



# Interest Rate Swaps. A vueltas con el error vicio

MATEO C. JUAN GÓMEZ  
Abogado de Bufete Buades

**H**istóricamente la doctrina del Tribunal Supremo se ha esforzado en delimitar el alcance del error en el consentimiento, sus requisitos y su necesaria conjugación con el principio de seguridad jurídica. Esfuerzos que se han visto acrecentados en el último año y medio como consecuencia de la llegada –por fin– de las polémicas permutas financieras de tipos de interés a las más altas instancias judiciales. Ejemplo de este reanudado brío del Alto Tribunal podemos citar las recientes Sentencias de 21 de noviembre de 2012, 29 de octubre de 2013, 20 de enero de 2014 y 17 de febrero de 2014; en tres de las cuales actuó como Ponente el Excmo. Sr. Don José Ramón Ferrándiz Gabriel, a quién en consecuencia hay que atribuirle un mérito especial en tan exigente tarea.

Es evidente que para resolver una reclamación de nulidad por vicio del consentimiento deberá estarse a cada caso concreto, atendiendo a los actos de los contratantes, coetáneos y posteriores al contrato (art. 1283 Cc). Aún y así, el Tribunal ha venido a establecer algunas pautas que cumple destacar.

## La esencialidad del error

Según el artículo 1266 del Código Civil el error que recaiga sobre la sustancia de la cosa («*error in substantia*») que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que hayan servido de motivo principal a su celebración, conllevará la anulabilidad del contrato.

Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Este falso conocimiento de la realidad ha de ser suficiente como para dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida (STS de 25 de mayo de 1963 entre otras muchas).

No hay que confundir el error del consentimiento con el denominado perjuicio de expectativas, que refiere a la frustración de las esperanzas depositadas por uno de los contratantes en el negocio jurídico. Es lógico pensar que cada parte acuda a la celebración del contrato con sus propias motivaciones y expectativas de negocio, siendo incluso que en ocasiones las

expectativas económicas de una parte significan correlativa e irremediamente, aun indirectamente, un perjuicio o pérdida de beneficio para la otra.

