mayoría como base el error. De este modo, concluyen que los demandantes han sufrido un error de carácter esencial e invencible que no les permitía comprender el alcance, funcionamiento y riesgos de estos contratos.

No es éste el caso de la Sentencia. Es, precisamente, en lo peculiar de su fundamentación jurídica de la nulidad en donde radica la relevancia de la Sentencia que ahora nos ocupa. No suele ser la habitual de los repertorios jurisprudenciales en la materia la estimación de la nulidad por dolo en este tipo de contratos.

Efectivamente, la Sentencia de 18 de enero de 2011 de la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Álava (la «**Sentencia**») declara la nulidad del Contrato por dolo de la entidad bancaria. La *ratio decidendi* de la Sentencia consiste en estimar, por un lado, que «en fase precontractual se da a entender por el oferente que [el Contrato] sirve para un fin, la evitación de costes añadidos en caso de subida de tipos de interés que no responde a la realidad, pues también contiene previsiones que suponen coste para el cliente si los tipos bajan por debajo de ciertos límites». Éste sería el primer elemento que soporta la declaración de nulidad por dolo: el haber apreciado que se ofreció en fase precontractual un producto que, en palabras de la Sentencia, «no es una forma de asegurarse que no se abonarán tipos por encima de cierto límite».

En segundo lugar, la Sentencia tiene como hecho probado que, con la finalidad de vencer la reticencia del administrador de las demandantes a la hora de suscribir el Contrato, el banco demandado «le ofrece una ampliación del crédito del que podría disponer, y es entonces, finalmente, cuando acepta contratar». Éste es el segundo pilar que soporta el dolo apreciado por la Sentencia.

A mayor abundamiento, la Audiencia considera, en relación con la cancelación anticipada del Contrato a solicitud del cliente, que si bien «los términos del contrato aportado evidencian que supondría algún coste (...) no incluye una referencia exacta del coste que supondría tal resolución». La Sentencia tiene, pues, como hecho probado que «no se informó, o al menos no se hizo de forma inteligible y concreta, del elevado coste que supone la resolución anticipada por parte del cliente». De este modo concluye que «era preciso aclarar qué consecuencias derivarían de una eventual resolución, ya que el coste de la misma es tan elevado». Esta conducta, a juicio de la Sala, supone un dolo negativo o por omisión referido a «la reticencia del que calla u oculta, no advirtiendo debidamente hechos o circunstancias influyentes o determinantes para la conclusión contractual».

Asimismo, en la Sentencia se dice que el Contrato «falta a la verdad cuando en el exponiendo I asegura que el cliente se ha dirigido al mismo manifestando su voluntad de realizar esta operación financiera». De este modo tiene como hecho probado que «no fueron los clientes quienes acuden a las oficinas reclamando este producto, sino sus comerciales quienes hubieron de insistir, de forma pertinaz, para convencer a los mismos de la bondad del producto ofrecido».

Para centrar adecuadamente la controversia deben también tenerse en cuenta dos circunstancias que menciona la Sentencia y que no son discutidas por las partes: en primer lugar, que se habían suscrito por los demandantes otros dos contratos anteriores de Swap con fecha 20 de abril de 2005, vigente hasta 2006 y luego otro el 17 de marzo de 2006, vigente hasta 2007. Estos contratos no arrojaron liquidaciones negativas para la parte actora. Una segunda circunstancia relevante es que los demandantes son personas jurídicas. En concreto, se menciona «la solvencia financiera del administrador social de las empresas demandantes» y que, habitualmente, pedía asesoramiento en sus operaciones.

II. DE LA FINALIDAD DEL SWAP Y SU FUNCIÓN DE COBERTURA

1. La argumentación de la Sentencia

La Sentencia tiene como hecho probado que el Banco ofreció al cliente «un producto financiero que tiene por objeto proteger al inversor en caso de subida de tipos» y que el Swap no responde a esta finalidad. Pues bien, el punto de partida de este comentario debe ser analizar si el Swap es o no es un producto financiero que protege a los clientes frente a la subida de tipos.

Comienza la Sentencia analizando la naturaleza del Contrato. Se nos dice que el Contrato consiste en un «intercambio» entre dos partes de «tipos de interés¹, especulando con que superarán o no ciertos límites máximos o mínimos, a partir de los cuales quedan obligadas a reintegrar a la otra, por el tiempo que se hayan pactado». Estamos ante un Swap de tipos de interés, que como también recoge la Sentencia con cita de otros pronunciamientos judiciales «consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocial) los importes resultantes de aplicar unos coeficientes distintos para cada contratante denominados tipos de interés (...), limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor».

A través de la cita de otras resoluciones judiciales la Sentencia estima que el contrato, al someterse una de las partes al pago de un interés variable y la otra a un fijo, «se tiñe de cierto carácter aleatorio o especulativo», aunque reconoce acertadamente que la doctrina ha señalado que «la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros». Volveremos sobre este extremo con posterioridad, pero basta adelantar que la causa del Contrato es, precisamente, la cobertura del riesgo de fluctuación del tipo variable (Euríbor) al que suele ir referenciada la financiación del cliente.

Transcribe también la Sentencia otros textos judiciales que reconocen —como es notorio, claro y pacífico— que el Swap no puede conceptuarse como «un contrato de seguro»², pero proclama que la nota semejante que puede apreciarse en ambos es «la finalidad de cubrirse los riesgos de las subidas de los tipos de interés y por ende de los mayores costes financieros».

En este contexto, la Sentencia declara, como resumen de su Fundamento Segundo, relativo a la naturaleza del Swap de intereses, que «esta clase de contrato no es una forma de asegurarse que no se abonarán tipos por encima de cierto límite, sino un contrato atípico y bilateral, teñido de cierta aleatoriedad». La Sentencia prescinde de lo razonado por la propia práctica judicial que acaba de transcribir y llega a esta sorprendente conclusión cuyo fundamento parece encontrarse en el componente aleatorio del Contrato. Para la Sentencia: «el banco ofreció la contratación dando a entender que de este modo el cliente se cubría frente a la eventual subida de tipos de interés, tendencia de los tipos que, de forma sin duda imprecisa, iban

¹ Más correcta es la definición del Contrato que recoge la Sentencia de la Asociación Española de Banca Privada (“AEB”), que nos habla de intercambio de “pagos resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante un periodo de duración acordada”. El intercambio no es, pues, de tipos sino de prestaciones.

² En un primer momento, todas las demandas sobre nulidad de Swaps seguían la fundamentación de la ya vieja —por el cúmulo de sentencias posteriores— Sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Jaén, de 27 de marzo de 2009 (núm. 80/2009) e identificaban el error anulatorio del contrato con la creencia de que había contratado un seguro. La mera lectura del contrato permite despejar ese tipo de error. En nuestra opinión, prácticamente cualquier demanda en la que se identificase el error exclusivamente con la creencia de haber contratado un “seguro”, debería estar abocada a su desestimación sobre la base del carácter vencible del error.

a referenciar las obligaciones de una y otra parte. Esta forma de exponer el contenido del contrato quizá se explique por el escaso atractivo que para cualquiera supone realizar una apuesta en el que la otra implicada es una entidad con mayor conocimiento de las vicisitudes y tendencias de los vaivenes de la economía, flujos financieros y propensión de los mercados y tipos».

Se llega a afirmar que si una entidad bancaria «expusiera que el contrato en esencia se reduce a tal apuesta (paga el banco si los tipos de referencia suben por debajo de cierto nivel, paga el cliente si los tipos bajan) sería difícil conseguir la suscripción de esta clase de productos». Para la Sentencia, en el supuesto enjuiciado, «se da a entender por el oferente que sirve para un fin, la evitación de costes añadidos en caso de subida de tipos de interés, que no responde a la realidad pues también contiene previsiones que suponen coste para el cliente si los tipos bajan por debajo de ciertos límites».

Por todo ello, la Sentencia concluye que el primer pilar del dolo que fundamenta la declaración de nulidad del Swap es «el ofrecimiento de un producto con una finalidad diferente a la real, ocultando las consecuencias negativas que supone para el cliente suscribirlo».

Nótese cómo la Sentencia limita su análisis a la «fase precontractual». No entra a analizar el contenido del Contrato para determinar si esas «consecuencias negativas» están o no advertidas en lo pactado. A partir del relato de hechos probados, podemos asumir que el Contrato explica su funcionamiento y las condiciones económicas de ese intercambio de prestaciones; es decir, qué tipo variable paga el Banco y qué tipo fijo paga el cliente, cuyo juego por compensación arrojará las oportunas liquidaciones positivas o negativas para las partes. Es importante destacar que la Sentencia sí que menciona que el Contrato contiene un denominado «Aviso Importante» que «en negrilla» advierte «del coste en caso de variación de los tipos».

2. La finalidad del Contrato es la cobertura del riesgo de subida del Euribor

Llegados a este punto y sobre la base de los pronunciamientos apuntados, debemos analizar si, como primer argumento en el que funda el dolo la Sentencia, el Contrato fue ofrecido «con una finalidad distinta a la real», al haberse comercializado como cobertura frente a la subida de tipos de interés. La respuesta a juicio de estos autores es negativa: el Swap cubriría frente a la subidas de tipos de interés. El cumplimiento de esta finalidad resulta ajeno a la posibilidad de que se produzcan liquidaciones negativas, lo que ocurrirá cuando el cliente debe pagar una cantidad superior al Euribor sobre el nominal que recibe del Banco. Tal posibilidad es, de hecho, consustancial e inherente al funcionamiento del Swap de intereses.

2.1. Para *justificar* esta conclusión debemos comenzar repasando los caracteres de este tipo de Contrato. Como ya dijimos desde antiguo, el Swap es un contrato principal, consensual, oneroso y conmutativo, si bien con grandes dosis de aleatoriedad³:

a) Es un contrato principal porque los pactos de las partes del Swap no modifican el contenido del *contrato* al que el Swap sirve de cobertura económica. No existe subordinación entre el Swap y la operación de financiación a la que sirve de cobertura, sino tan sólo vinculación económica.

b) Es consensual y oneroso porque ambas partes se obligan a cumplir las obligaciones que recíprocamente contraen. La ejecución de las obligaciones se difiere, conforme a lo pactado, a un momento posterior (por ejemplo, con carácter trimestral o mensual).

³ Vid. E. DÍAZ RUIZ, “Contrato de Swap”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1989, núm. 36, p. 742.

c) Es conmutativo, pero dotado de un alto componente de aleatoriedad. Es conmutativo porque las obligaciones que asumen las partes son equivalentes⁴, sin embargo, existe una incertidumbre de cuál va a ser el resultado económico que obtendrá cada una. En el resultado económico que para las partes tiene el Swap interviene el azar, de ahí su aleatoriedad, pero es importante destacar que ambas partes incurren en el mismo riesgo porque en el momento de la suscripción del Contrato la posición de ambas partes es equivalente⁵. En este sentido, y aunque los conocimientos financieros de las entidades de crédito son sustancialmente superiores a los de sus clientes, les es imposible predecir la evolución de los tipos de interés, especialmente a medio y largo plazo⁶.

