



FACULTAD DE DERECHO

**LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO EN LOS
CONTRATOS DE PERMUTAS FINANCIERAS DE TIPOS
DE INTERÉS: ANÁLISIS CRÍTICO Y JURISPRUDENCIAL**

Autor: Pablo Hernández Suárez

Tutor: Carlos de Miguel Perales

Madrid

Abril de 2014

RESUMEN: los *swaps* de tipos de interés son productos financieros de gran complejidad ofertados por las entidades de crédito, y cuya regulación variará según el tipo de que se trate (*swap* de cobertura o especulativo), pudiendo quedar sometidos bien a la normativa de conducta bancaria, o bien a la normas reguladoras de servicios de inversión (MiFID) respectivamente.

A raíz de la crisis económica que azota los mercados financieros desde el año 2007, los *swaps* han sido objeto de numerosos litigios en nuestros tribunales. Ello debido a la gran cantidad de demandas que se han interpuesto por los clientes pretendiendo la nulidad de los productos contratados.

Prácticamente en su totalidad, las demandas han sido fundamentadas en la existencia del error-vicio del consentimiento, si bien en ocasiones se ha alegado la concurrencia de dolo. En ambos casos será determinante del fallo de los litigios la información facilitada por las entidades de crédito.

PALABRAS CLAVE: swap, permuta financiera de tipos de interés, error, dolo, vicios del consentimiento, ausencia de información, deberes de información, nulidad, jurisprudencia.

ABSTRACT: interest rate swaps are financial products of great complexity offered by credit institutions and which regulation may vary according to the kind of swap (hedge swap or speculative swap), being subject either to the banking rules or to the regulatory standards for investment services (MiFID) respectively.

Following the economic crisis that is gripping financial markets since 2007, swaps have been subject to extensive litigation in our courts. This is due to the large number of lawsuits that have been filed by customers claiming for the voidability of the contracted products.

Almost all the claims have been based in the existence of error in the consent, although sometimes it is alleged the occurrence of fraud. In both cases, the information provided by credit institutions will determine the judgment.

KEY WORDS: swap, interest rate swap, error, fraud, vices of consent, absence of information, information duties, nullity, jurisprudence.

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS.....	5
1. INTRODUCCIÓN.....	6
1.1. Los contratos de permutas financieras de tipos de interés y su problemática.....	6
2. EL CONSENTIMIENTO Y SUS VICIOS: EL ARTÍCULO 1.261 CC EN RELACIÓN CON EL 1.278 Y 1.279 Y LOS ARTÍCULOS 1.265, 1.266 Y 1.269 EN RELACIÓN CON LOS ARTS. 1.300 Y SS.....	11
3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL ERROR-VICIO EN LOS CONTRATOS FINANCIEROS.....	18
3.1. Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de noviembre de 2012, que rechaza en casación la doctrina establecida por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 5ª) de 27 de enero de 2010.....	18
3.1.1. <i>Tratamiento del error vicio por la jurisprudencia menor: la doctrina establecida por la SAP de Asturias, de 27 de enero de 2010.....</i>	18
3.1.2. <i>La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2012.....</i>	19
3.2. Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2013.....	24
3.3. Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014.....	27
3.3.1. <i>Introducción a la normativa MiFID (Markets in Financial Instruments Directive).....</i>	27
3.3.2. <i>La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014.....</i>	29
4. BREVE REFERENCIA AL TRATAMIENTO DEL DOLO POR LA JURISPRUDENCIA MENOR.....	36
5. LA DOCTRINA DE LA CONFIRMACIÓN DE LOS ACTOS.....	37
6. CONCLUSIONES.....	38
7. BIBLIOGRAFÍA.....	41

LISTADO DE ABREVIATURAS

IRS: *Interest Rate Swap.*

LMV: Ley del Mercado de Valores.

MiFID: *Markets in Financial Instruments Directive.*

AP: Audiencia Provincial.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto comentar y analizar la jurisprudencia relativa a los vicios del consentimiento en los contratos de permutas financieras de tipos de interés, también denominados *swaps* o *interest rate swaps* (IRS). Nos encontramos ante una cuestión problemática y de gran actualidad, en la medida en que los citados productos financieros (complejos y repletos de riesgos) han venido provocando cuantiosas pérdidas a los clientes que los contrataron, a raíz de la crisis económica que azota los mercados desde el año 2007. Lo anterior, unido a la opacidad con la que los emisores de dichos productos (entidades de crédito) trataban las condiciones de suscripción y gestionaban la información precontractual relativa a los mismos, así como al ocasional incumplimiento de los deberes de información, ha sido la causa principal de la litigiosidad existente en nuestros tribunales.

A pesar de la extensa litigiosidad que ha suscitado este tipo de contratos, en el tratamiento de la cuestión tan sólo ha podido pronunciarse la Sala primera del Tribunal Supremo en tres ocasiones. La gran mayoría de pronunciamientos corresponden por tanto a los Juzgados de Primera Instancia y a las Audiencias Provinciales, es decir, a la jurisprudencia menor. No obstante lo anterior, la finalidad de este escrito es analizar la jurisprudencia del Alto Tribunal, por lo que respecto de la jurisprudencia menor nos limitaremos a comentar la doctrina mayoritaria que ha sido rechazada por el Supremo en casación.

1.1. Los contratos de permutas financieras de tipos de interés y su problemática

Las permutas financieras de tipos de interés son productos financieros derivados, en cuanto que su precio se determina en función del valor de un activo al que se denominará subyacente, y que en nuestro caso será el tipo de interés de referencia.

La jurisprudencia se ha ocupado de definir este tipo de contratos, conceptuándolos como aquellos “*intercambios de las obligaciones de pago correspondientes a intereses resultantes de aplicar a un capital -nacional- los tipos de interés pactados durante un periodo determinado*”, o bien como “*aquel contrato en cuya virtud las partes*

contratantes acuerdan intercambiar, sobre un capital nominal de referencia, los importes resultantes de aplicar un coeficiente o tipo de interés diferente para cada una de ellas durante un plazo de tiempo determinado¹". En este mismo sentido, RODRÍGUEZ SIERRA² cuando señala que se trata de:

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

El producto se estructurará de la siguiente manera: se fija un tipo de referencia sobre un capital nocional (lo que quiere decir teórico, a los simples efectos de aplicarle el tipo y deducir los intereses a pagar) y se establecen un límite máximo y un límite mínimo para las variaciones que pueda sufrir el citado tipo; si al tiempo de proceder a liquidar los intereses el tipo de referencia ha experimentado una variación positiva, de tal forma que haya superado el límite máximo establecido, el banco vendrá obligado a realizar la prestación dineraria a favor del cliente; por el contrario, si al tiempo de la liquidación la variación sufrida por el tipo de referencia fuere negativa, quedando por debajo del límite mínimo establecido, será el cliente quien deberá abonar las cantidades al banco.

La permuta financiera de tipos de interés puede **manifestarse de dos formas**: la primera, denominada **de cobertura**, se suscribe por el cliente con la finalidad de cubrirse ante el riesgo de que el tipo de interés de referencia asociado a otra operación pueda sufrir variaciones al alza; es decir, se trata de un producto financiero que se vincula a una operación también suscrita con la entidad financiera, por lo que en este caso el capital de referencia o nocional se corresponderá con el capital de la operación vinculada (*swap* vinculado a un préstamo hipotecario). Al *swap* de cobertura le serán de aplicación:

¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección 1ª, de 21 de enero de 2013.

² RODRÍGUEZ SIERRA, C., *Presentación de la Jurisprudencia al detalle, swap: evolución jurisprudencial: notas y comentarios*, Revista Sepin, mayo de 2012.

las normas de conducta de las propias entidades de crédito en lo que se refiere a información y valoración de riesgos de los clientes, pues 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 divisas³.

El segundo tipo de permuta se conoce como **especulativa o autónoma**, y se refiere a aquellos casos en los que el producto financiero se contrata de forma autónoma, es decir, sin vincularse a ninguna otra operación bancaria. En este caso, el capital de referencia se fijará por las partes con total libertad, por lo que será puramente teórico tal y como decíamos al citar la definición del producto. Como su propio nombre indica, nos encontramos ante un producto financiero de carácter puramente especulativo, una apuesta en la que el cliente ganará o perderá en función de la evolución que siga el tipo de interés de referencia. A contrario que los *swaps* de cobertura, a este tipo de permutas financieras de tipo de interés les será de aplicación, en virtud de lo expuesto en la nota conjunta citada en el párrafo anterior, la normativa MiFID reguladora de los servicios de inversión.