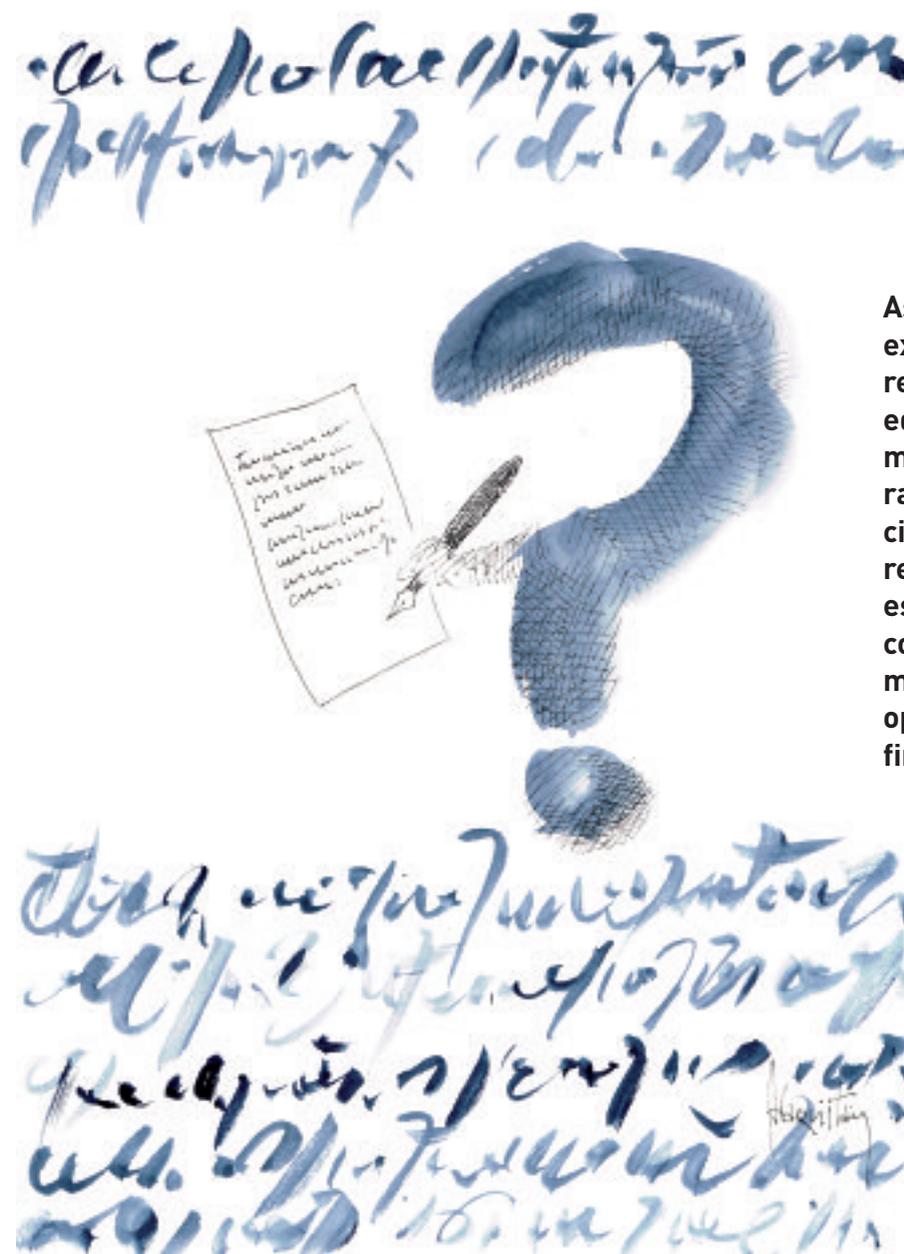
Sin embargo el error debe proyectarse sobre la estructura del negocio o mejor, para servirnos del término acuñado por el Alto Tribunal, sobre la «*regla contractual voluntariamente creada*» (STS de 29 de octubre de 2013), de tal modo que los acontecimientos producidos en la ejecución del contrato resulten contradictorios con ésta. Ciertamente este concepto no engloba únicamente las estipulaciones contractuales estrictamente consideradas sino también los motivos que conducen a las partes a celebrar el negocio, siempre y cuando dichos ánimos hayan sido exteriorizados a la otra parte, objetivándolos y elevándolos a la categoría de causa del contrato.

En cualquier caso, la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en todas estas sentencias advierte expresamente de que «*las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, 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*». A nuestro entender ello exige analizar también el marco histórico-social o histórico-económico existente al tiempo de la perfección del contrato, pues de lo contrario podría incurrirse en un sesgo retrospectivo, consistente en estudiar hechos pasados desde una perspectiva actual.

Asimismo se exige que **la representación equivocada se muestre razonablemente cierta**, lo que resulta especialmente complicado en materia de operaciones financieras, en tanto que, como advierte el Tribunal en todas sus sentencias recientes «*difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contra-*

**El error debe proyectarse sobre la estructura del negocio o mejor, para servirnos del término acuñado por el Alto Tribunal, sobre la “regla contractual voluntariamente creada”**

*tantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia...*». Ahora bien, en este punto nos encontramos con uno de los dos principales matices que introduce la STS de 20 de enero de 2014 (Pte. Excmo. Sancho Gargallo)



en la doctrina configurada por las SSTs de 21 de noviembre de 2012 y 29 de octubre de 2013 (Pte. Excmo. José Ramón Ferrándiz). Decimos esto por cuanto al párrafo anterior, se añade la siguiente coletilla, «*...Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error*».