Ésta es la esencia del Swap de intereses: el valor de la posición de pagador a tipo fijo es idéntica a la de pagador a tipo variable, descontando, en su caso, el margen de intermediación a favor del Banco por contratar el producto en el mercado mayorista y ofrecérselo a sus clientes minoristas. Un Swap de intereses otorga a cada una de las partes un derecho a percibir unas cantidades en contraprestación del pago de otras calculadas sobre un mismo importe nominal. Tal valor, a la firma del Contrato, es equivalente para ambas partes. En otras palabras, en el momento de la suscripción del Contrato, el mercado pagará lo mismo por situarse tanto como pagador a tipo fijo (posición del cliente en este caso), como por ser pagador a tipo variable (posición del Banco).

Cuestión distinta es que durante la ejecución del Contrato, fruto de referenciarse su ejecución a un elemento aleatorio como el Euribor, las posiciones de ambas partes difieran y se generen liquidaciones positivas o negativas para ambas⁷ en la cuantía correspondiente.

2.2. Siguiendo con los requisitos del Swap, procede analizar cuál es la causa del Contrato, que se halla estrechamente vinculada con su finalidad. En efecto, siguiendo a DÍEZ PICAZO⁸, la razón del negocio es su «función económico-social» y lo que el Derecho tutela como causa es la función objetiva del negocio. Ya desde antiguo el Tribunal Supremo⁹ recuerda que el artículo 1274 CC no da un concepto de causa, pero que debe atenderse a un sentido objetivo como «el fin que persigue cada contrato, ajeno a la nueva intención o subjetividad, determinado por móviles o motivos con trascendencia jurídica, cuando se incorporan a la declaración de voluntad a modo de causa impulsiva reconocida por ambas partes contratantes, exteriorizados y

⁴ Vid. Luis DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, 2.ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 1983, p. 80: “Los contratos son, pues, conmutativos cuando la relación de equivalencia de las prestaciones a cargo de ambas partes se encuentra de antemano fijada por ellas de una manera inmodificable. Sin embargo, en épocas de especial inestabilidad y variabilidad económica resulta claro que en ningún contrato la objetiva relación de equivalencia puede considerarse como algo absolutamente inmodificable”.

⁵ En términos económicos financieros se habla de las dos “patas” de la operación: la de pagador a tipo fijo y la de pagador a tipo variable.

⁶ Prueba evidente de ello es que los contratos sobre instrumentos financieros derivados los celebran habitualmente entre ellas mismas, lo que no harían si pudiera predecirse con algún grado de certeza la evolución futura de los precios de los activos subyacentes.

⁷ Éste es un argumento que también manejan equivocadamente algunas sentencias. Se comparan las liquidaciones habidas para cada parte durante la ejecución del contrato de Swap y se llega a la conclusión de que el producto es desequilibrado ya que, una vez que se ha producido el derrumbe del Euribor, será habitual que la entidad financiera como pagadora a tipo variable obtenga más liquidaciones positivas que el cliente. Tal análisis es contrario al funcionamiento de la permuta: el equilibrio debe medirse en origen y no una vez que ya se ha materializado (para una parte o para la otra) el riesgo de tipo de interés que se pretende cubrir. Sería tan absurdo como concluir que un contrato de seguro ha funcionado mal o es desequilibrado porque se ha pagado la prima sin haberse materializado nunca el riesgo.

⁸ Vid. Luis DÍEZ PICAZO, *op. cit.*, 2.ª ed., p. 167 y 168.

⁹ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1988 con referencia y cita de otras anteriores.

relevantes». Pues bien, bajo esta definición, ya decíamos que la función objetiva típica del Contrato es «la cobertura de riesgo de una parte»¹⁰ o, incluso, de ambas. Ese riesgo se deriva del hecho de que una o ambas partes tiene una deuda que genera intereses calculados a un tipo de interés que varía periódicamente (Euribor), pero también de que el tipo sea fijo cuando lo que ingresa para pagarla se calcula a tipo variable.

En el Swap de intereses lo que pretende el cliente, deudor por razón de préstamo o crédito, que contrata con el Banco es evitar los costes que pueden derivarse de la fluctuación de ese tipo variable al que se referencia su financiación. Se pretende, a través del funcionamiento del Swap, una modificación económica-financiera de esa financiación convirtiéndola de variable a fija. Ésta es la causa del Swap y, siguiendo lo postulado por la Sentencia, negar su existencia comportaría el absurdo jurídico de convertir en abstracto el Contrato¹¹.

3. La cobertura del Swap. Transformación económica del tipo variable de la financiación cubierta en un tipo fijo

Sentadas estas consideraciones, procede analizar el funcionamiento del Swap para comprobar si, tal como fue ofrecido, supone «evitar las consecuencias de una subida de tipos».

En atención a los hechos probados de la Sentencia¹² y a falta de mayores datos, vamos a asumir que el Swap objeto del procedimiento se estructura bajo la modalidad más básica de Swap de intereses (tipo fijo/tipo variable). Será aquella por la que el Banco es pagador de tipo variable al que se referencia la financiación y el cliente es pagador de un tipo fijo¹³ sobre un mismo nominal cuya cuantía es igual o inferior al importe de la financiación total a tipo variable del cliente¹⁴. Bajo este esquema, el Banco abonará al cliente (por ejemplo, mensualmente) el tipo variable (por ejemplo, Euribor 12 meses) del nominal y, con la misma periodicidad, el cliente pagará al Banco un tipo fijo sobre el nominal. Ambos pagos se compensan y arrojarán una liquidación positiva o negativa para el cliente.

¹⁰ Vid. E. DÍAZ RUIZ, *op. cit.*, p. 749.

¹¹ Distinta a la causa es la finalidad subjetiva que pueda guiar a las partes a la hora de contratar el Swap (por ejemplo, contratarlo con mero carácter especulativo, sin una financiación que cubrir). La finalidad objetiva puede ser distinta a la subjetiva, pero la causa del Contrato es siempre la misma. Al respecto, pensemos, por ejemplo, en un contrato de compraventa. ¿Acaso la causa del contrato varía porque en un caso se haga una compraventa de valores con la finalidad subjetiva de convertirse en accionista de una sociedad o porque se haga una compraventa especulativa intradía con el fin de obtener el máximo rendimiento posible de la inversión? La causa es idéntica en ambos casos.

¹² La Sentencia simplemente menciona la contratación de una “Operación de permuta financiera de tipos de interés con tipo fijo creciente y convertible a tipo variable”, pero no analiza las condiciones económicas del Swap.

¹³ El nombre comercial del Contrato hace referencia a un “*tipo fijo creciente*” que suele consistir en que a medida que transcurre un tiempo determinado del Contrato, el tipo fijo cambia y aumenta, pero, a los efectos de este comentario, en nada influye para analizar si se desarrolla o no una función de cobertura frente a una eventual subida de tipos.

¹⁴ Nada impediría que el Swap se hubiese contratado, en todo o en parte, sin una finalidad asociada que cubrir. En tales casos, el producto contratado sería especulativo o de pura inversión. Esta diferenciación es importante porque muchas resoluciones judiciales cometen el error de calificar todos los Swaps como un contrato de “alto riesgo y especulativo”. A nuestro juicio esta circunstancia sólo concurriría en aquellos casos en los que no existiese una financiación asociada al Swap. En caso contrario, en supuestos como el que nos ocupa, no puede hablarse ni de especulación (existe un riesgo que cubrir) ni de “alto riesgo” en la medida que las eventuales liquidaciones negativas que puede generar el Swap en el caso de que el tipo variable recibido sea inferior al tipo fijo se compensan económicamente con un ahorro en la financiación referenciada a ese mismo tipo variable, cuyo coste también se reduce.

Tal liquidación será positiva si el cliente recibe más de lo que tiene que pagar al Banco (es decir, cuando el Euribor 12 meses es superior al tipo fijo). A su vez, habrá liquidaciones negativas cuando el Euribor 12 meses sea inferior al tipo fijo que debe abonar el cliente. A esto es a lo que se refiere la Sentencia cuando subraya que el Contrato «también contiene previsiones que suponen costes para el cliente si los tipos bajan por debajo de determinados límites». Y es, precisamente, por la existencia de tales costes o liquidaciones negativas por lo que se concluye que el Contrato no supone «la evitación de costes añadidos en caso de subida de tipos». Tal razonamiento no puede admitirse: las liquidaciones negativas no impiden que el cliente se «asegure» frente a las subidas del Euribor¹⁵.

Bastará un sencillo ejemplo para explicarlo. En atención al referido esquema del Swap, analicemos qué ocurriría con un préstamo hipotecario de, por ejemplo, 1.100.000 euros a 25 años en el que se contratase el 20 de septiembre de 2006 una permuta de 1 millón de euros de valor nominal, de 3 años de duración y en la que el Banco fuera pagador del Euribor 12 meses¹⁶ y el cliente de un tipo fijo del 4%. Pues bien, con estas condiciones, durante el periodo de duración pactada, el cliente, sobre 1 millón de euros de financiación, habrá transformado esa financiación a tipo variable en fija, concretamente, al 4%.

¿Se evitan, de este modo, los costes de subida del Euribor? Siguiendo con nuestro ejemplo, en octubre de 2008, el Euribor 12 meses cerró al 5,248%¹⁷. Pues bien, al cliente no le afectaría la subida puesto que, a través de las liquidaciones del Swap, recibe ese tipo variable.

¿Y qué pasa con las liquidaciones negativas? Pues que el cliente está cubierto dentro de los límites pactados (es decir, al 4%). Basta recordar lo sucedido a partir de la quiebra de *Lehman Brothers* y en el contexto de una crisis mundial sin precedentes, cuando se produjo una actuación coordinada por el Banco Central Europeo que trajo un brusco y repentino desplome del Euribor¹⁸. De esta forma, en abril de 2009 se situó al 1,771%¹⁹. Trasladando los tipos a nuestro ejemplo, ello determinaría que el cliente sufriría una liquidación negativa por la diferencia entre el Euribor que recibe del Banco y el tipo fijo del 4% que debe pagar, pero, como hemos explicado, esta estabilización no impide que el cliente esté cubierto frente a las

¹⁵ La cuestión puede reducirse a términos de “coste de oportunidad”. El cliente decide estabilizar su financiación en un determinado tipo fijo y, de este modo, renuncia a beneficiarse de las bajadas de tipos de interés a cambio de no sufrir los perjuicios de las subidas. La situación económica es muy similar a la que suscita en los préstamos a tipo fijo donde el cliente también decide renunciar a la aplicación de un tipo variable, que puede resultar más ventajoso que el tipo fijo de referencia. ¿Acaso también se habría negado por la Sentencia que en un préstamo a tipo fijo el cliente está cubierto frente a la subida de tipos interés? La situación económica de ambos supuestos es idéntica.