De los dos tipos de permutas financieras que hemos visto, la que ha generado mayor controversia es la de cobertura, al haberse dado en la práctica un mayor número de contrataciones por las razones que se exponen en el siguiente párrafo. No obstante, los *swaps* de carácter puramente especulativo también han sido objeto de gran cantidad de litigios, y de hecho, son los únicos respecto de los cuales ha estimado el Alto Tribunal la nulidad por error en el consentimiento del cliente (*vid.* 3.3).

Entre las **razones de la problemática** suscitada por los *swaps* de cobertura (además de por sus riesgos y complejidad) destacamos las siguientes: en primer lugar,

³ Nota conjunta del Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores, *para la 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*, pág. 2.

que desde 2003 se venía obligando por la Ley de Medidas de Reforma Económica⁴ a las entidades financieras a ofrecer este tipo de productos a sus clientes en el momento en el que se suscribían contratos de operaciones a tipo variable (por ejemplo, hipotecas), de tal manera que con ello se pretendía cubrir el riesgo ante posibles subidas de los tipos de interés aplicables a dichas operaciones, si bien no era obligatoria para los clientes su suscripción; por otro lado, la situación económica que ha venido sufriendo la zona euro en los últimos años propició que el Banco Central Europeo bajase progresivamente el Euribor a mínimos históricos, lo cual ha originado graves perjuicios económicos a los clientes a la hora de liquidar los productos contratados, teniendo en cuenta que el tipo de interés citado era el utilizado principalmente como tipo de referencia en esta clase de productos financieros, así como que la bajada de dicho tipo por debajo de los límites mínimos prefijados determinaba que la liquidación fuese favorable a la entidad financiera (esta última razón es aplicable también al caso de los *swaps* especulativos).

La polémica suscitada en torno a las permutas financieras de tipos de interés de carácter especulativo se debe principalmente a su comercialización encubierta bajo la forma de *swaps* de cobertura, en perjuicio de los clientes que los suscribieron.

Lo cierto es que a pesar de su complejidad los contratos de permutas financieras de tipos de interés no se constituyen *per se* como instrumentos financieros malignos o perjudiciales (como algunos han querido reseñar). En este sentido, no es objeto de este escrito determinar las ventajas e inconvenientes de este tipo de instrumentos financieros.

Lo expuesto anteriormente nos permite justificar nuestra elección de los *swaps* como base para el análisis jurisprudencial de los vicios del consentimiento relativos a los instrumentos financieros, pues como hemos podido comprobar, las características de este tipo de productos financieros y las operaciones seguidas para su colocación en el mercado han hecho emerger una avalancha de demandas en las que por parte de los

⁴ Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, artículo decimonoveno, párrafos 1º y 2º: “1. Las entidades de crédito informarán a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos, productos o sistemas de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles. La contratación de la citada cobertura no supondrá la modificación del contrato de préstamo hipotecario original; 2. Las entidades a que se refiere el apartado anterior ofrecerán a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable al menos un instrumento, producto o sistema de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés”.

clientes se alegará como fundamento principal la existencia de un consentimiento viciado. No obstante, y como se podrá comprobar, los tribunales aplican de forma restrictiva la doctrina relativa al error vicio, con lo cual difícilmente se estimará la nulidad de los contratos impugnados.

2. EL CONSENTIMIENTO Y SUS VICIOS: EL ARTÍCULO 1.261 CC EN RELACIÓN CON EL 1.278 Y 1.279 Y LOS ARTÍCULOS 1.265, 1.266 Y 1.269 EN RELACIÓN CON LOS ARTS. 1.300 Y SS

Antes de entrar en el análisis de la jurisprudencia que trae como causa este escrito, hemos creído necesario exponer brevemente la doctrina mayoritaria en lo que a vicios del consentimiento se refiere. La clave de la cuestión reside en uno de los requisitos del artículo 1.261 del Código Civil, el cual dispone que: *“No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º. Consentimiento de los contratantes. 2º. Objeto cierto que sea materia del contrato. 3º. Causa de la obligación que se establezca”*. Se declara de esta forma en el número primero del artículo la condición de elemento esencial del consentimiento para la correcta formación y consiguiente validez del contrato. Así se desprende del citado artículo, en relación con el 1.278 *“los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez”* (entre ellas, el consentimiento). El artículo 1.279 reafirma esta exigencia al establecer que, para que el contrato sea eficaz, es necesario que *“[...] hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez”*.

Sin embargo, sucede que ese consentimiento prestado por las partes no siempre es admitido por el Derecho, en tanto que puede resultar afectado por alguno de los denominados *“vicios del consentimiento”* (artículo 1.265 CC, como veremos más adelante). En este mismo sentido, ALBADALEJO⁵ señala que *“la voluntad se ha formado viciosamente, cuando en tal formación intervino un elemento (vicio), cuya intervención considera el Derecho inadmisibles. También DÍEZ-PICAZO⁶, cuando afirma que: “para que exista contrato, [...] debe existir un consentimiento y este consentimiento debe ser serio, espontáneo y libre. Cuando alguna de estas cualidades [...] no se da, puede decirse que el consentimiento se encuentra viciado y que en el contrato existe una irregularidad”*. Por su parte, LACRUZ⁷ considera que *“en todos aquellos supuestos en que falta en los contratantes la adecuada representación de las*

⁵ ALBADALEJO, M., *Derecho Civil, Tomo I, Introducción y parte general*, pág. 558.

⁶ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Volumen I: Introducción, Teoría del contrato, Las relaciones obligatorias*, pág. 117.

⁷ LACRUZ, J.L., *Elementos de Derecho Civil, Tomo II, Derecho de Obligaciones, Volumen I: Parte General y Teoría General del Contrato*, pág. 358.

circunstancias y de la trascendencia del acto que van a llevar a cabo o la espontaneidad de su decisión, el contrato no puede ser perfecto y debe poder impugnarse para que los contratantes no se vean afectados por lo que no quisieron". Se requiere por tanto para que el consentimiento otorgado por las partes sea admisible en Derecho, que este se exteriorice libre de vicios, lo que ocurrirá cuando los contratantes se hayan representado las circunstancias inherentes al contrato de forma adecuada.

De este último párrafo se desprende la necesidad de un mecanismo que otorgue a los contratantes cuya voluntad se ha formado viciosamente la facultad de impugnar el contrato de que se trate. El Código Civil recoge este mecanismo en los artículos 1.300 y ss. En efecto, dispone el art. 1.300 que *"los contratos en que concurran los requisitos que expresa el art. 1.261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley"*. La existencia de dichos vicios, no obstante, ha de probarse por quienes la alegan, debiendo además acreditar el cumplimiento de una serie de requisitos que analizaremos más adelante.

Sin embargo *"como es natural, se veda la impugnación del contrato a quienes con su conducta provocaron los vicios de la voluntad"*⁸. Así lo establece el artículo 1.302 CC, disponiendo que *"no podrán fundar su acción en estos vicios del contrato los que causaron la intimidación o la violencia, o emplearon el dolo o produjeron el error"*. El objetivo de la norma es, a juicio de LACRUZ⁹, *"evitar que tengan la posibilidad de desvincularse del contrato quienes de mala fe contribuyeron a su constitución y proteger la buena fe del contratante inocente, que siempre tiene la posibilidad de impugnar, si le conviene, su propia declaración"*. La acción de nulidad de los contratos se podrá llevar a cabo únicamente por tanto, y según el tenor del 1.302 CC, *"por los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos"* siempre que, como hemos mencionado anteriormente, dichos obligados no sean causantes del vicio cuya existencia afirman.

⁸LACRUZ, J.L., *op. cit.*, pág. 372.

⁹ LACRUZ, J.L., *op. cit.*, pág. 372.

A continuación, el artículo 1.303 CC señala las consecuencias de la declaración de nulidad del contrato impugnado: *“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, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes”*. Según reza el artículo, declarada la nulidad de un contrato de *swap* las partes deberán restituirse recíprocamente lo cobrado a raíz de las liquidaciones que se han llevado a cabo.

En relación con la existencia de los vicios del consentimiento, la ley presume que la voluntad se ha formado sin vicio, en tanto que no se pruebe por quien corresponda la existencia del mismo. Nos encontramos, lógicamente, ante una presunción *iuris tantum*, susceptible de ser destruida por aquel que fuere capaz de probar suficientemente la concurrencia del vicio en la formación de su voluntad.

A ello debemos añadir, por una parte, que el art. 1.301 CC recoge un plazo de caducidad para la acción de nulidad de 4 años de duración. Por otra parte, y según se desprende de lo expuesto anteriormente, que el tipo de invalidez de los contratos afectados tanto por error vicio como por dolo es el de la anulabilidad. Es por ello que en un primer momento los contratos afectados gozan de validez, en tanto no se lleve a cabo la acción de nulidad por quien corresponda, pudiendo por ello quedar consolidados a través de la convalidación (*vid.* 5). Sobre estas restricciones a la hora de apreciar la concurrencia del vicio contractual, LACRUZ¹⁰ concluye que *“la razón de esta actitud del legislador se ordena a la conveniencia, por consideraciones de utilidad práctica y seguridad del tráfico, de la estabilidad de la contratación, y responde, según ya sabemos, al principio de conservación del negocio jurídico”*.