Mención especial merece la cuestión de la **cancelación anticipada del derivado financiero**, que conlleva un coste –en ocasiones muy elevado– o una ganancia, en función de la cotización que ostente en el mercado la obligación asumida. Así, si una de las partes se ha comprometido a través del «*swap*» al pago de un tipo fijo del 3% calculado sobre un importe notional, y a cambio recibe un % igual al índice de referencia Euribor calculado sobre el mismo notional, es evi-

dente que en caso de cancelarse la operación en la situación actual (en que el Euribor ronda el 0,6%) la liquidación correspondiente le resultaría bastante gravosa. ¿El error proyectado sobre el conocimiento de esta concreta liquidación puede ser tenido por esencial?

**Asimismo se exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, lo que resulta especialmente complicado en materia de operaciones financieras**

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1ª, de 8 de abril de 2011, señala que el error será indiferente si recae sobre el cálculo de la cancelación anticipada puesto que se trata de una cláusula contractual que en caso de ser eliminada no impide la subsistencia racional del contrato.

Por su parte la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 20 de noviembre de 2013, destaca como principales elementos esen-

ciales de la operación de permuta financiera los riesgos asociados a la operativa del negocio y muy especialmente el método del cálculo del coste asociado a la cancelación anticipada.

La recientísima STS de 17 de febrero de 2014 sale al paso de esta disputa y proclama que «*en este caso y a la vista de la escasez de circunstancias concretas contempladas en la sentencia recurrida, no cabe entender que un defecto de oportuna información sobre el coste de la cancelación anticipada de la operación financiera fuese la causa de un error esencial, en el sentido expuesto, y por ello, con entidad para provocar la anulación de todo el contrato. Entre otras razones porque el ordenamiento posibilita depurar el defecto con remedios específicos que pueden operar sobre la propia cláusula o sus efectos*».

De ello parece colegirse que por sí mismo este error no tiene entidad suficiente como para ser subsumible en el artículo 1266 del Código Civil, salvo que las circunstancias concretas del caso hicieran pensar cosa distinta.

## Carga de la prueba

Tradicionalmente se ha mantenido de manera pacífica que la carga de probar la realidad del error vicio recae sobre aquél que lo invoca –el perjudicado–, en tanto que implica una situación anormal que no se puede presumir, y que exige de cumplida prueba (STS 10 de marzo de 1980).

Sin embargo en el concreto supuesto de la contratación bancaria se ha sucedido en los últimos tiempos una indudable pugna entre lo que podemos identificar como dos sectores jurisprudenciales: (i) aquel que aboga por una inversión de la

carga de la prueba<sup>1</sup>, según la cual la entidad financiera debe acreditar haber facilitado información suficiente bajo apercibimiento de nulidad por error vicio, y (ii) aquel otro que insiste en que la misma debe recaer sobre la parte demandante<sup>2</sup>.

A nuestro entender el Tribunal Supremo ha ido paulatinamente esclareciendo que no se da ninguna inversión en la carga de la prueba y que, por ende, debe el actor acreditar la concurrencia del error vicio. Así las STS de 21 de noviembre de 2012 y de 29 de octubre de 2013 ya proclamaban 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. Procediendo posteriormente a desestimar la pretensión de anulabilidad por no hallar circunstancias o motivos que, además de la falta de información, permitieran apreciar el error. Se predicaba, en definitiva, la exigencia de un “plus” de prueba que no hiciera recaer todo el error en la falta de información. Mucho más tajante resulta la STS de 17 de febrero de 2014 al afirmar: «*Es claro que cuando, de entre los distintos remedios que el ordenamiento ofrece se opta por el que lleva a la anulación del contrato por error vicio, se impone obtener la prueba del mismo, demostrando los hechos externos que llevaron a él, esto es, los datos que permitan deducir si lo hubo o no. La jurisprudencia así lo ha exigido tradicionalmente*». La Sala toma indudablemente partido por una de las dos corrientes antes expuestas.....