¹⁶ El Euribor 12 meses cerró en el mes de septiembre de 2006 al 3,715% (fuente: <<http://www.euribor.us/>>).

¹⁷ Fuente: <<http://www.euribor.us/>>.

¹⁸ Que sepamos ninguna resolución hasta la fecha ha sostenido en su *ratio decidendi* que las entidades financieras podían haber previsto el desplome. No sólo las entidades financieras sino que ningún operador financiero mundial pudo prever el hundimiento del Euribor. De haberlo previsto, cualquiera se hubiera hecho multimillonario, por ejemplo, a través de la contratación de futuros. Es más, el BCE estaba subiendo los tipos en julio de 2008 un 0,25% hasta el 4,25%. Eran épocas de gran incertidumbre y la prensa se hacía eco de la situación. Por ejemplo, el diario “El Economista” el 3 de julio de 2008 publicaba que “Trichet ha subido los tipos de interés en 25 puntos básicos para situarlos en el 4,25% en la zona euro. Pero, ¿puede esto afectar a la hipoteca a través de una subida del Euribor? Mientras los analistas dan por descontada esta subida en el índice que situó hoy su tasa diaria en el 5,432%, las asociaciones de consumidores ponen el grito en el cielo y denuncian que esta subida de tipos encarecerá las hipotecas en 100 euros mensuales”. Puede consultarse la noticia en: <<http://www.eleconomista.es/economia/noticias/635006/07/08/Trichet-sube-los-tipos-en-Europa-quien-teme-al-euribor-feroz.html>>.

¹⁹ Fuente: <<http://www.euribor.us/>>.

subidas. Al contrario, la renuncia a beneficiarse de las bajadas del Euribor es lo que permite que al cliente no le afecten las subidas.

A nuestro juicio se cumple, de este modo, la finalidad anunciada del producto y la creencia sobre la cual los demandantes decidieron contratar que, según admite la Sentencia, fue «el convencimiento de que, de este modo, no se verían perjudicados, o no en un grado elevado, si se producía la eventualidad de la elevación de los tipos de interés».

4. Previsión de la evolución futura del Euribor

Procede, por último, analizar una de las consideraciones que efectúa el Juzgador a la hora de dar su opinión sobre la forma de comercializar este tipo de contratos y el supuesto conocimiento de las entidades financieras sobre la futura evolución del Euribor. Se dice que «el banco ofreció la contratación dando a entender que de este modo el cliente se cubriría frente a la eventual subida de tipos de interés, tendencia de los tipos que, de forma sin duda imprecisa, iban a referenciar las obligaciones de una y otra parte. Esta forma de exponer el contenido del contrato quizá se explique por el escaso atractivo que para cualquiera supone realizar una apuesta en el que la otra implicada es una entidad con mayor conocimiento de las vicisitudes y tendencias de los vaivenes de la economía, flujos financieros y propensión de los mercados y tipos». Asimismo sostiene la Sentencia que el Banco «yerra de manera flagrante» en lo que se refiere a las previsiones alcistas de los tipos de interés, pero admite que «no hay prueba de que lo hiciera deliberadamente».

De esta forma, plantea incidentalmente la Sentencia un tema interesante como es el de la hipotética obligación de las entidades financieras que comercializan Swaps de ofrecer una previsión de la futura evolución del Euribor. En esta línea, la Sentencia de la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 27 de enero de 2010 (rollo apelación núm. 508/2009), fue la primera²⁰, hasta donde sabemos, que sentó que «la información relevante en cuanto al riesgo de la operación es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial. Sólo así el cliente puede valorar ‘con conocimiento de causa’ si la oferta del Banco, en las condiciones de tipos de interés, período y cálculo propuestas, satisface o no sus intereses²¹». Sobre esta base, existe un amplio número de resoluciones judiciales que han entendido que la «previsión razonada y razonable» del Euribor es una información de carácter esencial cuya omisión conduce al error de virtualidad anulatoria en los Swaps.

No es objeto de este comentario analizar la corrección jurídica de esta doctrina, pero, al hilo de determinadas manifestaciones de la Sentencia que se comenta, merece la pena efectuar unas breves consideraciones al respecto:

a) En primer lugar, debemos recordar que el riesgo del Swap proviene de la posible fluctuación del Euribor (elemento aleatorio del Contrato). Los clientes conocen que el Euribor

²⁰ Lo razonado por esta sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo ha sido seguido por muchas otras sentencias, principalmente de esa misma Audiencia Provincial.

²¹ En otros párrafos esta sentencia recoge que “estas previsiones, ese conocimiento previo del mercado que sirve de prognosis más o menos fiable del futuro configura el riesgo de la operación y está en directa conexión, por tanto, con la nota de aleatoriedad de este tipo de contratos pero no fue esta información la que se puso en conocimiento del cliente antes de contratar. De contrario, la información sobre el riesgo se limitó a las advertencias que se contienen al final del anexo de cada contrato y estas son insuficientes pues se reducen a ilustrar sobre lo obvio, esto es, que, como es que se establecen como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. Por el contrario, la información relevante en cuanto al riesgo de la operación es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial.”

fluctúa²² ya que éste es el riesgo que precisamente quieren evitar al contratar el Swap. Por ello, entendemos que la existencia de un error o de una ausencia de información sobre un elemento aleatorio nunca puede comportar la nulidad del Contrato²³. La aleatoriedad, en esencia, ya implica el desconocimiento de la evolución futura del elemento dotado de tal cualidad.

Ninguna entidad bancaria puede conocer la evolución futura del Euribor (o de los tipos de interés), puesto que éstos dependen de múltiples factores que escapan completamente a su control. Las previsiones lo son a muy corto plazo y no resultan fiables. Entre estos factores, no sólo hablamos de las políticas monetarias de los organismos reguladores, sino que en la evolución futura del Euribor influyen circunstancias dispares, como el precio de las materias primas, la quiebra de una empresa, las guerras o incluso los fenómenos meteorológicos.

b) En segundo lugar, en nuestra opinión, no existe ninguna disposición legal que imponga a las entidades bancarias la obligación de informar sobre sucesos futuros inciertos ni sobre las previsiones posibles de la evolución de los tipos de interés en aquellos supuestos en los que el resultado del contrato dependa de su evolución futura. La normativa bancaria y de mercado de valores impone determinadas obligaciones de claridad y transparencia, pero dentro de éstas no se encuentra la información sobre un elemento aleatorio. Las entidades financieras deben advertir del riesgo del contrato, pero no pueden cuantificar ese riesgo sobre la base de unas previsiones futuras de un elemento, de por sí, imprevisible²⁴. De este modo, por ejemplo, ninguna norma exige que, por ejemplo, a la hora de comercializar un producto financiero referenciado al IBEX 35, como requisito de validez se ofrezca a los clientes una «previsión razonada y razonable» de la futura evolución de este índice.

c) Por último, existe una razón final para rechazar esta exigencia informativa que es la que apunta la Sentencia e incluso la propia normativa de valores transcrita infra. Es la posibilidad de que la información que suministre la entidad financiera resulte ser a la postre equivocada, lo cual no será difícil que suceda sobre la base de la imprevisibilidad del Euribor que se ha analizado. De este modo, «el remedio sería peor que la enfermedad». Pensemos, por ejemplo, que un cliente base su decisión de suscribir un Swap en determinadas previsiones de la entidad financiera que resulten erróneas. En tal supuesto, podrían surgir eventuales cuestiones de responsabilidad o incluso dolo. Esta última vía es la que parece insinuar la Sentencia cuando manifiesta que el Banco «yerra de manera flagrante» en sus previsiones alcistas, pero «no hay prueba de que lo hiciera deliberadamente».

²² La fluctuación y volatilidad del Euribor (al alza o la baja) resulta, por otra parte, un hecho notorio del artículo 281.4 LEC: “no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general”.

²³ Vid. en esta línea, Antonio Manuel MORALES MORENO en *El Error en los Contratos*, Ed. Ceura, 1988, p. 246.

²⁴ Es más, la propia legislación de mercado de valores parece rechazar este tipo de previsiones. El artículo 5 del Anexo del ya derogado Real Decreto 629/1993, citado por la propia Sentencia objeto de comentario, lleva a la conclusión de que no era exigible a las entidades que facilitasen a sus potenciales clientes ninguna previsión sobre la evolución de los tipos de interés: “3. 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 predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

4. Toda información que las entidades, sus empleados o representantes faciliten a sus clientes debe representar la opinión de la entidad sobre el asunto de referencia y estar basada en criterios objetivos, sin hacer uso de información privilegiada. A estos efectos, conservarán de forma sistematizada los estudios o análisis sobre la base de los cuales se han realizado las recomendaciones. [...]”. La propia norma establece que las predicciones y previsiones, cuando se empleen, deberán ofrecerse con cautela, basándolas en datos objetivos y justificados.

III. LA CANCELACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO: LÓGICA ECONÓMICA, JURÍDICA Y FUNCIONAMIENTO

1. El planteamiento de la Sentencia

La Sentencia reconoce expresamente y lo tiene como hecho probado que «nadie había advertido al cliente (...) que la resolución del contrato pudiera ser tan costosa». Asimismo tiene en cuenta que «efectivamente, los términos del contrato aportado evidencian que supondría algún coste», pero estima que «no se informó, o al menos no se hizo de forma inteligible y concreta, del elevado coste que supone la resolución anticipada por parte del cliente». Entiende además la Sala que el coste de resolución es «desproporcionado, porque en definitiva el incremento que podría haber padecido de haberse afrontado una eventual subida de tipos, que desde luego no se produjo, hubiera sido netamente inferior al que acarrea la resolución voluntaria del contrato litigioso». Sobre esta base, la Sentencia entiende que «era preciso aclarar qué consecuencias derivarían de una eventual resolución, ya que el costo de la misma es tan elevado».

Además, la Sentencia califica el coste de cancelación como «riesgo» del Contrato y argumenta que la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (“LMV”) obliga a «hacer hincapié en los riesgos que cada operación conlleva».