A este principio de conservación de los contratos nos referiremos con posterioridad, y ello por que la jurisprudencia del Tribunal Supremo es reacia al reconocimiento de la existencia de vicios de la voluntad invalidantes de los contratos.

Habíamos mencionado con anterioridad que los vicios del consentimiento se encuentran recogidos en el artículo 1.265 CC: *“será nulo el consentimiento prestado*

¹⁰ LACRUZ, J.L., *op. cit.*, pág. 373.

por error, violencia, intimidación o dolo". No obstante, y como consecuencia del proceso de formación de los contratos financieros, nos centraremos fundamentalmente en el error y en el dolo. No trataremos de aburrir al lector con información de escasa utilidad, y por tanto nos limitaremos a resaltar los extremos más relevantes.

El error se encuentra recogido en el art. 1.266 CC, que reza lo siguiente: *"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"*.

ALBADALEJO¹¹ lo define como aquél que se da *"cuando se forma una determinada voluntad (interna) sobre la base de una creencia inexacta"*, y además expone que, en orden a su posible apreciación por parte de un Tribunal, se requiere que sea *"esencial, en el sentido de ser de tal índole que sin haberlo padecido no se hubiese emitido la declaración"*. En adición, se exige que sea excusable, es decir, *"[...] aquél en el que razonablemente se pueda caer, aunque se caiga por causa del que yerra, siempre que no sea por culpa suya"*. La suma de ambos elementos (esencial y excusable) supondrá (en principio) la existencia de un error relevante, a los efectos de poder ser determinante de la anulabilidad del contrato.

En este mismo sentido, DÍEZ-PICAZO¹², cuando afirma que: *"el error consiste en una equivocada o inexacta creencia o representación mental que sirve de presupuesto para la realización de un acto jurídico"*. Sin embargo, y en la línea de lo expuesto anteriormente, esa equivocada representación no siempre tendrá la suficiente relevancia para el Ordenamiento Jurídico, a los efectos de poder significar la nulidad del contrato impugnado. Será por tanto necesario que la precitada representación sea relevante, en tanto que recaiga sobre un elemento básico del contrato; por otra parte, que el que ha padecido el error no hubiera podido desvanecerlo empleando una diligencia normal, es decir, que sea este excusable¹³.

¹¹ ALBADALEJO, M., *op. cit.*, pág. 583 y ss.

¹² DÍEZ-PICAZO, L., *op. cit.*, pág. 131.

¹³ DÍEZ-PICAZO, L., *op. cit.*, pág. 132.

Por su parte, LACRUZ¹⁴ considera que *“hay, en efecto, error cuando la ignorancia o la defectuosa representación de una situación de hecho o de derecho que haya de ser considerada para la conclusión del acuerdo induzca al sujeto a estipular el contrato”*. Añadiendo que será necesario: en primer lugar, su esencialidad, es decir que sea *“determinante de la voluntad del contratante que lo sufre”*; por otro lado y *“aunque el Código Civil no lo haya exigido así, la jurisprudencia ha señalado reiteradamente que para que el error pueda dar lugar a la impugnación del contrato debe ser excusable, en el sentido de que no pueda salvarse con una diligencia normal”*.

A esta relación de requisitos exigibles para constatar la existencia del error vicio se añadirán otros por parte de la jurisprudencia, que veremos posteriormente.

No obstante lo anterior, y en la misma línea de lo que veníamos comentando, ALBADALEJO¹⁵ advierte de que *“el Tribunal Supremo entiende que la fuerza anulatoria del error tiene un sentido excepcional muy acusado”*. También LACRUZ¹⁶ señala que, debido a los postulados sociales de la seguridad jurídica y a la necesaria estabilidad en la contratación, *“no siempre que los contratantes sufren un error en la formación de su voluntad contractual da lugar el ordenamiento a la impugnación del contrato, teniendo el error con trascendencia anulatoria, como dice la S. 30 septiembre 1963 [...] un sentido excepcional muy acusado”*.

Observamos que, aun dándose los elementos necesarios para la existencia de un error relevante, la jurisprudencia es restrictiva a la hora de su apreciación. Será por tanto ardua la tarea de probar el error, y ello lo veremos con mayor claridad cuando analicemos el tratamiento que hace la jurisprudencia de la cuestión.

El dolo viene recogido en el artículo 1.269 CC, a tenor del cual existirá *“cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”*. Por su parte,

¹⁴ LACRUZ, J.L., *op. cit.*, pág. 358.

¹⁵ ALBADALEJO, M., *op. cit.*, pág. 590.

¹⁶ LACRUZ, J.L., *op. cit.*, pág. 370.

ALBADALEJO¹⁷ señala que se trata de “*un error provocado por un comportamiento engañoso, para conseguir una declaración, que se emite debido a aquél*”. En la misma línea, LACRUZ¹⁸ lo define como “*el engaño empleado por uno de los contratantes para decidir al otro a que contrate constituye la figura del dolo*”.

Según lo expuesto, serán elementos necesarios del dolo: el comportamiento engañoso (elemento objetivo); el ánimo de engañar con la finalidad de obtener la declaración de voluntad (elemento subjetivo); la efectiva producción del engaño o error; por último, que éste determine la declaración de voluntad. Además, se requiere para la efectiva producción del engaño que “[...] *las palabras o las maquinaciones que provocan el error deban considerarse intolerables, en el sentido de superar la corrección normal que debe guardar un contratante que, interesado en contratar, quiere animar al otro a que concluya la estipulación*”, es decir, que “[...] *las maquinaciones provengan de uno de los contratantes, que sean empleadas de una manera maliciosa para provocar el engaño de la otra parte y que la determinen efectivamente a la contratación*”¹⁹.

De ello se desprende que, en ocasiones, el error viene provocado por la actuación dolosa de una parte. Así lo señala LACRUZ²⁰, al afirmar que “*el error que mueve a una de las partes a contratar puede ser espontáneo (como veíamos al exponer el error vicio) o provocado maliciosamente por el engaño del otro contratante*”. DÍEZ-PICAZO²¹ incide en esta relación error-dolo al afirmar que “*el engaño supone una maniobra intencionadamente buscada y dirigida a producir en el contratante un conocimiento equivocado o una representación mental errónea acerca de aquella situación*”. Están íntimamente relacionados ambos conceptos, tanto que siempre que haya dolo habrá error. No obstante, sería erróneo confundirlos e identificarlos conjuntamente, pues difiere el tratamiento jurídico dado a uno y otro supuesto, en tanto que cuando hablamos de error “*se valora sobre todo la formación del conocimiento de la parte equivocada*”,

¹⁷ ALBADALEJO, M., *op. cit.*, pág. 569.

¹⁸ LACRUZ, J.L., *op. cit.*, pág. 365.

¹⁹ LACRUZ, J.L., *op. cit.*, pág. 366.

²⁰ LACRUZ, J.L., *op. cit.*, pág. 365.

²¹ DÍEZ-PICAZO, L., *op. cit.*, pág. 127.

mientras que en los supuestos de dolo se valorará, además, *“la conducta de la parte causante del engaño”*²².

Dada la íntima relación existente entre ambas figuras jurídicas se permitirá a la parte perjudicada, en principio, impugnar el contrato tanto por error en el consentimiento, como por dolo. No obstante, decimos en principio porque si bien cabe la posibilidad de que el error provocado por la actuación dolosa *“sea de aquéllos que permiten impugnar la declaración por error”*²³, también cabrá que se trate de un error que no permita la impugnación independiente. Por otro lado, cabe incluso la posibilidad de que se de una actuación dolosa, y que sin embargo no sea posible la impugnación por dolo ni por error en el consentimiento. Ello sucederá cuando, mediando dolo en la actuación de una de las partes, la otra no haya actuado con la diligencia debida, tratándose en este caso de un error inexcusable. En la misma línea de lo que venimos exponiendo, ALBADALEJO²⁴, cuando dice que *“siendo inexcusable la declaración (el error en la declaración) no es impugnabile por el dolo que lo ocasionó, ya que padecer un error inexcusable, aun si es provocado por dolo, es culpa del que lo padece”*.

Comprobaremos como las partes demandantes alegarán, bien el error en el consentimiento, bien la existencia de una actuación dolosa por la otra parte, o bien la concurrencia de ambos vicios cuando ello fuere posible.

²² DÍEZ-PICAZO, L., *op. cit.*, pág. 128.

²³ ALBADALEJO, M., *op. cit.*, pág. 573.