... ¿o no? Siembra un germen de duda al respecto la STS 20 de enero de 2014 (de distinto ponente que las anteriores), dado que pese a insistir en la necesidad de separar el vicio del consentimiento del incumplimiento de los deberes de información y en que la vulneración de los segundos no implica en modo alguno la existencia del primero, viene a establecer una suerte de presunción «*uris tantum*» en un supuesto concreto. En aquella ocasión el Tribunal conocía de un contrato en el que existía una relación de asesoramiento financiero (en los términos del artículo 79.bis.6 LMV) y en el que no se había cumplimentado el preceptivo test de idoneidad. En esa oca-

**A nuestro entender el Tribunal Supremo ha ido paulatinamente esclareciendo que no se da ninguna inversión en la carga de la prueba y que, por ende, debe el actor acreditar la concurrencia del error vicio**

**Mención especial merece la cuestión de la cancelación anticipada del derivado financiero, que conlleva un coste –en ocasiones muy elevado– o una ganancia, en función de la cotización que ostente en el mercado la obligación asumida**

se expone. Nosotros somos partidarios de esta segunda opción, de reducir la presunción a los supuestos en los que nos encontremos ante una relación de asesoramiento financiero en la que no se haya cumplimentado el test de idoneidad. Máxime si tenemos presente que con posterioridad a esa Sentencia se dictó la STS de 17 de febrero de 2014, que proclama con más rigor que todas las anteriores, si cabe, que se mantiene la tesis tradicional de que corresponde al actor la prueba del error denunciado.

**Doctrina de la confirmación de los actos viciados**

De estrecha vinculación con el principio «*contra factum proprium venire non valem*», esta doctrina tiene su plasmación positiva en el artículo 1309 del Código Civil, que la contempla como mecanismo de extinción de la acción de nulidad. De esta suerte, el consentimiento prestado por error es subsanable, quedando sanado el negocio desde el momento en que el perjudicado, salido ya de su error, realiza un acto expreso o tácito del que se pueda inferir inequívocamente su voluntad de renunciar a la acción de anulabilidad del contrato. Así lo reconoce el artículo 1311 del Código Civil, detallando que se entenderá por confirmación tácita del negocio aquellos actos realizados por el legitimado para invocar la nulidad -una vez que tuviera conocimiento de la causa de nulidad y ésta hubiera cesado- de los que se desprenda necesariamente la voluntad de renunciarlo. A nadie escapa que el precepto está cargado de un peligroso subjetivismo, inevitable por otra parte, que obliga una vez más a acudir a las circunstancias concretas de cada caso.

Como ejemplo de confirmación tácita del negocio podemos pensar en la resolución del contrato de con-

sión, afirma la resolución que «*la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero si permite presumirlo*». De esta forma se articula, de facto, una inversión de la carga de la prueba.

Cumple ahora que nos planteemos si esta presunción que se proclama responde a un giro doctrinal o debe interpretarse en el sentido estricto que allí

formidad a las reglas que se hayan pactado. Nótese que la pretensión de nulidad de un contrato implica necesariamente sostener que el mismo nunca ha existido («*quod nullum est, nullum effectum producit*»), por lo que actuar de modo que se reconozca la existencia misma del contrato –aun cuando sea para resolverlo<sup>3</sup>- puede ser interpretado como una incoherencia a la hora de ejercitar posteriormente la acción de anulabilidad.

Otro ejemplo bastante recurrido lo encontramos en las liquidaciones positivas que hayan podido generar el derivado para el demandante y su silencio ante las mismas. Examinando la jurisprudencia menor encontramos supuestos en los que tales liquidaciones han motivado que se desestimase la demanda de nulidad aplicando la doctrina de la confirmación de los actos viciados<sup>4</sup>, si bien parece que la postura dominante es la contraria.