2. El funcionamiento de la cancelación anticipada en los Swaps

Merece la pena analizar, al hilo de estas consideraciones, cómo funciona la cancelación anticipada de los contratos de permuta financiera:

a) En primer lugar, debemos destacar que la posibilidad de cancelación anticipada no es un derecho inherente a los contratos de duración determinada, como lo es el Swap. En estos contratos, la regla es que los contratos despliegan su eficacia hasta su vencimiento. En aquellos casos excepcionales en que se permite resolver un contrato anticipadamente, tanto la Ley como el contrato suelen prever la penalidad o indemnización asociada a tal terminación²⁵. De este modo, podemos afirmar, aunque resulte obvio, que sólo podrá cancelarse anticipadamente un contrato de Swap cuando así se prevea en el propio Contrato²⁶.

b) Aunque la Sentencia no lo explicita, podemos presumir que la forma de referenciar el coste de cancelación del Swap sería «a valor de mercado»²⁷. ¿Cuál es ese valor de mercado? El Swap, como hemos visto, otorga a cada una de las partes un derecho a percibir, durante un plazo de tiempo determinado, unas cantidades en contraprestación del pago de otras, calculadas sobre el mismo importe nominal. Ese potencial flujo de pagos (positivo o negativo) tiene un determinado valor de mercado. Este valor no es más que el importe neto de ese flujo de pagos

²⁵ Vid. por ejemplo, el artículo 1.594 CC, que establece expresamente para el contrato de arrendamiento de obra que “el dueño puede desistir, por su sola voluntad, de la construcción de la obra aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella”. En idéntica línea, la jurisprudencia existente en materia de resolución anticipada de arrendamientos urbanos obliga al pago de una indemnización en los supuestos de desistimiento unilateral del arrendatario.

²⁶ No es infrecuente que, por ejemplo, se pacte en el Swap la posibilidad de cancelarlo anticipadamente “de común acuerdo” y que, en tales casos, deberá satisfacerse el “valor de mercado” del Swap. Tal cláusula no faculta al cliente a resolver anticipadamente por su exclusiva voluntad. Deberá ponerse de acuerdo con la entidad financiera y, en tal caso, se asegura que el “precio de cancelación” será el valor de mercado del derivado.

²⁷ Ésta es la práctica habitual para los casos de resolución voluntaria del cliente. En los casos de resolución por incumplimiento el Contrato Marco de la AEB (“CMOF”) fija un procedimiento específico de determinación del coste de cancelación (vid. estipulación decimocuarta del CMOF titulada “Cálculo de la cantidad a pagar”).

que supondría percibir del cliente —en caso de liquidaciones negativas— o pagar al cliente — en el caso liquidaciones positivas— calculado hasta la extinción del Contrato. Se lleva al momento en el que se solicite la cancelación anticipada ese flujo futuro de pagos/cobros del Contrato.

El cálculo de ese precio depende, por tanto, de variables desconocidas en el momento de la suscripción del Contrato. En efecto, en ese momento resulta imposible ofrecer un concreto precio de cancelación ya que depende de la fecha en que se solicita la cancelación y, por tanto, el tiempo que resta hasta la finalización del Contrato; y de la situación de los tipos de interés en el momento de la cancelación.

c) Este «valor de mercado» puede resultar un abono para el cliente o un cargo ya que depende de la situación del tipo de referencia del Swap (el Euribor) en el momento en que se solicite la cancelación con relación al tipo fijo pactado en el contrato. Podemos afirmar que habrá un precio «positivo» para el cliente si en el momento en que solicita la cancelación está obteniendo liquidaciones negativas y, en cambio, habrá un precio «negativo», un cargo para el cliente, si solicita cancelar en un contexto de liquidaciones negativas.

En resumen, el coste de cancelación no es arbitrario, sino que es un precio de mercado objetivo basado en el importe neto de los flujos de pagos del Contrato que esperan recibir las partes hasta su vencimiento. Todo tiene un precio, un valor y en el Swap este valor es lo que pagaría el mercado por él.

d) El coste de cancelación tiene plena lógica jurídica y financiera. El Swap, como hemos visto, tiene como finalidad objetiva la estabilización de la cuota o tipo variables de la financiación del cliente en una cantidad o tipo fijos. Pues bien, si la resolución careciera de efectos económicos para las partes, el Contrato perdería su objeto y finalidad de cobertura frente a las oscilaciones de tipos de interés. Cualquiera de las partes podría evitar que desplegara sus efectos de estabilización, resolviéndolo cuando le perjudicase, en caso de que pudiera hacerlo sin hacer frente a ningún tipo de consecuencia económica. Sería tan fácil como que el cliente, ante un escenario de tipos de interés por debajo de la cuota o tipo fijos que se comprometió a abonar, decidiera resolver gratuitamente. A su vez, la cancelación sin coste llevaría al absurdo de que el Banco, ante un Euribor por encima de esa cuota o tipo fijos y, dado que sufre un perjuicio patrimonial —recibe menos de lo que tiene que pagar al cliente—, resolviese el Contrato sin tener que pagar nada al cliente.

Esto supondría que el Contrato nunca cumpliría su finalidad de cobertura. Es más, admitir la resolución sin coste comportaría que el cumplimiento del Contrato quedaría al arbitrio de cada una de las partes, vulnerando lo dispuesto en el artículo 1256 CC, ya que la cobertura no desplegaría sus efectos a la exclusiva voluntad de cualquiera de ellas²⁸.

3. Valoración de las consecuencias de la resolución anticipada

Volviendo al texto de la Sentencia y en atención a lo expuesto, a nuestro juicio la Sala pasa por alto que no resulta posible aclarar a priori al cliente las consecuencias derivadas de una eventual resolución. En otras palabras, en el momento de la contratación del Swap se desconocen las variables que determinarán el valor de mercado inherente a la cancelación

²⁸ Sentar estas ideas preliminares es relevante, porque muchas resoluciones judiciales —como la que es objeto de comentario— atienden simplemente al importe del coste de cancelación, manifiestan que resulta “desproporcionado” y no alcanzan a comprender el sentido económico-financiero del coste. El Swap es un contrato y, como tal, tiene vocación de duración determinada, configurándose la posibilidad de cancelarlo anticipadamente como algo excepcional y sujeto a una regla objetiva y muy sencilla: su “valor de mercado”, que, en cualquier caso, resulta prácticamente imposible determinarlo *a priori* en el momento de la contratación.

anticipada del derivado, por lo que resulta imposible detallar (al menos cuantitativamente) al cliente «las consecuencias que derivarían de una eventual resolución» o «una referencia exacta del coste que supondría tal resolución», siguiendo los términos literales de la Sentencia. Es por eso que la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (art. 24.1.c. 3º) simplemente exige que se haga referencia (no que se detalle de forma exhaustiva) a distintos escenarios (no a todos los posibles) de tipos de interés que respondan a la evolución histórica del tipo de referencia (por tanto, calculable).

Con esto no queremos decir que el Swap no deba advertir de la existencia de un coste (o precio) de cancelación, antes al contrario. Asimismo, el contrato debería contener los parámetros que se emplean para su cálculo. De este modo, entendemos que debería explicarse que su importe depende de la evolución del tipo de referencia y del momento en el que se solicite la cancelación (y, en definitiva, del tiempo que reste de vigencia del Contrato). Es cierto que algunos contratos pueden ser más claros a la hora de explicar el procedimiento de determinación del valor de mercado, pero lo relevante a efectos del *dolo* que denuncia la Sentencia debe ser exclusivamente la advertencia de que cancelar el Swap puede tener coste y que se calculará a precio de mercado, porque poco o más se puede decir en el momento de la contratación.

No resulta posible (ni realista) explicar al cliente que, por ejemplo, en septiembre de 2006, cuando contrató el Swap (el Euribor estaba al 3,715%), si pretendiese cancelarlo después con el Euribor al 1,5% habría de pagar varios miles de euros²⁹. Decimos que no es posible ni realista, porque los ejemplos que pueden ofrecerse al cliente son infinitos y tal exigencia informativa dificultaría la propia contratación bancaria.

En muchas resoluciones judiciales también se menciona la necesidad de incluir una fórmula que recoja en el contrato el modo de calcular el coste de cancelación, y aunque nada hay que se oponga a ello, lo cierto es que una fórmula numérica tampoco arrojaría información adicional al cliente porque, se insiste, se desconocen los elementos variables del precio (momento de solicitud de cancelación, situación del Euribor en ese momento y tiempo que resta hasta el vencimiento del contrato). Así lo entiende pacíficamente el Servicio de Reclamaciones del Banco de España en múltiples resoluciones habidas hasta la fecha³⁰.

²⁹ El propio Banco de España en su página web, a la hora de explicar las coberturas de tipos de interés manifiesta que “La ventaja está en que durante el período de cobertura, pase lo que pase con el índice de referencia, usted pagará este tipo fijo acordado, pero tenga presente que, en función de la evolución del índice de referencia, lo que pague según el citado tipo fijo podría ser superior a lo que pagaría de acuerdo con el tipo variable que ha intercambiado. Si se da esta última circunstancia y usted desea cancelar anticipadamente la operación de cobertura, deberá usted abonar una cantidad que puede llegar a ser importante, dependiendo de la bajada que haya registrado el índice de referencia”. El Banco de España, por tanto, tampoco ofrece una cuantificación de la cantidad que pueden tener que abonar los clientes como consecuencia de la cancelación. La cita extractada se puede encontrar en el siguiente enlace: <<http://www.bde.es/clientebanca/productos/hipotecas/cuanto/temas/cobertura.htm>>.

³⁰ Estas resoluciones no figuran publicadas en ninguna base de datos y son sólo notificadas a las partes de la reclamación. Con todo, a través de Internet (por ejemplo, <<http://www.noclip.es/>>) se han organizado de modo eficiente múltiples clientes que han suscrito Swaps de intereses como el que es objeto de este comentario. Comparten públicamente información, resoluciones judiciales o resoluciones del Servicio de Reclamaciones del Banco de España. Entre estas resoluciones podemos encontrar muchas con un texto semejante a éste: “No se aprecia por tanto a la vista de lo expuesto, incumplimiento de la normativa de transparencia ni de las buenas prácticas bancarias en la redacción de los contratos firmados por las partes, sin que pueda considerarse tal la no inclusión de una cantidad determinable de antemano a cargar en el caso de una cancelación anticipada, al depender esta del nivel en que se encuentre el Euribor en el momento de la misma. Ello no es óbice para que la entidad le ofrezca a su cliente todas las explicaciones y acreditaciones oportunas de los cálculos realizados en caso de proceder a dicha cancelación, a fin de que éste pueda verificar la realidad del precio ofrecido por la entidad”. De esta forma, no viola la claridad y transparencia bancarias no incluir una fórmula que determine el precio de cancelación del derivado, aunque sí deba

En cambio, a nuestro juicio y tal como sostiene el Banco de España, no cabe duda de que los clientes deben ser plena y detalladamente informados en el momento en que la entidad les comunique el coste de cancelación anticipada. Deben disponer de toda la información y parámetros necesarios para comprender cómo se ha fijado ese concreto valor de mercado y poder oponerse si no fuera correcto.