²⁴ ALBADALEJO, M., *op. cit.*, pág. 574.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL ERROR-VICIO EN LOS CONTRATOS DE PERMUTAS FINANCIERAS DE TIPOS DE INTERÉS

A continuación trataremos de exponer y analizar de forma detallada la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa al error-vicio en los contratos de permutas financieras de tipos de interés. En concreto, se hará referencia por nuestra parte a las siguientes sentencias en orden cronológico: STS 638/2012, de 21 de noviembre de 2012 ; STS 626/2013 de 29 de octubre de 2013; por último, STS 840/2013 de 20 de enero de 2014. Nuestro objetivo pasará por extraer las claves y respuestas que da el Alto Tribunal a un asunto tan complejo como el que nos ocupa.

3.1. Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de noviembre de 2012, que rechaza en casación la doctrina establecida por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 5ª) de 27 de enero de 2010

La Sentencia de 21 de noviembre de 2012 que ahora comentamos es de gran relevancia por ser la primera dictada por el Tribunal Supremo respecto del error vicio en relación con un contrato de permutas financieras de tipos de interés de cobertura. Según se expuso en la Introducción de este trabajo, a los *swaps* de cobertura se les aplican las normas encargadas de regular la protección de los clientes bancarios, en lugar de la Ley del Mercado de Valores. Hasta que se dictó la misma, habían sido los Juzgados de 1ª Instancia y las Audiencias Provinciales (en apelación), los que se ocuparon de dar respuesta a los litigios planteados en relación con la materia. Es por ello que, antes de comenzar con el análisis de la Sentencia, se aprecia la necesidad de citar la doctrina que la misma ha rechazado en casación.

3.1.1. Tratamiento del error vicio por la jurisprudencia menor: la doctrina establecida por la SAP de Asturias, de 27 de enero de 2010

En el fallo que nos ocupa, la AP entendió que concurría un error en el consentimiento de la demandante debido a la **insuficiencia de la información suministrada por la entidad de crédito**. Identifica la AP la insuficiencia de la información (en concreto, de la relativa “a la *previsión razonada y razonable del*

comportamiento futuro del tipo variable referencial”) con la existencia de un error-vicio del consentimiento, lo cual, como veremos al analizar la sentencia del Supremo, es un planteamiento erróneo. Ello puesto que, si bien la insuficiencia de la información es susceptible de provocar un error en el consentimiento de la otra parte, han de tenerse en cuenta, además (y como podremos comprobar) otros requisitos para poder determinar la concurrencia del mismo en la formación de la voluntad a la hora de contratar.

Según la doctrina elaborada en la SAP, la nulidad de los *swaps* es susceptible de ser declarada tanto si no se ha suministrado la información necesaria por parte de la entidad de crédito, como si habiéndose suministrado, ésta resultase ser insuficiente o no pudiese acreditarse.

Debido a que gran cantidad de Juzgados de Primera Instancia y Audiencias Provinciales han dado continuidad a esta doctrina²⁵, la inmensa mayoría de sentencias dictadas en ambas instancias han declarado la nulidad de los contratos de *swaps*. Es por ello de suma importancia estudiar la STS que a continuación exponemos, pues rechaza la doctrina elaborada por la AP de Asturias, sometiendo la declaración de nulidad del *swap* a una mayor rigidez.

3.1.2. La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2012

Expuesta la doctrina elaborada por la Audiencia Provincial de Asturias, procede ahora analizar la Sentencia dictada en casación por la cual el Tribunal Supremo rechazó tal doctrina a raíz del recurso de casación interpuesto por el Banco Español de Crédito, SA.

En primer lugar, y como veníamos comentando, el Alto Tribunal critica la identificación entre error-ausencia de información que lleva a cabo la Audiencia Provincial. Señala el Tribunal Supremo que, *“aunque en muchos casos un defecto de información puede llevar directamente al error de quien la necesitaba, no es correcta una equiparación, sin matices entre uno y otro, al menos en términos absolutos”*. En

²⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 16 de julio de 2012 y Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 6 de noviembre de 2012, entre otras.

este sentido nos expresamos con anterioridad, y ahora añadiremos que además ha de tenerse en cuenta, según alegó la recurrente, que la ausencia de información y el error “*son dos patologías contractuales diferentes, en su contenido y alcance*”, sin perjuicio de la relación que pueda existir entre ambas.

No obstante lo anterior, lo verdaderamente relevante en relación con la doctrina elaborada por la Sala primera se encuentra recogido en el Fundamento de Derecho Cuarto, bajo la rúbrica “*consideraciones generales sobre el error vicio*”. Se lleva a cabo en este fundamento de derecho un análisis del error como vicio del consentimiento, que posteriormente (en el Fundamento de Derecho Quinto, como veremos) aplicará al caso concreto, de cara a determinar si se dan las circunstancias expuestas, tal y como niega la entidad de crédito. Como podremos observar, la exposición elaborada por la Sala viene a coincidir con lo que establece la doctrina respecto del error como vicio del consentimiento (*vid.* 2).

Comienza el Alto Tribunal recordando que “*hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta [...] es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea*”, para a continuación establecer la relación de requisitos que han de darse de cara a la concurrencia efectiva del error vicio, los cuales se justifican en “*el respeto a la palabra dada- pacta sunt servanda*” y permiten a “*quien lo sufrió quedar desvinculado*”. En este sentido, se empeña en recordar que “*la seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos*”, tal y como habíamos adelantado en el punto 2. La doctrina elaborada por la Sala es en esencia la misma que ha mantenido históricamente el Tribunal Supremo en relación con el error como vicio del consentimiento. Sin embargo, va un paso más allá al adaptarla a las características propias de los contratos financieros:

- En el primero de los requisitos establecidos se afirma que, “*para que quepa hablar de error vicio es necesario **que la representación equivocada merezca esa consideración**. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias*”. Es decir, que cabe hablar de un error con

suficiente entidad como para viciar la formación de la voluntad, cuando quien lo alega sea capaz de mostrar esa equivocada representación como segura (en el sentido de que tenía total certeza de que tal acontecimiento iba a suceder o no). Añade el Tribunal Supremo que *“difícilmente cabrá admitirlo (el que esa representación se muestre como segura) cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia”*. Vuelve a incidir la Sala en la dificultad de que se aprecie el error como vicio del consentimiento en este tipo de contratos financieros, principalmente debido a su acusado componente de aleatoriedad.

- Por otro lado, añade además que *“para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer [...] sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo”*, es decir, debe tratarse de un error **esencial** *“en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato - que hubieran sido la causa principal de su celebración”*. Debe ser, por tanto, el motivo determinante de que se haya llevado a cabo la declaración de voluntad en tal sentido por el que lo alega. No obstante, dichos motivos de la parte contratante deben haberse *“elevado a la categoría de causa concreta del contrato”*, pues *“los motivos o móviles subjetivos de cada contratante [...] no pueden considerarse esenciales”*²⁶ en sí mismos. Así lo afirma la Sala al señalar que *“es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias [...] y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento”*.

²⁶ URÍA & MENÉNDEZ, *La Sala Primera del Tribunal Supremo resuelve el primer recurso de casación que analiza los requisitos necesarios para declarar la nulidad por error de una permuta financiera de tipos de interés*, Circular informativa, diciembre de 2012.

- En tercer lugar, respecto del **momento en que han de apreciarse las circunstancias determinantes del error** como vicio del consentimiento, el Alto Tribunal establece que, si bien dichas *“circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras [...] en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos”*. Los acontecimientos que no vayan contra la regla contractual, aunque posteriores, se consideran *“meros eventos posteriores a la generación de aquellas (de las circunstancias), explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano”*. Por lo tanto, no cabe alegar como causa del error circunstancias que no se hubieran tomado en consideración en el momento de perfeccionar el contrato. Es decir, en el supuesto de que una parte alegue el error vicio por darse determinada circunstancia posterior a la perfección del contrato sin que se hubiese representado la misma en el momento de la perfección, nos encontraremos ante un evento posterior irrelevante de cara a la determinación del vicio. Al contrario, si en el momento de la perfección del contrato se representó erróneamente dicha circunstancia, y posteriormente se produjo un acontecimiento que confirmó la existencia del error (al ir en contra de la regla contractual representada erróneamente), estaremos ante una circunstancia relevante en orden a establecer la concurrencia del error vicio.