El Alto Tribunal todavía no se ha pronunciado sobre este particular, si bien encontramos un tímido comentario en la STS de 29 de octubre de 2013, que tal vez constituya un prólogo de lo que pueda venir. Concretamente dicha sentencia señala: «*Por otro lado, con razón afirma la recurrente que la sentencia recurrida debió dar alguna significación al hecho de que XXXX, SL hubiera entendido válido y vinculante el contrato cuando, en la primera de las liquidaciones anuales, los resultados económicos le fueron favorables o, en la segunda, cuando no le fueron perjudiciales*»

**Comentario final**

Las particularidades de la contratación bancaria han suscitado numerosas dudas en las distintas audiencias provinciales, acerca de la aplicación de la doctrina tradicional del error vicio, y el modo en que la misma debe conjugarse con los deberes de información impuestos por la normativa sectorial. Si a ello se suma el indudable componente mediático que acompaña el debate, el resultado no podía ser otro: interpretaciones contrarias entre los distintos tribunales, en ocasiones incluso entre distintas secciones de una misma audiencia provincial.

**El consentimiento prestado por error es subsanable, quedando sanado el negocio desde el momento en que el perjudicado, salido ya de su error, realiza un acto expreso o tácito del que se pueda inferir inequívocamente su voluntad de renunciar a la acción de anulabilidad del contrato**

Qué duda cabe de que éste es un campo en el que el Tribunal Supremo debe moverse con prudencia y mano de cirujano, manteniendo las líneas apuntadas hasta el momento y dando respuesta a las cuestiones que aún se mantienen en disputa.

Sin embargo queremos acabar nuestro estudio con una reflexión positiva, trayendo a colación la célebre cita del filósofo, escritor y enciclopedista francés Denis Diderot para quién «*los errores pasan, sólo la verdad permanece*».....al menos porque la acción de nulidad sólo dura cuatro años (art. 1301 Cc). ■

<sup>3</sup> En este sentido puede verse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª, de 22 de octubre de 2012: «En el presente caso nos encontramos ante una forma tácita de confirmación del contrato, por cuanto la parte actora con conocimiento previo de la causa de nulidad, como era el supuesto error en el consentimiento, y habiendo ésta cesado, como lo demuestra el hecho de que estuviera asistido de su abogado, acordó resolver de mutuo acuerdo el contrato»

<sup>4</sup> Como ejemplo de pronunciamiento a favor de las virtudes subsanatorias de las liquidaciones positivas de permutas financieras, podemos citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Octava, de 3 de octubre de 2012 que afirma: «no teniendo fundamento que pretenda la nulidad en el tercer periodo de pago que es precisamente el que le perjudica, pues ha de entenderse que ya sabía el verdadero funcionamiento del contrato concertado y sin embargo acepto plenamente las condiciones ya que en absoluto las denunció [...] ha de estimarse que procedió como señala la parte apelante la confirmación tácita del contrato y por tanto se subsana el defecto de consentimiento»

**Resumen**

Las particularidades de la contratación bancaria han suscitado numerosas dudas en las distintas audiencias provinciales, acerca de la aplicación de la doctrina tradicional del error vicio, y el modo en que la misma debe conjugarse con los deberes de información impuestos por la normativa sectorial. Si a ello se suma el indudable componente mediático que acompaña el debate, el resultado no podía ser otro: interpretaciones contrarias entre los distintos tribunales, en ocasiones incluso entre distintas secciones de una misma audiencia provincial. Por esa razón destacan las recientes sentencias del Tribunal Supremo en materia de swaps y las reglas interpretativas que éstas recogen. Si bien aún queda camino por recorrer.

**Abstract**

The distinctive features of banking contracting has caused numerous doubts at different Provincial Courts about the implementation of the traditional doctrine of error and the way that it should be combined with the obligation of information implemented by the sector-specific regulation. If you add the undeniable high-profile component that goes with the debate, there could be no different result: interpretations that are contrary between different courts, sometimes even at different sections within the same provincial court. It is therefore that recent sentences from the Supreme Court stand out when it comes to swaps and interpretive regulation that are reflected by these. Yet there still is a long way to go.