La Sentencia llega a afirmar que el coste de la resolución «es además desproporcionado» y que supone «el abono de todo el coste hasta vencimiento del contrato». La indeterminada afirmación acerca de la «desproporción» del coste debe encontrar respuesta en la lógica económica y funcionamiento de la cancelación anticipada que se ha estudiado en párrafos precedentes³¹.

reseñarse su modo de cálculo (o metodología, en la expresión de la reciente Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios).

³¹ En atención a esa lógica, es relevante destacar lo resuelto por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Burgos, de 31 de marzo de 2011 (Sentencia núm. 31/2011). La cita es un tanto extensa, pero resulta muy clarificadora su transcripción literal: “Sin embargo, los contratos no contemplan, ni en las condiciones generales ni en las particulares, la fórmula o método para calcular el importe del precio o coste de la cancelación anticipada, y solicitada ésta por los demandantes en abril de 2010 el banco proporcionó a los mismos un precio orientativo de cancelación anticipada, que hemos señalado en el fundamento primero, y que se ha calculado conforme la siguiente fórmula matemática: precio de cancelación igual al nominal \times nominal \times plazo \times (CR – CP) / 360 / 360 + L, donde CR es el tipo de interés que el cliente paga, CP el tipo de interés que el cliente recibe. La anterior fórmula, que de por sí es sencilla y se funda en la tradicional del crt, no es contemplada en el contrato y según se reconoció por el director de la oficina donde se firmaron los contratos no se informó de la misma a los demandantes cuando se concertaron los contratos, del mismo modo que no se les informó sobre el coste económico de la cancelación anticipada. Se plantea de tal modo la cuestión si la fijación del coste de la cancelación conforme la susodicha fórmula es arbitraria y vulnera el principio básico de la contratación consagrado por el artículo 1.256 del CC según el cual los contratos no pueden quedar al arbitrio de una de las partes contratantes.

En criterio que ha sostenido este juzgador en una reciente sentencia es que la no fijación por el contrato de la fórmula o método de cálculo del coste o precio de la cancelación anticipada no se ajusta a Derecho y es causa de nulidad, criterio que a su vez se apoyaba en una resolución del Servicio de Reclamaciones del Banco de España, que resolvía que la anterior circunstancia era contraria a las buenas prácticas bancarias. Sin embargo, la consideración de que existen otras resoluciones de tal Servicio que sostienen un criterio distinto, y sobre todo lo declarado por los peritos en el presente juicio, han llevado a quien esto suscribe a cambiar el criterio. En tal sentido debe partirse que el contrato permite la cancelación anticipada pero con el pago de un coste o precio acorde con las condiciones del mercado existentes cuando se solicite tal cancelación, condiciones que básicamente están dadas por el Euribor vigente cuando tal cancelación se solicita. A tal respecto los peritos en la vista del juicio declararon que si bien el contrato no contempla la fórmula para fijar el coste de la cancelación anticipada la fórmula aplicada se ajusta a las condiciones de mercado, y que la aplicación de otra fórmula distinta ofrecería resultados económicos similares. Por lo anterior, procede concluir que el banco no incurre en arbitrariedad al fijar el precio o coste económico de la cancelación, pues por una parte el contrato se remite a un criterio objetivo, cual es la remisión al precio que resulte de las condiciones de mercado existentes cuando se solicite la cancelación anticipada, y la fórmula empleada es acorde con tales circunstancias de mercado. Por otra parte, para determinar que el banco ha incurrido en arbitrariedad al fijar el coste o precio de la cancelación anticipada, sería preciso que concurrieran una de estas dos circunstancias: 1.º) que la fórmula empleada no se ajuste a las condiciones de mercado existentes cuando se solicita la cancelación; 2.º) que exista otra fórmula alternativa cuya aplicación conlleve un coste más favorable para el cliente, es decir un precio menor que el calculado por el banco; sin embargo la parte actora pese haber aportado informe pericial no ha tratado de probar ni que la fórmula aplicada no sea correcta y acorde con las circunstancias de mercado, ni que exista una fórmula más favorable para los demandantes y que determine el cálculo de un coste menor de la cancelación.

Los demandantes solicitan que se les autorice cancelar anticipadamente el contrato sin que tal cancelación conlleve coste económico para los mismos. Tal solicitud no se ajusta a Derecho ni a los principios generales que rigen la contratación. Así hemos de partir que los contratos se conciertan por un plazo de cinco años, plazo que vincula a ambas partes y éstas debe respetar sin que quepa desistir unilateralmente del contrato, razón por la cual la cancelación anticipada debe conllevar un coste económico para quien lo solicita que compense a la otra el perjuicio causado. Es el principio que rige todos los contratos, y así por ejemplo en los contratos de arrendamiento por plazo determinado si el arrendatario desiste del mismo antes de llegado el vencimiento del plazo queda obligado a compensar al arrendatario con el pago de una indemnización por el perjuicio causado. Es más, de no existir en el contrato cláusula que contemple la cancelación anticipada y está sería solicitada por el cliente a los tribunales, éstos sólo la podrán conceder previo pago del coste de la misma, coste que quedaría fijado por un perito conforme las condiciones del mercado (coste de mercado), y que como ya hemos visto tendría un resultado similar al determinado

4. El coste de cancelación no es un riesgo del Contrato

Existe, por último, un argumento de la Sentencia sobre el que merece la pena detenerse. Nos referimos a la calificación del coste de cancelación anticipada como «riesgo» del Contrato. El coste de cancelación no es ningún tipo de «riesgo»³². Son varias las razones que apoyan esta idea:

a) En primer lugar, tal coste surge como consecuencia de la exclusiva voluntad del cliente al ejercer su derecho potestativo a cancelar. El riesgo de un contrato o de una operación debe referirse a aquel aspecto inherente al contrato que acaecerá con independencia de la conducta de las partes. No puede ser un riesgo del Swap el coste de cancelación anticipada porque la existencia del coste sólo depende de la voluntad del cliente de cancelarlo anticipadamente.

b) La cancelación anticipada es, además, un elemento accesorio del Swap, no es algo que afecta a la esencia del Contrato. El riesgo del Swap sólo puede referirse a aquellos aspectos esenciales del contrato (por ejemplo, el «riesgo» de liquidaciones negativas si el tipo de referencia baja del tipo fijo pactado)³³. Como se dijo anteriormente, no se trata de negar que el

por la fórmula aplicada por el banco, que reiteramos, no se ha demostrado que sea errónea o no conforme con las circunstancias de mercado, del mismo modo que no se ha acreditado la existencia de otra fórmula alternativa que sea más favorable para los demandantes por implicar un menor coste o precio de la cancelación anticipada.

Y para terminar con esa cuestión hemos de decir también que la cláusula de cancelación anticipada es una cláusula accesorio del contrato, y que en el presente caso no consta que los actores contratasen el producto considerando la posibilidad de cancelarlo anticipadamente con un coste bajo. En todo caso la simple lectura de las condiciones generales pone de manifiesto que la cancelación anticipada tiene un coste económico para el cliente que debe pagar al banco un precio determinado por las condiciones de mercado existente en el momento de la cancelación”.

³² Debemos entender pacíficamente la referencia al riesgo como la probabilidad de pérdidas para el cliente. En palabras de la CNMV en su Guía Informativa dirigida a los inversores el riesgo es “el conjunto de factores que pueden determinar que la inversión proporcione una rentabilidad distinta de la esperada, por encima o por debajo. Riesgo significa incertidumbre y, financieramente hablando, se considera que incorpora el mismo riesgo obtener un 20% por encima o por debajo de la rentabilidad prevista. Lógicamente, el riesgo que preocupa al inversor es el segundo, es decir, la probabilidad de que la rentabilidad sea inferior a la inicialmente prevista”. Esta Guía Informativa se puede consultar en <http://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Guias/guia_rentafija.pdf>.

³³ La cuestión de la accesoriedad de la cancelación anticipada también es relevante para el error. El apartado 1.º del artículo 1266 CC proclama: “Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo”. De esta forma, únicamente el desconocimiento de aspectos esenciales del Swap podría conllevar su nulidad. La práctica judicial está dividida y existen sentencias a favor de su conceptualización como elemento esencial y otras en contra. A nuestro juicio, todo lo relativo a la cancelación anticipada del Swap no puede reputarse como esencial desde el punto de vista objetivo como “sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato”. La cancelación anticipada es accesorio y el Swap continúa existiendo, pese a que la cancelación anticipada desaparezca.

Mayores dudas presenta el aspecto subjetivo de la cancelación como condiciones que “principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo”. Si bien puede sostenerse que nadie celebra un contrato pensando en cancelarlo anticipadamente, aunque se pueda reservar esta posibilidad para un supuesto extremo. En cualquier caso, estaríamos ante una cuestión probatoria que debe recaer en la parte demandante. Es el actor quien debe probar que basó su consentimiento en la posibilidad de cancelar anticipadamente el Swap. A nuestro juicio, en tales casos, no hay duda de que el Banco tiene la carga de explicar que la cancelación anticipada del Swap puede tener un coste. Lo que no se reputaría esencial es la determinación del coste. Con carácter general, es el cliente quien debe solicitar información acerca de la concreta cuantificación del coste, si es un tema de tanta importancia como para formar su consentimiento. Esta carga no debe recaer en la entidad bancaria.

Sobre la accesoriedad de la cancelación anticipada resulta relevante lo establecido por la Sentencia de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 8 de abril de 2011 (Sentencia núm. 100/2011), que establece que “la nulidad del contrato ha de versar sobre un elemento esencial, de tal forma que la falta de éste determinará aquella por no poder subsistir el contrato sin ese concreto particular esencial para su consideración como tal, y es precisamente aquí, en línea con la parte apelante, que se ha de privar de semejante significado a lo relativo al coste de la cancelación anticipada, puesto que eliminada la cláusula que regula lo relativo a ese desistimiento unilateral a favor

cliente no deba ser informado con detalle acerca del coste de cancelación. Al contrario, no cabe duda de que las entidades financieras deben advertir de la existencia del coste de cancelación. La cuestión es estrictamente terminológica: la información surge como un aspecto más del funcionamiento del Contrato, pero no por su errónea calificación de «riesgo» del Swap. En definitiva, en lo que al deber de información de «los riesgos que cada operación conlleva» establecido por la LMV se refiere, no puede conceptuarse como «riesgo» la existencia de un coste de cancelación.