- Finalmente, termina con las consideraciones generales la Sala señalando que el error, además de todo lo expuesto, debe de ser **excusable**. En el mismo sentido que veíamos al inicio del escrito al tratar las cuestiones doctrinales relativas al error vicio, la jurisprudencia del Tribunal Supremo señala que *“[...] se exige tal cualidad, no mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, negando protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida”*. Fundamentalmente se exige una diligencia mínima por parte de quien alega el error, de tal manera que para que sea anulable la relación jurídica (perjudicando por tanto a la otra parte contratante), debe demostrar que indagó lo suficiente como para que, de haber sido posible, hubiese podido conocer lo que ignoraba al contratar. En caso

contrario, la apreciación de los Tribunales del error supondría un perjuicio no justificado para la otra parte.

A continuación de las “*consideraciones generales sobre el error vicio*”, en el Fundamento de Derecho Quinto, procede el Tribunal Supremo a determinar si las mismas son de aplicación en el litigio que nos ocupa, lo cual niega rotundamente, apoyándose en los siguientes extremos:

Principalmente, por cuanto que la recurrida era conocedora de la naturaleza de la operación. Naturaleza “*puramente especulativa, en el sentido etimológico de realizada con la esperanza de obtener beneficios basada en las variaciones de los índices utilizados*”. De la misma, decíamos era conocedora, tanto por “[...]resultar así de los trazos fundamentales de la reglamentación pactada”, así como por haber sido “*expresamente informada por la entidad de crédito en lo esencial de los riesgos, tal como consta declarado en la propia sentencia recurrida*”.

He aquí el rechazo de la doctrina establecida por la Audiencia Provincial de Asturias, en tanto que la Sala Primera del Alto Tribunal consideró suficiente la información suministrada por la entidad de crédito, dadas las circunstancias inherentes al contrato. Según la doctrina de la Audiencia Provincial de Asturias, tal y como habíamos visto anteriormente, se exigía “*a las entidades financieras que facilitasen a sus clientes una previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial*”²⁷. En contraposición, el Tribunal Supremo establece que dicha información no se considera esencial de cara a determinar la concurrencia de la nulidad por error en el consentimiento y que, aún siendo la misma esencial, por sí misma no provoca necesariamente la aparición del error vicio.

Finaliza la Sala señalando que “*con los hechos declarados probados en la sentencia recurrida no hay base para, aplicando los juicios de valor pertinentes, anular por error los litigiosos contratos*”.

²⁷ URÍA & MENÉNDEZ, *op. cit.*

3.2. Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2013

La Sentencia que a continuación es objeto de estudio contiene un pronunciamiento en el que resuelve sobre el recurso de casación interpuesto por el Banco Santander Hispano, SA, frente a la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca que había desestimado previamente su primer recurso. Con anterioridad, el Juzgado de Primera Instancia de Mahón había estimado la demanda interpuesta por M. Polo, SL, mediante la cual solicitó la nulidad de un contrato de permutas financieras de tipos de interés de cobertura (nos remitimos a lo expuesto acerca de los tipos de *swaps* y la normativa aplicable), alegando la existencia de un error vicio del consentimiento, por haberse formado su voluntad contractual sobre la base de una creencia inexacta.

La recurrida argumenta en orden a demostrar la concurrencia del error vicio que la entidad financiera había obviado su deber de informarle respecto de los riesgos inherentes a la operación financiera que se iba a contratar. En relación con el deber de información a que han de atenerse las entidades financieras nos pronunciamos al tratar la doctrina de la Audiencia Provincial de Asturias (*vid.* 3.1.1). La citada doctrina, como recordaremos, equiparaba la ausencia de información al error vicio. Pues bien, en el mismo sentido que el pronunciado en su Sentencia de 21 de noviembre de 2012, el Alto Tribunal vuelve a recordarnos que *“aunque un defecto de información puede causar error en la formación de la voluntad de quien la necesitaba, no es correcta una equiparación, sin matices, entre uno y otro, pues puede haber error pese a la información - por más que lo normal es que no sea así o que la equivocación resulte inexcusable - y a la inversa”*. De nuevo rechaza la Sala la doctrina de la Audiencia Provincial de Asturias (erróneamente aplicada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca), si bien reconociendo que la ausencia de información y el error están relacionados, y por lo tanto que el segundo puede traer causa de la primera.

Reproduce la Sala primera en el Fundamento de Derecho Séptimo las *“consideraciones generales sobre el error vicio”* que elaboró en su Sentencia de 21 de noviembre de 2012. Esta vez, sin embargo, bajo el título *“el error vicio y los requisitos que ha de reunir para anular el contrato”*. Crea por tanto jurisprudencia al reiterar *“la*

doctrina que, sobre la materia, resumió la sentencia 683/2012, de 21 de noviembre". En el Fundamento ya citado, se limita básicamente a copiar y pegar la doctrina elaborada con anterioridad, por lo que no consideramos preciso repetir aquí lo ya expuesto (*vid.* 3.1.2)

No obstante lo anterior, sí creemos necesario comentar el Fundamento de Derecho Octavo, en el que la Sala aplica la doctrina elaborada al caso concreto. De nuevo, al igual que sucedió en la ya comentada Sentencia de 21 de noviembre de 2012, estima el recurso de casación interpuesto por la entidad financiera, negando la concurrencia de un error vicio que afecte al consentimiento de la mercantil:

- Comienza afirmando su legitimación para revisar la valoración jurídica que se ha hecho del supuesto fáctico en la instancia, si bien como es obvio niega que en casación sea posible variar *“la determinación de los hechos en los que, en las sentencias recurridas, se hubiera basado la afirmación del vicio del consentimiento”*.

- Por otro lado, señala que al encontrarnos ante un contrato financiero marcado por un **alto componente de aleatoriedad**, las prestaciones debidas por las partes no podían resultar determinadas en el momento de la perfección del contrato, sino que eran *“[...] determinables en función de las oscilaciones futuras de los tipos de interés o, lo que es lo mismo, en atención a acontecimientos futuros e inciertos, derivados de las fluctuaciones del mercado”*. De ello se extrae que, en tanto que las prestaciones debidas no podían ser determinadas en el momento de la perfección, tampoco podían serlo las posiciones que ocuparían las partes a futuro, es decir, quién ostentaría la posición de deudor y quién lo haría de acreedor.

- De lo anteriormente reseñado podemos extraer la conclusión de que no se cumple con el requisito exigido por la doctrina del Alto Tribunal, en tanto que la representación equivocada por parte de la recurrida acerca del resultado de la operación **no fue razonablemente segura**. En este mismo sentido recuerda el Tribunal Supremo que, dadas las características del negocio jurídico, *“[...] dicha sociedad asumía, de modo evidente, un riesgo de pérdida correlativo a la esperanza de obtener una ganancia”*.

- Añade la Sala a lo ya expuesto que *“es difícil admitir que una sociedad con experiencia en el mercado y en las relaciones con las entidades bancarias [...] padeciera un error como el declarado en las instancias [...] y, en último caso, que fuera excusable”*. Básicamente se limita a incidir en las circunstancias inherentes, por un lado al tipo de producto que es objeto del litigio, y por otro a las relativas a la sociedad contratante. Es obvio que resultan de especial interés, a la hora de estimar la concurrencia del error como vicio del consentimiento en la contratación de instrumentos financieros, las características y el perfil del cliente bancario, así como la forma en la que éste ha venido comportándose con anterioridad en el mercado financiero.

- Finalmente, se refiere el Alto Tribunal (en aplicación de la doctrina elaborada por él mismo) al hecho de que *“[...] los acontecimientos producidos en la ejecución del contrato”* no podían considerarse *“[...] contradictorios con la regla contractual voluntariamente creada, en la que el riesgo constituía la esencia de la operación”*. A esta exigencia sostenida por la Sala nos habíamos referido cuando comentábamos la doctrina elaborada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2012. En efecto, afirmábamos que ‘los acontecimientos que no vayan contra la regla contractual, aunque posteriores, se consideran *“meros eventos posteriores a la generación de aquellas (de las circunstancias), explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano”*’. Señala, por tanto, que los acontecimientos efectivamente sucedidos con posterioridad a la perfección, si bien podían no haber sido representados por la sociedad, se encontraban dentro de lo esperado atendiendo a la regla contractual voluntariamente fijada por las partes.

En definitiva, rechaza la Sala la existencia del error vicio, reafirmando en la doctrina elaborada por la misma en su Sentencia de 21 de noviembre de 2012. Como hemos venido señalando, se puede observar a la luz de las Sentencias comentadas que el Tribunal Supremo, a la hora de determinar la existencia o no del error vicio, aplica de forma restrictiva su doctrina. En nuestra opinión, ello tiene sentido si atendemos a los rasgos que definen los productos que son objeto de los litigios. Su alto componente aleatorio provocará en la mayor parte de los casos que a la parte que alega el error le

resulte complicado encontrar una circunstancia que, habiéndose o no representado, no entrara dentro de esa aleatoriedad que rige los contratos financieros.

3.3. Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014

3.3.1. *Introducción a la normativa MIFID (Markets in Financial Instruments Directive)*

La Sentencia que a continuación comentaremos difiere de las anteriores en cuanto que el objeto del litigio es una permuta financiera de tipos de interés de carácter puramente especulativo, mientras que las anteriores sentencias resolvían acerca de sendos *swaps* de cobertura. Ello se traduce en que resulta de aplicación al caso analizado la normativa MiFID²⁸, traspuesta a nuestro Ordenamiento Jurídico por la Ley por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores²⁹, y el Real Decreto³⁰ sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión (tal y como adelantábamos al inicio del escrito, *vid.* 1.1). En atención a esta circunstancia y como paso previo a entrar en el análisis de la resolución dictada por el Alto Tribunal hemos creído conveniente hacer este breve comentario sobre la normativa mencionada.

En lo que aquí nos interesa, y sin tener en cuenta otros conceptos y normas incorporadas por la Directiva, se introdujeron importantes cambios en relación con los medios de protección de los inversores y los deberes de información de las entidades financieras, ampliando significativamente el número de medidas orientadas a incrementar dicha protección y deberes:

- En primer lugar, se elaboró una **clasificación relativa a los diferentes tipos de inversores**, en función de la cual se otorgan diferentes grados de protección: en primer lugar, los clientes minoristas (la gran mayoría), inversores no cualificados que gozarán del grado de protección más amplio, debiendo las entidades financieras

²⁸ Directiva 2004/39/CE sobre Mercados de Instrumentos Financieros (*Markets in Financial Instruments Directive*).

²⁹ Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

³⁰ Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión.

observar una serie de deberes de obligatorio cumplimiento; por otro lado, los clientes profesionales, sobre todo inversores institucionales o grandes empresas que verán limitada su protección dados sus conocimientos financieros y de inversión; en último lugar, finaliza la clasificación con las contrapartes elegibles (empresas de inversión, entidades financieras, compañías de seguros...), las cuales no quedan protegidas por la normativa teniendo en cuenta su ámbito de negocio y que parten en igualdad de condiciones respecto de la entidad que les presta el servicio de inversión.

- Otra cuestión que recoge la normativa y que es de suma importancia es el de la realización de **los test de conveniencia y de idoneidad** por parte de la entidad financiera a los clientes. El primero se llevará a cabo cuando la entidad se limite a la ejecución de la voluntad previamente formada del cliente, y consistirá en la evaluación de sus conocimientos y experiencia. El test de idoneidad, en cambio, se realizará cuando la entidad preste servicios de asesoramiento financiero, y sumará a lo anterior un informe acerca de la situación financiera y objetivos de inversión del cliente. La realización de los test tiene como objetivo garantizar el cumplimiento por parte de las entidades de los deberes de información que se imponen por la normativa MiFID, y sobre ello volveremos al analizar la sentencia.

- Por último, **la información** que se debe proporcionar variará en función del tipo de cliente de que se trate, así como del tipo de servicio prestado por la entidad financiera y deberá ser, a tenor de lo expuesto en el artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores, *“imparcial, clara y no engañosa”* y asimismo deberá proporcionar a los clientes *“de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión”* de tal forma que se les advierta sobre los riesgos inherentes a los instrumentos ofertados. El artículo 64³¹ del Real Decreto al que antes hacíamos referencia amplía detalladamente el deber de información, estableciendo en su apartado primero la forma en que las entidades financieras cumplirán con el precitado deber, para luego posteriormente en su apartado segundo establecer una relación de deberes concretos de información.

³¹ Expone el artículo: “Deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional. En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas”

Este breve comentario acerca de los cambios introducidos por la normativa MiFID en materia de deberes de información precontractual nos ayudará a comprender el desarrollo seguido por el Tribunal Supremo en la sentencia que a continuación trataremos. La importancia de la normativa estudiada reside en la necesidad de proteger a los inversores minoristas dada la débil posición que ocupan en las negociaciones con entidades financieras, en clara desigualdad teniendo en cuenta que estas tienen acceso a mucha más información que aquellos. De ello deriva la íntima relación existente entre los deberes mencionados y la posible existencia del error en el consentimiento del cliente inversor. En efecto, el incumplimiento de los citados deberes puede tener como consecuencia la concurrencia de un error vicio en la voluntad del inversor aunque, como veremos, no traerá consigo necesariamente esta consecuencia.

3.3.2. La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014

Nos encontramos ante un recurso de casación interpuesto por la entidad Caixa d'Estalvis del Penedés (hoy la entidad Mare Nostrum, SA) contra la resolución dictada en apelación por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Girona, de 12 de diciembre de 2011, en la que se había desestimado su primer recurso. Anteriormente, el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Girona había estimado la demanda presentada por la mercantil Marbres Togi, SL, mediante la cual se solicitó la nulidad de un contrato de permuta financiera de tipos de interés de carácter especulativo, por entender que concurría un error vicio del consentimiento provocado por la demandada al no haber cumplido esta con los deberes de información impuestos por la normativa MiFID teniendo en cuenta el carácter de cliente minorista de la demandante.

El Alto Tribunal determina el carácter del *swap* en los Fundamentos de Derecho, punto primero, al afirmar que “*se trataba de un swap de inflación, especulativo, en la medida en que no estaba afectado a operaciones previas o coetáneas entre las partes*”. Como ya hemos visto con anterioridad, el carácter especulativo del *swap* se determina en función de la existencia o no de operaciones vinculadas al mismo. Este hecho sumado a que “[...] *al tiempo en que se llevó la contratación objeto de enjuiciamiento (13 de junio de 2008), las normas de conducta para la prestación de servicios de*

inversión a clientes ya habían sido traspuestas a nuestro ordenamiento”, determina la aplicación de la normativa MiFID al supuesto. En este caso, la recurrente alegó que no resultaba de aplicación la normativa citada, pues se trataba de un contrato de permutas financieras de tipos de interés de cobertura ya que “[...] se había contratado para evitar el incremento de costes de la actividad empresarial de Togi”, es decir, para cubrir el riesgo de la inflación. El Tribunal Supremo niega este parecer, considerándolo especulativo, en los términos que ya hemos expuesto.

Determinada la cuestión acerca de la normativa aplicable, la Sala Primera prosigue con los fundamentos en los que basa la desestimación del recurso de casación:

- Es de suma importancia resaltar **el motivo del recurso** presentado por la recurrente, pues del mismo parte el Tribunal Supremo en el desarrollo de su argumentación. La recurrente alega que en el caso objeto de litigio no existe prestación de servicios de asesoramiento financiero a la mercantil, pues fue su administrador “*quien se dirigió a la entidad de crédito demandada para manifestar su interés por contratar una cobertura de inflación*”. Estaríamos por tanto, según el parecer de la entidad financiera, ante la simple ejecución por su parte de la voluntad previamente formada del cliente inversor. Por otro lado, afirma que los deberes de información pueden realizarse de cualquier forma, así como que “[...] la ausencia de las evaluaciones no puede sancionarse ni con la nulidad del contrato ni con su anulabilidad”.

- El Supremo, en la misma línea que seguíamos al comentar la normativa MiFID, parte de la desproporción existente entre la entidad que comercializa los productos financieros y su cliente, teniendo en cuenta que “[...] la complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación”. De ello deriva la necesidad de proteger a los inversores, imponiendo a las entidades financieras un especial deber de información, cuyo origen no es otro que el “*deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural*”.

- Posteriormente, y tras diferenciar entre la conveniencia y la idoneidad (*vid.* 3.3.1) se encarga de delimitar el alcance del concepto de **asesoramiento financiero**, clave a la hora de determinar la intensidad de los deberes impuestos a las entidades comercializadoras de servicios de inversión. Del mismo señala que, en atención a lo establecido por la STJUE de 30 de mayo de 2013, en relación con el artículo 4.4 de la Directiva MiFID, “[...] *la cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente*”. Tendrá por tanto consideración de asesoramiento financiero “*la recomendación de suscribir un swap, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público*”.

- A continuación, y tras delimitar sutilmente el concepto de asesoramiento financiero, afirma el Alto Tribunal que “[...] *no cabe duda de que en nuestro caso Caixa del Penedés llevó a cabo un servicio de asesoramiento financiero, pues el contrato de swap fue ofrecido por la entidad financiera, por medio del subdirector de la oficina de Palamós, aprovechando la relación de confianza que tenía con el administrador del cliente inversor, como un producto financiero que podía paliar el riesgo de inflación en la adquisición de las materias primas*”. La consecuencia directa de esta afirmación es que la entidad financiera debió haber llevado a cabo el test de idoneidad, incumpliendo por tanto los deberes impuestos por la normativa MIFID.