IV. PRESUPUESTOS DEL DOLO APRECIADO EN LA SENTENCIA

Como hemos dicho al inicio, son dos los pilares en los que se asienta el dolo cuya estimación funda la nulidad del Swap la Sentencia. En primer lugar, el ofrecimiento de un producto con una finalidad distinta a la real como cobertura de los riesgos de subida de tipos de interés y, en segundo lugar, «el ofrecimiento de una ampliación del crédito para vencer su natural prudencia». Ambos aspectos, a juicio de la Sentencia, son constitutivos de la «maquinación o insidia de la que habla el artículo 1.269 CC, porque nunca hubiera contratado sin la insistencia del banco, sin el convencimiento que era una especie de seguro, y sin la oferta de ampliar el crédito que previamente ya disponía». La Sentencia, además, menciona incidentalmente un tercer supuesto de *dolo* en la medida en que el Banco no advirtió de que el coste de la cancelación anticipada podría ser tan elevado, lo que constituiría un «dolo negativo o por omisión».

A lo largo de este comentario, hemos visto cómo, a nuestro juicio, todo contrato de Swap cubre frente a la subida de tipos de interés. Con todo, el objeto de este apartado será analizar si, admitiendo los hechos probados de la Sentencia, la conducta del Banco (activa y pasiva) es suficiente para anular el Swap por dolo con arreglo a los artículos 1269 y 1270 CC.

1. El dolo en relación con la finalidad para la que fue ofrecido el Contrato

Es importante recordar en este punto que la Sentencia no niega que el Contrato advirtiese del riesgo de la operación. Es más, como se ha explicado anteriormente, la Sentencia sí que menciona que el Contrato contiene un denominado «Aviso Importante» que «en negrilla» advierte «del coste en caso de variación de los tipos». Es decir, el cliente no podía desconocer, mediante la lectura del contrato, que el Swap tenía un coste, un riesgo de liquidaciones negativas para él, a cambio de estabilizar en una banda determinada sus costes de financiación. Dejando al margen el funcionamiento del contrato donde sí que puede apreciarse que, efectivamente, el Swap puede generar liquidaciones positivas o negativas (recordemos, en el caso de que el cliente reciba del Banco menos de lo que le tiene que pagar), el texto contractual advierte de un posible coste «en caso de variación de los tipos».

Este razonamiento nos lleva a plantearnos dos cuestiones que deben valorarse para apreciar la existencia de dolo: **(i)** la existencia de una relación de causalidad suficiente entre la conducta «insidiosa» y el consentimiento prestado; y **(ii)** la exigencia del carácter vencible o invencible del dolo como vicio del consentimiento. Ambos aspectos son determinantes de la existencia del dolo.

a) Sobre la relación de causalidad, es pacífico que sólo puede dar lugar a la nulidad del Swap aquel dolo que, siguiendo lo dispuesto en el artículo 1.270 CC, pueda ser calificado como

del cliente, el contrato subsiste sin ningún problema, esto es, no es un elemento esencial, su falta en nada afectaría a la validez y vigencia del contrato como un conjunto equilibrado”.

«grave». En palabras de DÍEZ PICAZO³⁴ «es dolo grave aquel que ha dado causa al contrato o que ha sido causa del contrato». En este punto, la Sentencia tiene probado que, efectivamente, lo que ha sido causa del contrato es la creencia del demandante, sobre la base de las explicaciones ofrecidas por el Banco acerca de que estaba contratando un producto que le permitía cubrirse frente a la subida de tipos y que, tal como se desprende del relato fáctico de la Sentencia, no acarrearía liquidaciones negativas.

Sobre esta base, el debate puede reducirse a si es suficiente para anular un Swap y para estimar el dolo de la entidad financiera basarse sólo en las explicaciones ofrecidas y no en el contenido del Swap que advierte, expresamente, del riesgo del Contrato. A nuestro juicio, resulta claro que la conducta de la entidad financiera no reúne, en este primer pilar, los requisitos legales y jurisprudenciales del dolo. Cuestión distinta sería que el contrato de Swap no advirtiese del riesgo, ni de su funcionamiento. Sería necesario además que existiera intención o propósito de engañar³⁵. Pero no podrá decirse que existe tal intención cuando el propio contrato de Swap no sólo no oculta, sino que hace declaración expresa de las eventuales consecuencias perjudiciales del contrato.

En todo contrato, y más en los relativos a instrumentos financieros derivados, es muy difícil admitir que el consentimiento contractual de los demandantes se ha formado exclusivamente con arreglo a la información precontractual suministrada y sin tener en cuenta el contenido contractual; más aún cuando el cliente de la entidad financiera contratante es una sociedad mercantil (en cuyo caso, además, sus administradores tienen obligación de actuar diligentemente). Al respecto, debe recordarse que la Sentencia tiene como hecho probado que los demandantes habían suscrito al menos dos contratos del mismo tipo con anterioridad. También menciona «la solvencia financiera del administrador social de las empresas demandantes». No resulta creíble que un administrador diligente suscriba cualquier tipo de contrato (y menos un contrato con una entidad financiera) sobre la base exclusiva de la información verbal recibida³⁶.

³⁴ En *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, volumen primero, *Introducción. Teoría del Contrato*, 6.ª ed., Thomson-Civitas, p. 201.

³⁵ Ni siquiera en los términos más extensivos de la jurisprudencia acerca de que el dolo civil incluye un conocimiento de que con una determinada conducta podemos producir un engaño efectivo. Vid., por todas, Sentencia de 21 de abril de 2009 (núm. 255/2009): “la jurisprudencia, en interpretación del concepto de dolo civil, ante la ausencia de una definición legal y sin perjuicio de reconocer la dificultad para fijar las fronteras con el concepto de culpa (S. 9 de marzo de 1.962), sí configurado en el Código Civil (LEG 1889, 27) (art. 1.104), ha sentado que no procede circunscribir su ámbito al de la malicia o intención, por lo que, rehuyendo la asimilación al dolo penal, entiende que, no solo comprende los daños producidos con intención de dañar o perjudicar, sino que basta, en sintonía con el concepto de mala fe, infringir de modo voluntario el deber jurídico, es decir, con la conciencia de que con la conducta observada se realiza un acto antijurídico, haciendo lo que no debe hacerse”.

³⁶ A nuestro juicio, la conducta de la entidad financiera al destacar las cualidades positivas del Contrato frente a las negativas tendría fácil encaje en la figura del llamado “*dolus bonus*”. Como recuerda Luis DÍEZ PICAZO en *op. cit.*, 6.ª ed., p. 201: “no todo engaño es considerado como ilícito y constitutivo de dolo. Tradicionalmente, la doctrina viene situando frente al auténtico dolo (*dolus malus*) el llamado *dolus bonus*. Hay siempre un cierto margen de engaño en las acciones generales del tráfico que los criterios éticos imperantes no rechazan. *Dolus bonus* es, pues, este margen de engaño tolerado por los usos y la moral”. De este modo, para DÍEZ PICAZO serían *dolus bonus* “las afirmaciones y los elogios exagerados que el comercio suele utilizar en la publicidad de las mercaderías, siempre y cuando se mantenga dentro de los límites tolerados por los usos y sea reconocible el carácter publicitario o propagandístico de las afirmaciones”. Aun desconociendo los pormenores del caso enjuiciado por la Sentencia y el resultado de la prueba practicada, parece lógico comprender que la comercialización del Swap a un empresario se centre en la exaltación de la cualidades positivas (cobertura frente al riesgo de subida) sin que ello derive en la nulidad por dolo por cuanto el contrato es el que advierte también de los riesgos y, en definitiva, es lo que tiene fuerza de ley entre las partes *ex art. 1.091 CC*.

b) Sobre el carácter vencible del dolo, gran parte de la doctrina se pronuncia en el sentido de que, a diferencia del error, es indiferente que el dolo pueda ser excusable o inexcusable³⁷. A nuestro juicio, es cierto que al dolo no pueden trasladarse las categorías de *excusabilidad* del error, pero lo que sí que debe atenderse a la figura de la negligencia o al principio de autorresponsabilidad que debe presidir la contratación en general y la contratación mercantil en particular³⁸.

Esta diligencia debe exigir la lectura de la documentación contractual para, en su caso, salvar el hipotético dolo directo provocado por la información verbal recibida. Esta es la línea de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que estima que el dolo no puede servir de parapeto de la negligencia³⁹. Y, a los efectos de graduar la eventual negligencia del cliente para que prospere la nulidad por dolo, también debe atenderse a sus circunstancias particulares concurrentes: en este caso, vuelve a cobrar importancia tanto la contratación previa de otros dos Swaps, como su perfil de «solvente» administrador societario.

En lo que se refiere al contenido del Contrato como defensa frente al dolo, la Sentencia se limita a señalar que «se argumenta, por el banco, que el cliente pudo leer el contrato y que solicitó explicaciones en varias ocasiones. Frente a tal argumento puede acudir al contrato, un contrato de adhesión, en el que las condiciones han sido predispuestas por el oferente. Es el banco quien redacta el contrato, y falta a la verdad cuando en el exponendo I asegura que el cliente se ha dirigido al mismo manifestando la voluntad de realizar esa operación financiera». Es verdad que en atención al relato de hechos probados esta afirmación incluida por la entidad bancaria es incierta (sin duda derivada de la, en este caso indebida, utilización de un modelo normalizado). Con todo, no induce a ningún engaño ni error del cliente. Se recoge en el contrato un estado de cosas distinto a la realidad, pero tal declaración no afecta a la formación de un

³⁷ Por ejemplo, Antonio MORALES MORENO en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. XVII, vol. 1 B. *Artículos 1261 a 1280 del Código Civil*, Revista de Derecho Privado, 1993, p. 389, estima que “quien invoca el error, no debe haber incidido en él por su propia culpa. En el dolo, por el contrario, no hace falta que concurran tales requisitos; basta que se haya producido una captación intencionada de la voluntad del contratante”. En el mismo sentido, Alfonso DE COSSÍO Y CORRAL, en *El Dolo en el Derecho Civil*, Ed. Comares, 2005, p. 187: “cuando se trata de un error que podía haberse evitado mediante la debida información, es indudable que no procederá la anulación: lo impide la negligencia del contratante que pudo y no se preocupó de informarse. En cambio, si ha habido dolo, la nulidad será procedente, aunque el error hubiera podido ser evitado por otros medios”.

³⁸ Resulta interesante la reflexión de Luis ROJO AJURIA en *El Dolo en los Contratos*, Ed. Civitas, 1994, p. 285, sobre el dolo positivo y el dolo negativo o por omisión: “la obligación de información se configura sobre la imposibilidad (o grandes costes) de la otra parte para tener acceso a la información, o la existencia de una confianza legítima. Hemos sostenido en el capítulo anterior que, en caso de dolo positivo, sólo era exigible a la víctima una diligencia mínima para evitar el engaño. Es evidente que ante una pura reticencia, y por la propia configuración del deber de información, la necesidad de una asimetría en los costes de información, la valoración de posición de la víctima es muy distinta”. El dolo positivo exige, pues, una mínima diligencia para evitar el engaño. ¿Se encuentra dentro de esa diligencia la lectura del contrato para el caso de que difiera de la información precontractual recibida? Sin duda, la respuesta debe ser positiva.