- El siguiente paso que da el Supremo se orienta a determinar las **consecuencias que conlleva el incumplimiento de los deberes de información** impuestos por la normativa. En concreto, se centra en la posibilidad de que **el error vicio del consentimiento** traiga causa de dicho incumplimiento.

- Para el Tribunal Supremo las **consecuencias jurídicas** podrán ser no sólo **administrativas**, sino también **jurídico-privadas**, pues “[...] *la STJUE de 30 de mayo de 2013 caso Genil 48. S.L. (C-604/2011) pone de relieve que, si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 prevé la imposición de medidas o de sanciones*

administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, esta no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno (...) ni cuáles podrían ser esas consecuencias. En consecuencia, a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad". Queda por tanto abierta para el Alto Tribunal la posibilidad de apreciar la concurrencia del error vicio del consentimiento .

- Siendo afirmativa la respuesta sobre si cabe o no apreciar la existencia del error vicio como consecuencia del incumplimiento, el Tribunal Supremo desarrolla la **doctrina relativa al error elaborada por la propia Sala** primera en “*las ocasiones anteriores en que nos hemos tenido que pronunciar sobre el error vicio en la contratación de un swap, en las Sentencias 683/2012, de 21 de noviembre , y 626/2013, de 29 de octubre*”, sentencias que ya hemos analizado con anterioridad. No obstante, en contraposición a lo comentado respecto de dichas sentencias, en este caso el Supremo aprecia la concurrencia del error vicio del consentimiento, con base en los motivos que a continuación se exponen.

- El Alto Tribunal parte, al igual que hacía en la Sentencia de 21 de noviembre de 2012, de que el error existe “[...] *cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea*”. A continuación establece **la relación de requisitos** que han de concurrir para la apreciación por parte de los tribunales del error vicio, fundamentando su existencia (como veíamos en anteriores sentencias) en el respeto a la palabra dada o *pacta sunt servanda*. A modo de recordatorio y sin ánimo de reiterarnos sobre lo expuesto previamente, la doctrina del Supremo exige: en primer lugar, “[...] *que la representación equivocada merezca esa consideración [...] lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura*”; por otro lado, que el error recaiga “[...] *sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto*

del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo”, es decir, su esencialidad; en tercer lugar, que los motivos que llevaron al contratante que alega el error a suscribir el contrato hayan pasado de meramente individuales, es decir, que se hayan objetivado y elevado a la categoría de causa concreta del contrato, de tal forma “[...] *que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual*”; por último, que el error sea además de relevante o esencial, excusable.

- Analizadas las exigencias de la doctrina relativa al error vicio, el Supremo concluye que *“por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error”*. Esta postura de la Sala primera la resaltábamos al estudiar la Sentencia de 21 de noviembre de 2012, que rechazaba la doctrina establecida por la Audiencia Provincial de Asturias, según la cual se identificaba la ausencia de información con el error vicio del consentimiento. No obstante, en aquel supuesto la normativa aplicable era bancaria y por tanto, los deberes de información exigidos completamente distintos.

- En este caso el incumplimiento de los deberes de información (imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento) provoca en el cliente minorista el desconocimiento de los riesgos asociados al producto financiero. En palabras del Tribunal Supremo *“el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero”*.

- Para el Tribunal Supremo la concurrencia del error queda constatada al no haber recibido el cliente minorista la información imprescindible para formar válidamente su consentimiento. No obstante, aclara que *“lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos*

asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar previsto en el art. 79 bis.3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información". Volvemos a detenernos en la relación entre el error vicio y la ausencia de información. El Supremo de nuevo afirma que la ausencia de información ha sido determinante a la hora de apreciar la existencia del error, si bien precisa que de haber conocido el cliente el contenido de dicha información, el incumplimiento de los deberes por parte de la entidad financiera carecería de relevancia.

- El error es además **esencial y excusable**, pues el incumplimiento de los deberes de información imprescindibles para que el cliente pudiera conocer los riesgos asociados a la operación, determina que dicho conocimiento equivocado le sea excusable a la sociedad contratante.

- Finaliza la Sala primera señalando las consecuencias de la omisión del concreto deber de realizar los **test de idoneidad**, al tratarse en este caso de una operación de asesoramiento financiero: *"la omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo"*. Establece el Alto Tribunal una presunción *iuris tantum* a favor del cliente minorista, invirtiendo la carga de la prueba, pues impone a la entidad financiera que ha omitido la realización del test la prueba de la no concurrencia del error vicio del consentimiento.

La Sentencia analizada es de suma importancia, por cuanto que sienta las bases de cara a futuras reclamaciones solicitando la nulidad de *swaps* especulativos o de inflación. La importancia de la cuestión radica en la presunción establecida por el Supremo, al considerar que **el incumplimiento de los deberes de información**

impuestos por la Ley del Mercado de Valores no supone *per se* la existencia del error vicio, pero sí permite presumirla.

4. BREVE REFERENCIA AL TRATAMIENTO DEL DOLO POR LA JURISPRUDENCIA MENOR

Al inicio de este escrito ya nos detuvimos a exponer la doctrina relativa al dolo como vicio del consentimiento contractual (*vid.* 2), por lo que a continuación analizaremos el tratamiento que del mismo hace la jurisprudencia.

Debemos precisar que el Tribunal Supremo no se ha pronunciado respecto de la cuestión. Si bien en alguna de las sentencias estudiadas se impugnaba el *swap* tanto por error como por dolo, la Sala primera se limitó en estos casos al análisis del primero por considerar que no concurría dolo por parte de las entidades comercializadoras. Por tanto, el tratamiento del dolo como vicio del consentimiento ha sido llevado a cabo por la jurisprudencia menor.

Conviene aclarar en un primer momento que el dolo puede revelarse tanto de forma positiva como negativa. Así lo señala la jurisprudencia del Supremo³², al considerar que “[...]el dolo determinante de la decisión de otorgar un contrato [...] , puede consistir no sólo en la insidia o maquinación directa sino también en la reticencia del que calla o no advierte debidamente a la otra parte”.

En el tratamiento del dolo por la jurisprudencia menor han sido aplicadas ambas vertientes. El dolo omisivo, cuando no sólo no se ha cumplido el deber de información, sino que además se ha ocultado por parte de la entidad financiera información de gran importancia, o no se ha advertido al cliente acerca de determinados riesgos inherentes a los *swaps* (tales como la previsible bajada del Euribor, el coste de cancelación del contrato, etc). En cuanto al tipo positivo, se han dado supuestos en los que las entidades financieras han ofrecido el *swap* como seguro contra las posibles variaciones de los tipos de referencia, omitiendo sus posibles perjuicios.

³² Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1993 y de 29 de marzo de 1994, entre otras.

5. LA DOCTRINA DE LA CONFIRMACIÓN DE LOS ACTOS

Una estrategia procesal de defensa adoptada por las entidades de crédito cuando son demandadas por la nulidad de un *swap* es la de la doctrina de la confirmación de los actos. Esta doctrina elaborada por el Supremo³³ establece que no se puede ir contra los actos propios. En este sentido, se suele alegar por las entidades comercializadoras que se vulnera dicha doctrina cuando el cliente bancario cobra las liquidaciones en un primer momento, y sin embargo posteriormente demanda por nulidad cuando las liquidaciones son negativas y en consecuencia se ve obligado a pagar. Entienden las entidades demandadas que el cliente al cobrar las liquidaciones está convalidando, en caso de existir, el vicio del consentimiento que pueda haber sufrido con anterioridad (en virtud de lo expuesto por el artículo 1311 CC³⁴) y que, por esta razón y según reza el artículo 1309 CC³⁵, habría perdido la acción para impugnar el contrato de *swap*.

Esta postura es rechazada en general por la jurisprudencia menor. En concreto, la Audiencia Provincial de Asturias³⁶ señala que:

por el hecho de recibir unas liquidaciones positivas por parte de la entidad financiera en la cuenta corriente del cliente, no se está realizando voluntariamente ningún acto volitivo que suponga indudable o inequívocamente la decisión de renunciar al ejercicio de la acción de nulidad, toda vez que para poder tener voluntad de renunciar a la acción de nulidad derivada de error consensual, es preciso tener conocimiento claro y preciso del alcance de dicho error, lo cual no se ha producido en el momento de recibir las liquidaciones positivas, pues el cliente piensa que el contrato por el que se garantizaba que no le subirían los tipos de interés, está desplegando sus efectos reales y esperados, y por lo tanto no es consciente del error padecido en ese momento.

En definitiva, lo que argumenta la AP es que a pesar de haber cobrado las liquidaciones, el cliente no tenía constancia del error en el que se encontraba al creer que el contrato se comportaba con normalidad. En consecuencia, no habrá en la actuación del cliente voluntad de renunciar a la acción de nulidad.

³³ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2004, entre otras.

³⁴ Reza el artículo: “La confirmación puede hacerse expresa o tácitamente. Se entenderá que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo.

³⁵ El artículo 1309 CC expone: “La acción de nulidad queda extinguida desde el momento en que el contrato haya sido confirmado válidamente”.

³⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5ª, de 27 de enero de 2010, entre otras.

6. CONCLUSIONES

Finalizado el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, procede ahora sintetizar lo estudiado y realizar por nuestra parte un comentario crítico, en orden a extraer las principales conclusiones que este escrito ha dado de sí.

Como se ha podido comprobar a lo largo del trabajo, tanto la doctrina como la jurisprudencia parten de una aplicación restrictiva de los vicios del consentimiento. Ello debido al necesario respeto hacia la seguridad jurídica en nuestro Ordenamiento Jurídico, la cual como es lógico impone un tratamiento reservado de los supuestos de nulidad contractual. De la seguridad jurídica que ha de imperar en todo Estado de Derecho surge la necesidad de proteger la palabra dada por los contratantes a la hora de concluir la celebración de los contratos (*pacta sunt servanda*). Permitir facilidades a la hora de romper los lazos contractuales existentes entre las partes atentaría contra las relaciones de confianza que se crean entre las mismas a la hora de contratar. En este sentido, consideramos lógica la aplicación restrictiva de la doctrina relativa a los vicios del consentimiento por parte de los tribunales.

No obstante lo anterior, ha de tenerse en cuenta que una rigidez excesiva a la hora de apreciar la concurrencia o no de los vicios contractuales puede propiciar que se den situaciones injustas, de tal manera que una de las partes pueda verse obligada a mantener una relación contractual viciada por no ser capaz de demostrar la existencia de los vicios que han afectado a la formación de su voluntad.

La **clave de bóveda** de la doctrina relativa al error vicio en materia de contratos financieros, tal y como se ha ido señalando a lo largo del trabajo, es **la relación existente entre el error vicio y la información suministrada** por las entidades comercializadoras.

Tal afirmación se justifica por la diferente situación en la que se encuentran ambas partes en el momento de la conclusión de este tipo de contratos. Ya señalaba el Supremo que la asimetría informativa concurrente en este tipo de negociaciones obligaba a prestar especial atención al procedimiento seguido por las entidades financieras en fase

precontractual, en orden a determinar el cumplimiento por parte de estas de determinadas exigencias derivadas de la buena fe (suficiencia en la información, detalle de los riesgos asociados, etc.). Esta relación veíamos, se acentúa en el supuesto de las permutas financieras de carácter puramente especulativo, al imponerse a las entidades crediticias unos deberes de información precontractual más rígidos por la normativa MiFID. En estos casos, el incumplimiento de los deberes permite presumir que ha existido error en el cliente que contrata y, en consecuencia, la apreciación del error se dará con mayor facilidad (*vid.* 3.3)

Antes de pronunciarse por vez primera el Tribunal Supremo, la doctrina elaborada por la Audiencia Provincial de Asturias identificó erróneamente el supuesto de ausencia de información con la existencia del error vicio. Respecto a este extremo señaló el Alto Tribunal en su primer pronunciamiento que si bien ambos conceptos están íntimamente relacionados, la falta de información no determina *per se* la aparición del error vicio en la voluntad del cliente, incluso siendo la misma esencial de cara a la suscripción del contrato.

Anteriormente hemos venido advirtiendo de la importancia de lo establecido por el Supremo en su Sentencia de 21 de noviembre de 2012, en tanto que rechaza la doctrina mayoritaria seguida por las instancias inferiores. Según se ha expuesto, esta doctrina tendía a la apreciación de la nulidad de los *swaps*, entendiendo que la ausencia de determinada información o la no acreditación de la misma por parte de la entidad provocaba el error en los clientes que los suscribían. Para la Sala primera, sin embargo, junto a la falta de información han de tenerse en cuenta tanto el cumplimiento de los requisitos exigidos por su jurisprudencia histórica, como las circunstancias inherentes a este tipo de productos financieros.

En cuanto a los **requisitos exigidos para la apreciación del error vicio**, la Sala primera sigue la misma línea en las tres sentencias analizadas, aplicando su jurisprudencia sobre el error a los *swaps* de tipos de interés. Decíamos que difícilmente cabrá apreciar la existencia del error, debido a la naturaleza del producto en cuestión y a lo complejo que resulta para la parte que alega el error demostrar que la representación mental equivocada que llevó a cabo fue razonablemente segura. Destacamos este

requisito exigido por el Alto Tribunal en su jurisprudencia puesto que sin duda será el que más dificultades plantee cuando tratemos de impugnar un contrato de estas características. Ello debido a que en el momento de la suscripción del contrato se antoja imposible para las partes adivinar la evolución que seguirá el producto, y por tanto también lo será demostrar que la representación mental errónea se hizo de forma segura.

La importante carga de **aleatoriedad que rige este tipo de contratos** es a todas luces la causa de que el Tribunal Supremo haya impuesto tales restricciones a la hora de apreciar la concurrencia del error en el ámbito de los contratos de *swaps*. Y ello porque, si ya de por sí históricamente es restrictiva la aplicación de esta doctrina, aún lo será más cuando las partes asuman riesgos de tal naturaleza, teniendo en cuenta que se exige como requisito para apreciar la concurrencia del error vicio, según señalábamos anteriormente, que la representación equivocada por la parte afectada se muestre como razonablemente cierta. Sin duda será muy complicado que se de esta certeza en la representación equivocada de una parte dada la incertidumbre inherente a estos contratos y la posibilidad de que se produzcan acontecimientos no esperados o no representados.

A nuestro parecer, es acertado el tratamiento que hace la jurisprudencia respecto de esta circunstancia, pues afecta sobremanera a la posibilidad de que concurra el error en el consentimiento de las partes. De haberse pasado por alto la misma, se abriría enormemente la apreciación del error en relación con los *swaps*, lo cual según hemos expuesto con anterioridad atentaría contra la seguridad jurídica y, por consiguiente, no respetaría la necesaria protección a la palabra dada por las partes del contrato.

En definitiva, y teniendo en cuenta que nos encontramos ante jurisprudencia de reciente elaboración, es previsible que más pronto que tarde la jurisprudencia menor se adapte a las pautas marcadas por el Alto Tribunal, y que por tanto a partir de ahora los Juzgados de Instancia y las Audiencias Provinciales sean reacios a la apreciación del error vicio y en consecuencia a declarar la nulidad de los contratos de *swaps*.

7. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- ALBADALEJO, M., *Derecho Civil, Tomo I, Introducción y parte general*, Edisofer, Edición 13ª, Madrid, 2008.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Volumen I: Introducción - Teoría del contrato - Las relaciones obligatorias*, Tecnos, Edición 2ª, Madrid, 1983.
- LACRUZ, J.L., *Elementos de Derecho Civil, Tomo II, Derecho de Obligaciones, Volumen I: Parte General - Teoría General del Contrato*, Dykinson, Edición 2ª, Madrid, 2000.

ARTÍCULOS Y REVISTAS

- RODRÍGUEZ SIERRA, C., *Presentación de la Jurisprudencia al detalle, swap: evolución jurisprudencial: notas y comentarios*, Revista Sepin, mayo de 2012.
- URÍA & MENÉNDEZ, *La Sala Primera del Tribunal Supremo resuelve el primer recurso de casación que analiza los requisitos necesarios para declarar la nulidad por error de una permuta financiera de tipos de interés*, Circular informativa, diciembre de 2012.

JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011)
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de julio de 1993, núm. 819/1993, (RJ 1993\6102)
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de marzo de 1994, núm. 295/1994, (RJ 1994\2304)
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de noviembre de 2004, núm. 1136/2004, (RJ 2004\7383)

- Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de noviembre de 2012, núm. 683/2012, (RJ 2012\11052)
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de octubre de 2013, núm. 626/2013, (RJ 2013\8053)
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de enero de 2014, núm. 840/2013, (RJ 2014\781)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 5ª), de 27 de enero de 2010, sentencia núm. 25/2010, (AC 2010\6)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 16 de julio de 2012, sentencia núm. 367/2012, (AC 2012\1453)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 6 de noviembre de 2012, sentencia núm. 400/2012, (JUR 2012\397024)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 1ª), de 21 de enero de 2013, sentencia núm. 53/2013, (JUR 2013\90453)

LEGISLACIÓN

- Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica. BOE núm. 271, de 12 de noviembre de 2003.
- Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. BOE núm. 304, de 20 de diciembre de 2007.
- Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión. BOE núm. 41, de 16 de febrero de 2008.
- Directiva 2004/39/CE sobre Mercados de Instrumentos Financieros (Markets in Financial Instruments Directive).

OTROS

- Nota conjunta del Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores, *para la 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.*