³⁹ Por ejemplo, la Sentencia de 11 de julio de 2007 menciona, con cita de otras, que el dolo no es invalidado por “la confianza, buena fe o ingenuidad de la parte afectada —STS 15-6-1995—”, tal declaración, *a sensu contrario*, parece admitir que el dolo sí que resulta invalidado por la negligencia de esa parte. La Sentencia de 5 de marzo de 2010 (núm. 129/2010) analiza la negligencia del afectado por el dolo y concluye que “el desconocimiento de la dolina no fue debido a la falta de diligencia y el silencio de la parte vendedora sobre ello fue determinante de la voluntad de comprar”. Por último, para la famosa Sentencia de 26 de octubre de 1981, “no se puede premiar la mala fe ínsita en el dolo so pretexto de la confianza ajena, calificando a ésta de ingenuidad (‘simplicitas’) como si el derecho debiera ser más el protector de los astutos que el defensor de los confiados, concepto o conductas que no pueden equipararse a los de diligencia o negligencia (y ahí sí que ‘vigilantibus non durmientibus iure succurrunt’) como pautas que el Derecho ha de valorar otorgando su protección al hombre cuidadoso frente al negligente, y evidente resulta aquí que no puede calificarse de negligencia o simplicidad la actitud de las compradoras que se aquietan y confían, como cualquier hombre razonable, ante el dato de una escritura de propiedad, en sí constituyente de fe pública”. El Derecho, por tanto, no puede proteger conductas negligentes.

consentimiento viciado, que es a que se debe atender. Resulta, sin duda, una práctica reprochable de la entidad, pero no influye en la validez del Swap.

2. El dolo en relación con el ofrecimiento de una ampliación de una línea de crédito

Nos hallamos, nuevamente, ante un supuesto de dolo directo. Es el segundo pilar en el que se asienta el dolo apreciado por la Sentencia y consistiría en «la oferta de ampliar el crédito que previamente ya disponía el demandante», que es lo que, junto con las explicaciones verbales recibidas, habría vencido la «natural prudencia» del cliente a la hora de contratar.

A nuestro juicio, el ofrecimiento de esta ampliación del crédito tiene difícil encaje en el requisito de «maquinación insidiosa» del artículo 1.269 CC. Faltaría ese primer requisito del dolo como un «acto ilícito consistente en el empleo de palabras o maquinaciones insidiosas»⁴⁰. El ofrecimiento de una ampliación de una línea de crédito responde más al concepto de negociación entre la entidad financiera y la mercantil demandante y, en modo alguno, constituye una práctica reprochable.

Nótese, además, que estamos ante un administrador mercantil con «*solvencia financiera*» y no ante un mero consumidor menos habituado a tratar con bancos. Situaciones de este estilo son, sin duda, comunes en las relaciones comerciales cliente-entidad financiera⁴¹. Es, en última instancia, el cliente el que decide contratar el Swap sin que su consentimiento se halle viciado por el hecho de que haya influido en su decisión (que, sin duda, lo habrá hecho) obtener una ampliación de la línea de crédito suscrita previamente con el Banco.

3. El dolo omisivo referente al «elevado» coste de la cancelación anticipada

Aunque con menor intensidad, la Sentencia también denuncia un dolo negativo u omisivo del Banco por el hecho de no haber aclarado «qué consecuencias derivarían de una eventual resolución, ya que el costo de la misma es tan elevado. No hubo tal información». ¿Es suficiente esta ausencia de información para viciar el consentimiento?

En primer lugar, procede recordar que sólo el dolo grave vicia el consentimiento y que «el dolo será incidental si recae sobre elementos secundarios o accesorios». Es el dolo incidental regulado en el párrafo 2.º del artículo 1.270 CC. Por tanto, el dolo sólo tiene virtualidad anulatoria «si el engaño recae sobre elementos esenciales o principales del contrato»⁴². Al respecto nos remitimos a lo analizado en páginas precedentes sobre el carácter accesorio de la cancelación anticipada y, en especial, a lo que respecta a su concreto coste. Es importante retener que el Banco no oculta que exista coste, sino que no cuantifica el coste de la cancelación. En palabras de la Sentencia, «los términos del contrato aportado evidencian que supondría algún coste. Al margen de la valoración jurídica que merezca, respecto a su claridad, la cláusula segunda de los contratos, basta examinarla para constatar que además de ser precisos conocimientos jurídicos de algún nivel, no incluye una referencia exacta del coste que supondría

⁴⁰ Vid. Luis DÍEZ PICAZO, *op. cit.*, 6.ª ed., p. 199.

⁴¹ Se nos ocurren numerosos supuestos, pero, por ejemplo, puede ser habitual la contratación de un plan de pensiones con el fin de obtener un mejor diferencial en el préstamo hipotecario. O, por ejemplo, que el Banco condicione la obtención de una mayor remuneración en un depósito al hecho de que el cliente domicilie su nómina o suscriba un fondo de inversión. ¿Acaso estas circunstancias viciarían de nulidad por dolo la constitución del fondo de pensiones, la domiciliación de la nómina o la suscripción del fondo de inversión? Son meras ofertas o condiciones comerciales, fruto de un proceso negociador, que no invalidan el consentimiento.

⁴² Vid. Luis DÍEZ PICAZO, *op. cit.*, 6.ª ed., p. 201.

tal resolución». Lo que trasluce de la Sentencia es que esa referencia exacta del coste dado que es tan «elevado» es un elemento esencial del Contrato, acerca del que el Banco tiene obligación de informar.

Ya se explicó con anterioridad que las entidades financieras no pueden tener conocimiento, en el momento de la suscripción del Contrato, del importe (ni siquiera aproximado) de cancelación anticipada. Esto es importante porque faltaría también ese necesario «deber de hablar» que constituye el primer presupuesto del dolo omisivo⁴³. No puede exigirse, conforme a la buena fe, que el Banco pueda dar información sobre algo que no conoce. En palabras de DÍEZ PICAZO «se trata de saber si, por el conjunto de circunstancias que rodean el contrato, la ocultación merece la consideración de insidia»⁴⁴. En atención al relato fáctico de la Sentencia, entendemos que la ocultación del hipotético coste que hubiera tenido la cancelación anticipada ante un imprevisible derrumbe del Euribor como el que sucedió no revestiría el carácter de «insidia».

V. BREVE REFERENCIA A LA NORMATIVA APLICABLE

Aunque la Sentencia no lo trata directamente, al hilo de la aplicación de la legislación de mercado de valores al caso enjuiciado que no parece poner en duda la Sala (vid. sus referencias al ya derogado Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, que desarrollaba la LMV), conviene matizar esta aplicación incondicionada de tal normativa.

Al respecto, debe ponerse de manifiesto lo dispuesto en la Resolución Conjunta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y del Banco de España de abril de 2010 sobre «Delimitación de competencias de la CNMV y del BANCO DE ESPAÑA en relación con la supervisión y resolución de las reclamaciones que afectan a instrumentos o productos financieros derivados de cobertura»⁴⁵. En virtud de esa resolución, «en todos aquellos supuestos de vinculación del derivado con un producto/s bancario/s concretos, únicamente se exigirá para su comercialización el cumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa bancaria».

La resolución remite en esos casos a la aplicación de la normativa bancaria porque «el hecho de que el producto principal sobre el que gira el derivado (instrumento financiero) vinculado, sea un producto bancario, supone que el cliente a la hora de ser informado del producto ofertado y de la valoración de la adecuación del mismo a sus características, debe tener las garantías propias de cliente de servicios bancarios y no de inversor, ya que no emplea o quiere el derivado como producto de inversión sino sólo en cuanto vinculado a un producto bancario y con el objeto de minorar los riesgos de fluctuación de tipos de interés o de cambio de divisas».

La razón de esta interpretación obedece a una interpretación conjunta por parte de ambos reguladores del artículo 79 quáter de la LMV y del artículo 19 de la Ley 36/2003. El artículo 79 quáter LMV explica que no serán de aplicación los requisitos de los artículos 79 bis y ter sobre las obligaciones de información de las entidades de inversión, cuando el producto financiero esté sujeto a otras disposiciones distintas relativas a la valoración de riesgos de los clientes y a los requisitos de información. Por su parte, el artículo 19 de la Ley 36/2003 establece la

⁴³ Por todas, según la Sentencia de 19 de julio de 2006 (núm. 751/2006) “habrá dolo negativo o por omisión siempre que exista un deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico”.

⁴⁴ Vid. *op. cit.*, 6.ª ed., p. 202. Como recoge el autor, alguna sentencia utiliza el acertado término de “maquinación o astucia pasiva”.

⁴⁵ <http://www.bde.es/webbde/es/supervision/internacional/Delimitacion_competencias_CNMV-BdE_sobre_derivados.pdf>.

obligación de informar y ofrecer a los deudores hipotecarios a tipo variable instrumentos de cobertura de tipos de interés, como el que es objeto de análisis en este comentario⁴⁶.

A partir de los hechos probados de la Sentencia no podemos inferir cuál es la financiación a tipo variable que se pretendía cubrir con el Swap, ni si, por tanto, concurren los parámetros de la citada Resolución Conjunta para entender cuándo se ofrece el producto de inversión «como parte de un producto financiero» (79 quáter LMV)⁴⁷. Sin embargo, resulta necesario poner de manifiesto que la aplicación de la normativa de mercado de valores y, especialmente, las obligaciones de información que derivan de MIFID⁴⁸ no resulta incondicionada. Es cierto que lo dispuesto en esta Resolución Conjunta carece de valor normativo, pero su valor interpretativo es de extraordinaria relevancia al venir de los dos organismos encargados de la aplicación e interpretación de la legislación bancaria y la legislación de mercado de valores.

VI. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LOS SWAP

Procede, por último, analizar el pronunciamiento contenido en el Fundamento Jurídico de la Sentencia titulado «las consecuencias de la nulidad»⁴⁹. Con arreglo al artículo 1.303 CC, y de conformidad con lo solicitado por las demandantes, se condena a la restitución recíproca de las prestaciones. Es decir, el efecto prototípico de la nulidad de este tipo de contratos es que se condena al Banco a devolver lo recibido del cliente en virtud del Swap y al cliente, a su vez, a restituir al Banco las liquidaciones positivas que éste le abonó previamente, más los intereses legales.

Sin embargo, la Sentencia condena a estos importes exclusivamente por «razones de congruencia», ya que la Sala entiende que resultaría aplicable la previsión del artículo 1306-2.º CC «que supone que cuando la causa torpe está de parte de un solo contratante éste no puede repetir lo que hubiera dado en virtud del contrato». Tal razonamiento es criticable ya que no estamos en presencia de un problema de causa torpe; es decir, de un contrato con objeto o causa ilícitos que no sean constitutivos de infracción penal. Nótese que, por ejemplo, el párrafo 2.º del citado artículo 1.306 también establece que, en estos casos de causa torpe, la parte no culpable

⁴⁶ A estos efectos, debe entenderse que constituyen la normativa aplicable los artículos 24 y 25 de la Orden EAH/2899/2011, de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que en nada se opone a lo argumentado.

⁴⁷ Tales pautas se enumeran y explican en las páginas 3 a 6 de la Resolución Conjunta.

⁴⁸ “Markets in Financial Instruments Directive” (Directiva 2004/39/EC).

⁴⁹ En relación con los efectos de la nulidad, resulta también interesante (y quizás podría ser objeto de un comentario específico) analizar la posibilidad de ejecutar provisionalmente las sentencias declarativas de la nulidad de los Swap que, a su vez, condenan a la “restitución recíproca de las prestaciones”. Como es sabido, el artículo 526 LEC permite sólo la ejecución provisional de sentencias condenatorias; o, lo que es lo mismo, no cabe la ejecución provisional de pronunciamientos mero-declarativos. En esta tesitura, se abren dos posibles vías en sentencias como las que nos ocupa. ¿Se trata de una sentencia declarativa en la que la restitución recíproca de las prestaciones es simplemente un pronunciamiento accesorio y *ope legis* de la nulidad? ¿O bien se trata de dos pronunciamientos separados e independientes? En el primer caso, existirían sólidas razones para entender que no cabría la ejecución provisional (sería, por ejemplo, una situación similar a la que sucedería con la nulidad de una compraventa de un bien inmueble que ordenase restitución de precio y devolución del bien cancelando las respectivas inscripciones registrales). En el segundo caso, podría sostenerse que no existe impedimento para ejecutar provisionalmente el pronunciamiento de condena. Con todo, la realidad no es blanca o negra y lo habitual es que todo se tiña de gris; de este modo, se abren distintas variables. Por ejemplo, que el Swap siga en vigor, generando liquidaciones para ambas partes y que la sentencia no contenga ningún tipo de cuantificación económica sobre la restitución recíproca. O, por el contrario, que el Swap ya haya finalizado su vigencia y que la sentencia cuantifique la cantidad objeto de condena. Sin embargo, como dijimos, no es el objeto de este comentario analizar estas variables y su influencia en materia de ejecución provisional.

puede reclamar el cumplimiento a la otra parte y no está obligada a cumplir la prestación a su cargo. Trasladando esta regulación al Swap, ni siquiera los clientes estarían obligados a abonar las liquidaciones negativas al Banco y sí podrían recibir las positivas.

De este modo, la doctrina entiende que el supuesto del artículo 1.306 no se refiere a la anulabilidad por vicio del consentimiento, sino a la nulidad radical o inexistencia⁵⁰. La práctica judicial es pacífica en el mismo sentido apuntado (vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2001 —núm. 350/2001—; de la Sección 16.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de febrero de 2008 —núm. 58/2008— y de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Tenerife de 14 de julio de 2003 —núm. 331/2003—).

Debemos señalar, por tanto, que pretender extender los efectos de la causa torpe a la nulidad por dolo (o a la nulidad por error) resultaría contrario a lo dispuesto en el artículo 1.306 CC. Tampoco se compartiría la tesis de una eventual aplicación analógica del artículo, por cuanto las consecuencias de la nulidad ya se regulan con carácter general en el artículo 1303 CC, y el artículo 1.306 CC es una excepción a esa regla general que no guarda tampoco la debida «identidad de razón». La causa o el objeto ilícitos son distintos a los vicios del consentimiento.

VII. REFLEXIÓN FINAL A MODO DE CONCLUSIÓN

A lo largo de este comentario hemos tratado explicar cómo, a partir de los hechos probados, la aplicación jurídica de los requisitos legales del dolo encuentra bastantes debilidades en la Sentencia. De este modo, a nuestro juicio, se realiza una interpretación demasiado forzada (o si se quiere, muy amplia) de la concurrencia del dolo, lo que parece ir en contra de la jurisprudencia del Tribunal Supremo aplicable en la materia⁵¹.

Esta misma situación se produce en otras muchas resoluciones judiciales, sobre todo relativas al error, al ser el vicio cuya estimación es más frecuente⁵². Algunos tribunales sistemática y reiteradamente declaran la nulidad de estos contratos con una fundamentación

⁵⁰ Vid., por ejemplo, el comentario al artículo 1306 CC de Xavier O'CALLAGHAN en *Código Civil comentado y con Jurisprudencia*, Ed. La Ley, 3.^a ed., 2001, que manifiesta que el supuesto del artículo “no es un tema de anulabilidad, sino de inexistencia el contrato o, en su caso, de nulidad”.

⁵¹ Por todas, la Sentencia de 6 de febrero de 1998 (núm. 67/1998) estima que “ha de señalarse que, como establece la Sentencia de 30 mayo 1991, la apreciación del error sustancial en los contratos ha de hacerse con criterio restrictivo cuando de ello dependa la existencia del negocio; apreciación que tiene un sentido excepcional muy acusado (Sentencias de 8 mayo 1962 y 14 mayo 1968, antecedidas y seguidas por otras en el mismo sentido); ya que el error implica un vicio del consentimiento y no una falta de él”. Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2004 recuerda que “la voluntad se presume libre, consciente y espontáneamente manifestada, representando una presunción *iuris tantum* de la validez del contrato”.

⁵² A nuestro juicio, muchas sentencias trivializan e inaplican la doctrina jurisprudencial en materia del error cuando estamos ante contratos de permuta de tipos de interés. La regla general es la validez de los contratos y los vicios del consentimiento, como el error, deben ser apreciados de modo restrictivo. El Tribunal Supremo, en desarrollo de los artículos 1265 y 1266 CC, tiene reiteradamente declarado que el error debe ser (i) esencial; esto es, debe afectar a la esencia, sustancia u objeto del contrato; (ii) debe existir un nexo causal entre el error alegado y la suscripción del contrato, en la medida que sin ese error el contrato no se habría suscrito; y (iii) debe tratarse de un error excusable o vencible. No debe ser imputable a la falta de diligencia de quien sufrió el error. Pues bien, frente a la clara doctrina jurisprudencial, estamos contemplando múltiples resoluciones judiciales que declaran la nulidad por error, prescindiendo del concreto error alegado por los demandantes, teniendo en cuenta errores sobre aspectos ajenos a la esencia del contrato u obviando que el error que se alega puede ser salvado empleando un mínimo de diligencia (generalmente, leyendo la documentación contractual). La seguridad jurídica debe ser la guía de actuación de los jueces y tribunales y la legítima aspiración de alcanzar la “justicia material”, no lo puede ser a costa de infringir el Derecho y la jurisprudencia aplicables.

«tipo»⁵³, sin efectuar la necesaria valoración de la prueba practicada y las peculiaridades del caso⁵⁴.

En nuestra opinión, los problemas planteados en este tipo de asuntos deben resolverse con una aplicación rigurosa de las categorías generales de validez y eficacia de los contratos. Tras una adecuada valoración probatoria deberá determinarse si esos hechos probados tienen o no encaje en la nulidad. Nótese que —ante una situación económica perjudicial motivada por el descenso del Euríbor— la finalidad de las demandas es eliminar del Ordenamiento Jurídico una relación contractual que, en principio, debe presumirse válida y eficaz (y no lo contrario). Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes y, como recuerda DÍEZ PICAZO, «lo normal es estar a lo pactado, con todas sus consecuencias favorables o desfavorables y no utilizar la figura del error para lograr una desvinculación del contrato. Cada contratante debe soportar las consecuencias de las equivocaciones que haya podido padecer»⁵⁵.

El Tribunal Supremo, a través de la función nomofiláctica del recurso de casación, está llamado a desempeñar un importante papel en la materia. Este Tribunal ha sentado doctrina⁵⁶ sobre el acceso a casación de las demandas de nulidad de los Swaps por vicio del consentimiento. Para su acceso a casación, debe atenderse al «precio de los contratos», que el Tribunal Supremo identifica con su valor nominal o nocional⁵⁷. La Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, que entró en vigor el pasado 31 de octubre de 2011, ha modificado recientemente el régimen de acceso a casación. Al margen de la interpretación que se consolide acerca de la cuantía aplicable a este tipo de procedimientos lo cierto es que, en todo caso, se permitirá acceder a casación a cualquier asunto de cuantía inferior a 600.000 euros que presente interés casacional⁵⁸.

⁵³ Basta consultar los repertorios jurisprudenciales y comprobar cómo algunos juzgados y tribunales repiten los fundamentos de la nulidad, copiadas unas sentencias de otras.

⁵⁴ Como hemos explicado, la gran mayoría de las demandas alegan la concurrencia de vicios del consentimiento. Esta circunstancia exige enfrentarse a un problema fáctico consistente en valorar aspectos como la información precontractual y contractual suministrada, la experiencia previa en la contratación de este producto, la actitud del demandante durante la ejecución del contrato, su perfil o experiencia financiera, etc. Estamos ante un tipo de pleito muy casuístico.

⁵⁵ *Op. cit.*, 6.ª ed., p. 209.

⁵⁶ Tras una fase de ciertas resoluciones contradictorias, podemos decir que a partir del Auto, estimatorio de un recurso de queja, de 18 de enero de 2011 (recurso núm. 510/2010), ponente Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos, el Tribunal Supremo sienta el criterio de que, cuando se alegue la nulidad por vicio del consentimiento, habrá de atenderse a la cuantía, que será el precio del contrato (su valor nominal), no la del daño sufrido o la reclamación planteada. Vid. también Daniel RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA en “La cuantía de los pleitos de swaps (a propósito de los Autos de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 15 de junio y de 7 de septiembre de 2010)”, en *Diario La Ley*, núm. 7549, 18 de enero de 2011.

⁵⁷ Es cierto que, en algunas resoluciones posteriores recientes, el Tribunal Supremo prescinde expresamente del valor nominal de los contratos y atiende a la cuantía señalada en la demanda (Auto de 6 de septiembre de 2011 resolutorio del recurso de queja nº 316/2011).

⁵⁸ De conformidad con el nuevo artículo 477. 2 LEC: “Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en los siguientes casos: 1.º Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución. 2.º Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros. 3.º Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional”. La vía más previsible de acceso por interés casacional (artículo 477.3 LEC) será por existencia de jurisprudencia contradictoria de audiencias provinciales o por aplicación de normas que lleven menos de cinco años en vigor (piénsese, al respecto, en la eventual aplicación de la normativa relativa a las obligaciones de información recogida en el artículo 79 bis LMV, tras su reforma operada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre).