



A FONDO

Permuta financiera y contratos bancarios complejos. Una radiografía del marco doctrinal actual

MATEO JUAN GÓMEZ

Abogado Bufete Buades



FICHA TÉCNICA

Resumen: En los últimos años ha existido una gran polémica doctrinal en torno a la aplicación de la institución jurídica del vicio del consentimiento en el seno de los contratos bancarios complejos. El altísimo grado de litigación que ha supuesto esta cuestión, unido a su innegable impacto social, ha generado a su vez la confluencia de jurisprudencia contradictoria entre las Audiencias Provinciales. Siete años después de que se dictasen las famosas sentencias de las Audiencias Provinciales de Álava y Jaén que declaraban nulas, por error en el consentimiento, sendos contratos de permutas financieras de tipos de interés, el Tribunal Supremo —tras alguna que otra vacilación— ha sentado ya una doctrina más o menos firme y estable sobre la materia, que nos permite extraer algunos extremos o pautas a tener en consideración en los pleitos que se generen por este tipo de contratos.

Palabras clave: Permuta financiera, Tribunal Supremo, error en el consentimiento, caducidad, carga de la prueba, actos propios, deberes de información, nulidad, incumplimiento, *rebus sic stantibus*.

Abstract: In recent years, there has been a great doctrinal controversy regarding the implementation of the legal institution of the vice of consent in complex banking contracts. The high grade of litigation derived from this question, attached to its undeniable social impact, has generated, in turn, the confluence of contradictory case law among provincial courts. Seven years after the pronouncement of the famous judgments of the provincial courts of Álava and Jaén which declared null and void, due to a error in consent, two interest rate swaps contracts, the Tribunal Supremo (Supreme Court) —after some hesitation— has already laid a more or less firm and stable doctrine on the matter, allowing us to extract some lessons or guidelines to take into consideration in the lawsuits that are generated by this type of contracts.

Keywords: Financial swap, Tribunal Supremo (Supreme Court), error in consent, expiry, burden of proof, own acts, duties of information, invalidity, nullity, *rebus sic stantibus*.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD
- III. CARGA DE LA PRUEBA DE LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO
- IV. NATURALEZA ESENCIAL E INEXCUSABLE DEL VICIO
- V. DOCTRINA DE CONFIRMACIÓN DE LOS ACTOS VICIADOS
- VI. AUSENCIA DE NULIDAD RADICAL POR

VULNERACIÓN DEBER DE INFORMACIÓN

- VII. IMPROCEDENCIA DE PRETENDER LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO AL AMPARO DE LOS DEFECTOS DE INFORMACIÓN
- VIII. NULIDAD PARCIAL VS NULIDAD TOTAL DEL CONTRATO. MENCIÓN ESPECIAL DE LOS DERIVADOS IMPLÍCITOS
- IX. CLÁUSULA «REBUS SIC STANTIBUS»
- X. CONCLUSIONES
- XI. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Los derivados financieros en general, y las permutas financieras en particular, han protagonizado en los últimos siete años todo un *tsunami* de demandas, tan sólo equiparable en estos tiempos a la masificación de reclamaciones por las cláusulas suelo o las participaciones preferentes. Pero toda ola, por grande que sea, termina rompiendo en una playa, «*envuelta entre la sábana de espumas*» como decía el poeta¹. Ahora, por fin, parece que el debate litigioso que envuelve estos productos ha llegado a este punto, y debemos sentarnos en la playa –por seguir la metáfora–, y preguntarnos ¿ahora qué? ¿Qué efectos ha tenido el maremoto?

Es importante tener presente que estos años han estado marcados por una gran inseguridad jurídica, motivada por el infructuoso intento de adecuar el debate generado por esos instrumentos jurídicos y la complejidad de la contratación bancaria moderna a los esquemas clásicos del Derecho de Contratos. Tal disfunción, ese intento de «*introducir vino nuevo en odres viejos*»², ha traído aparejada una multitud de sentencias contradictorias entre las Audiencias Provinciales. Disensión predicable incluso, en no pocas ocasiones, entre distintas secciones de un mismo tribunal provincial. Eso por no hablar de los criterios observables en los juzgados de instancia, o en los juzgados de lo mercantil que en sede de incidentes concursales, o de acciones de cesación de condiciones generales de la contratación, han podido abordar también tales cuestiones.

Adicionalmente, los instrumentos derivados financieros han venido despertando estos años una importante reacción a nivel social, fruto en parte de su comercialización masiva, así como de la politización y crítica social de la que han sido blanco directo las entidades financieras y su gestión³. Las manifestaciones y la movilización de determinadas asociaciones de consumidores –alguna de las cuales incluso ha tenido tiempo de crecer exponencialmente, alcanzando su cénit, para desinflarse drástica y polémicamente en los últimos tiempos–, han estado también al orden del día, impulsando aún más la proliferación de litigios de esta naturaleza.

Qué duda cabe que todo ello ha generado un caldo de cultivo del que, cual bacterias, han crecido y se han desarrollado algunas patologías jurídicas como la jurisprudencia de intereses (a la que ya refería Jhering⁴ en el siglo XIX), o los posicionamientos genéricos –radicales y abstractos– a favor o en contra de tales productos bancarios, olvidando con cierta habitualidad las particularidades predicables del caso concreto.

Lo cierto es que este tipo de contratos bancarios son perfectamente lícitos en sí mismos, siempre que se ajusten a los postulados de la buena fe, y a la normativa sectorial sobre deberes de información, facilitando al cliente todos los datos que éste precisa para poder valorar lo que contrata con pleno conocimiento de su funcionamiento y riesgos. Sólo en aquellos casos en que el cliente bancario haya sufrido un error o vicio del consentimiento al tiempo de contratar, de naturaleza esencial y excusable, estaremos ante un contrato nulo. Trasladada esta idea a la práctica judicial, eran muchas las dudas y aristas que surgían durante la «*litis*», como a quién corresponde la difícil –en ocasiones casi imposible– prueba sobre el fuero interno de los contratantes; o sobre qué elementos del contrato debe versar el error para que se considere esencial; o qué diligencia resulta exigible al consumidor para que el error pueda ser reputado excusable; entre otras.

Tras estos años de fervoroso debate doctrinal, parece que por fin el Tribunal Supremo, con algún que otro cambio de sentido, ha fijado finalmente una jurisprudencia reiterada y constante recogida, entre otras, en las siguientes resoluciones: Sentencias de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 491/2015, de 15 de septiembre; así como las Sentencias 384 y 385 de 2014, ambas de 7 de julio; 387/2014, de 8 de julio; 458/2014, de 8 de septiembre; 460/2014, de 10 de septiembre; 110/2015, de 26 de febrero; 563/2015, de 15 de octubre; 547/2015, de 20 de octubre; 562/2015, de 27 de octubre; 595/2015, de 30 de octubre; 588/2015, de 10 de noviembre; 623/2015, de 24 de noviembre; 675/2015, de 25 de noviembre; 631/2015, de 26 de noviembre; 676/2015, de 30 de noviembre; 670/2015, de 9 de diciembre; 691/2015, de 10 de diciembre; 692/2015, de 10 de diciembre; 741/2015, de 17 de diciembre; 742/2015, de 18 de diciembre; 747/2015, de 29 de diciembre; 32/2016, de 4 de febrero; 63/2016, de 12 de febrero; 195/2016, de 29 de marzo; 235/2016, de 8 de abril; y 310/2016, de 11 de mayo.

A lo anterior cabe añadir la masiva inadmisión a trámite de recursos de casación que actualmente está llevando a cabo el Alto Tribunal alegando precisamente eso, que ya existe una doctrina reiterada y consistente acerca de las distintas cuestiones que pueden sucederse en el análisis de las acciones de nulidad dirigidas frente a permutas financieras y productos bancarios complejos en general.

Lo cierto es que corolario de las resoluciones calendadas, cabe extraer algunos criterios generales, que intentaremos recoger y desarrollar seguidamente.

En el presente estudio evitaremos un análisis genérico sobre la figura y concepto del «*interest rate swap*»,

para lo que nos remitimos a otros artículos que ya hemos publicado sobre la materia⁵. Lo que ahora nos interesa es exponer cómo se ha posicionado en los últimos tiempos el Tribunal Supremo sobre los siguientes extremos: (i) la caducidad de la acción de nulidad; (ii) la carga de la prueba de los vicios del consentimiento; (iii) la naturaleza esencial y excusable del error; (iv) la doctrina de la confirmación de los actos viciados; (v) los efectos predicables de la vulneración de los deberes de información; (vi) la acción de resolución contractual por falta de transparencia o información defectuosa; (vii) la nulidad parcial o total del contrato, con especial mención de los derivados implícitos; (viii) la aplicabilidad de la cláusula «*rebus sic stantibus*».

II. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD

La principal vía de ataque a la contratación de productos bancarios complejos, pasa por el ejercicio de la acción de nulidad (anulabilidad) por vicios del consentimiento. Por medio de ésta se denuncia, en suma, que el cliente no disponía al tiempo de contratar, de la información y conocimientos precisos como para comprender suficientemente aquello que estaba a punto de contratar. Bien por haberlo confundido con otra modalidad contractual –como un seguro de tipos de interés–, bien por no ser conocedor de su funcionamiento y la cotización en el mercado secundario, o simplemente por no haber sido capaz de interiorizar el nivel de riesgo de la operación y las consecuencias económicas que podían derivarse de sus liquidaciones periódicas o de un supuesto de cancelación anticipada.

Para conocer el concreto lapso temporal que la ley establece para el ejercicio de la acción de nulidad, debemos acudir a los artículos que regulan este tipo de «*actione civilis*».

De esta forma observamos el artículo 1301 del Código Civil que dispone que «*la acción de nulidad sólo durará cuatro años*».

Conviene subrayar que este plazo es de caducidad y no de prescripción. Baste con citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2010 en la que el Tribunal hace referencia a que «*el plazo de anulación es de caducidad*»⁶.

Huelga señalar la relevancia del matiz, pues es bien sabido que la prescripción es susceptible de interrupción por cualquiera de las fórmulas recogidas en el artículo 1973 del Código Civil (por su ejercicio ante los tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de deuda por el deudor). Pero tal faceta no es predicable de la caducidad. Como ya afirmara Castán⁷ «*en la decadencia no tienen influencia,*

por lo general, estas causas, porque el efecto extintivo es radical y automático».

En cualquier caso, los cuatro años a los que refiere el artículo 1301 del Código Civil, computarán desde «*la consumación del contrato*».

Este concepto («*consumación del contrato*») que marca el «*dies a quo*» de la caducidad, ha sido uno de los principales caballos de batalla en los litigios de «*swaps*», pero también en los de participaciones preferentes, obligaciones subordinadas, etcétera.

Para el necesario acotamiento del término «*consumación*», diremos que el mismo no hace sino referencia al cumplimiento de las obligaciones contenidas en el cuerpo del contrato. Así lo manifiesta también nuestra doctrina, sirviendo de ejemplo O' Callaghan⁸, quien sostiene;

«Se ha hecho referencia anteriormente a la consumación del contrato y se ha dicho que se refiere al cumplimiento de las obligaciones nacidas de aquél; es el desarrollo del contrato que se perfeccionó en su día. También se ha dicho que es el momento final del contrato si es de trato único o el comienzo del final, si es de trato sucesivo; es decir, con la consumación se cierra el ciclo negocial y surge la nueva situación jurídica creada por el contrato.

Con la consumación se produce el cumplimiento de las obligaciones contractuales, lo cual se pone en relación con la eficacia del mismo, aunque no coincide el concepto de eficacia (nacimiento de obligaciones) con el de consumación (cumplimiento de las mismas)»

Así, la consumación refiere al momento del cumplimiento de las obligaciones, momento en el que se cierra el denominado ciclo negocial y se inicia la relación o situación jurídica generada por el contrato. ¿Y cuándo surge la nueva situación jurídica, ese «*comienzo del final*» en un contrato de permuta financiera? ¿Hay que esperar hasta el momento del vencimiento y, por tanto, de su extinción?

La «consumación del contrato» que marca el «dies a quo» de la caducidad, ha sido uno de los principales caballos de batalla en los litigios de «swaps», participaciones preferentes u obligaciones subordinadas

Al paso de esta polémica salió el Tribunal Supremo en la Sentencia del Pleno de 12 de enero de 2015, por la

que conocía de una acción de nulidad formulada frente a un «unit linked», y procede a fijar la siguiente doctrina:

«En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento».

Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error»

Es de ver cómo la doctrina se acuña con abaste general, desde el momento en que no se predica únicamente de contratos como el examinado, sino a «las relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios».

Según la doctrina del Alto Tribunal debe quedar fijado el inicio del cómputo de caducidad en el momento en que se toma conocimiento del error padecido o se suceden elementos objetivos suficientes para tomar conciencia de que el producto no es aquello que se creía. Se establece por tanto una pauta clara y sencilla, que pretende a su vez suavizar las exigencias de prueba, al enumerar algunos momentos en que desde una perspectiva objetiva cabe pensar que el demandante puede haber tomado conocimiento del error.

Ahora bien, como siempre ocurre, esta misma norma posteriormente puede ser interpretada de una forma más laxa o más rigurosa por los distintos tribunales.

Así, como ejemplo de interpretación estricta, cabe citar la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, de 18 de mayo, (PO 725/2013), que aplicando la doctrina del Tribunal Supremo a un supuesto concreto de «swap», concluyó;

«En el supuesto de autos las liquidaciones negativas, es decir, aquellas que obligaban a la parte demandante a pagar a la demandada se datan el 3 de noviem-

bre de 2009, fecha en la que FAI BERTI debe satisfacer un importe superior a los 22.000 euros (más de la mitad del importe definitivo objeto de autos). No hubo ninguna liquidación favorable a los intereses del actor, por lo tanto desde el 3 de noviembre de 2009 FAI BERTI pudo ponderar los efectos del contrato firmado –es en 2009 cuando se produce la mayor de las liquidaciones del producto financiero.

7. Partiendo de esa fecha de cómputo –el 3 de noviembre de 2009, fecha en la que se cargó en la cuenta del actor la primera liquidación–, la demanda debía de haberse interpuesto como muy tarde el 3 de noviembre de 2013. La demanda se interpone 10 meses después, por lo tanto la acción debe considerarse caducada»

Véase como para el Juzgado especializado resulta suficiente indicio de la toma de conocimiento la concurrencia de la primera liquidación negativa.

Por su parte, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, en reciente Sentencia de 30 de junio de 2016 (rec. 166/2016), aboga por una interpretación un tanto más finalista, exigiendo que esta «anomalía» se repita durante cierto tiempo. En concreto:

«Aun cuando pueda estimarse que el abono de unas liquidaciones negativas no supone por sí mismo un conocimiento de la naturaleza y riesgos del producto, la valoración debe ser distinta cuando ese abono se prolonga en el tiempo y por una cantidad que es fija mensual. De ahí que transcurrido un periodo razonable en el que se produce la misma situación, ya se debe ser plenamente consciente de las condiciones del producto que se contrató»

La posición garantista adoptada por la citada sección del tribunal provincial es plenamente entendible y en cierto modo no hace sino adaptar a las circunstancias del caso concreto la doctrina establecida por el Tribunal Supremo con carácter general. Como reverso nos topamos con el hándicap de que se debilita nuevamente la seguridad jurídica al flexibilizarse los parámetros facilitados por la doctrina de continua referencia.

Un paso más allá, podemos citar la reciente Sentencia de la Sección 4ª de la misma Audiencia Provincial, de 6 de junio de 2016 (rec. 154/2016), cuyo encaje en la doctrina de la caducidad ya es algo más debatible. En dicha resolución, por la que se resuelve una acción de nulidad dirigida frente a unas participaciones preferentes, se viene a discutir la suficiencia de la suspensión de la liquidación de beneficios, como fenómeno que permita presumir la toma de conocimiento sobre el error padecido. En concreto:

«Por consiguiente, no puede pretender tener éxito la recurrente en su intento de anudar a un hecho objetivo determinado, como es la ausencia del cobro de cupones durante cuatro años por los apelados, con la necesaria toma de conciencia por parte de éstos de que no habían contratado un depósito a plazo fijo y, mucho menos, con que entendiesen efectivamente a partir de ese momento las características y riesgos del producto complejo que realmente adquirieron por medio de un consentimiento contractual viciado, pues en aquel tiempo la confianza en la entidad apelante no había desaparecido»

A nuestro parecer los indicios apuntados por el Tribunal Supremo, sin ser definitivos, han de ser tenidos en gran consideración, a modo de presunciones «iuris tantum» que pueden quedar desvirtuadas previo ejercicio de prueba en contrario por parte del demandante.

III. CARGA DE LA PRUEBA DE LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

Con carácter general uno de los principales obstáculos que debe sortear una acción de anulabilidad de contrato por vicios del consentimiento, es la de acreditar suficientemente la errónea construcción intelectual que precedió a la emisión de voluntad. En múltiples ocasiones la prueba testifical es exigua a tales efectos, y el interrogatorio del demandante –cuya práctica queda además al arbitrio del demandado– no deja de ser una declaración de parte. Ciertamente es que el artículo 1282 del Código Civil dispone que para juzgar la voluntad de los contratantes habrá de estarse a sus actos coetáneos y posteriores a la firma del contrato. Pero en muy pocas ocasiones su conducta posterior permite interpretar con suficiente claridad si eran conocedores de un modo exhaustivo de los riesgos aparejados al producto bancario.

De esta suerte, aquél sobre quién pese la carga de la prueba en un supuesto de estas características, juega con evidente desventaja. Después de todo, como advirtiera Fernández Gil⁹: en los casos de incertidumbre fáctica, el artículo 217.1 LEC, ofrece un instrumento lógico al Juez para indicarle si la sentencia ha de ser condenatoria o absolutoria. Pero no se trata de una norma valorativa de prueba, sino en determinar en quién han de recaer las consecuencias desfavorables cuando los hechos controvertidos no han quedado suficientemente demostrados (SSTS de 15 de diciembre de 1999 y de 8 de septiembre de 2001)

A lo anterior cabe añadir, de nuevo como criterio general, que el error anulador del negocio tiene un sentido excepcional muy acusado ya que lo decisivo para la exis-

tencia y eficacia del negocio jurídico es que se declare una voluntad y que lo declarado se ajuste realmente a lo querido. Así, Díez-Picazo¹⁰ advierte de que *«lo normal es estar a lo pactado, con todas sus consecuencias favorables o desfavorables y no utilizar la figura del error para lograr una desvinculación del contrato»*.

Igualmente ilustrativo resulta Federico de Castro¹¹ al señalar que *«va en contra del buen sentido favorecer sin más base que la propia equivocación a quién yerra a costa de quién ha creído en la palabra dada»*.

Por su parte, el art. 217 LEC impone al actor la carga de probar la certeza de los hechos de los que se desprenda el efecto jurídico pretendido.

Consecuentemente, «a priori», el solicitante de nulidad debiera probar la concurrencia de un error sustancial e inevitable en el consentimiento prestado.

Ésta era precisamente la línea que pareció seguir el Tribunal Supremo en un primer término al dictar las Sentencias de 21 de noviembre de 2012 (rec. 1729/2010), 29 de octubre de 2013 (rec. 1972/2011) y 17 de febrero de 2014 (rec. 320/2012).

En la primera de ellas el Tribunal procedía a examinar los hechos declarados probados, en busca de una «base» que muestre como hecho seguro, la concurrencia de un vicio del consentimiento.

En la segunda, se viene a remarcar nuevamente la diferencia entre vicio del consentimiento y defectos de información, estimando en dicho caso concreto que, pese a la vulneración de los deberes de información –no había test de conveniencia–, no quedaba acreditada la concurrencia de vicio del consentimiento.

Y la tercera, la STS de 17 de febrero de 2014, es sin lugar a dudas la más sorprendente de todas. Se dictó casi un mes después de la famosa sentencia del Pleno de 20 de enero de 2014, a la que luego nos referiremos, y que supuso un hito en materia de nulidad de contratos bancarios complejos, por cuanto se configuró una auténtica inversión del «onus probandi», en los términos que veremos. Y sin embargo, en esta resolución posterior –y sin mediar voto particular ni reserva aparente por ninguno de los magistrados que constituían sala–, la Sala afirma:

«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»

Cumple decir también que previo a estas resoluciones del Tribunal Supremo, diversas Audiencias Provinciales apostaban ya por esta interpretación rigorista¹².

No obstante, frente a lo anterior, iban creciendo las teorías relativas a la necesaria reversión de la carga de la prueba, sosteniendo que correspondería a la entidad financiera acreditar el cumplimiento de los deberes de información, debiéndose estimar en caso contrario la acción de nulidad. Esta tesis suponía una finta a las dificultades probatorias, pero adolecía de un defecto genético consistente en equiparar la concurrencia de una posible falta de información, desde un punto de vista formal (es decir, que no se haya facilitado toda la información reflejada en diversas normas de conducta), con la existencia de un error de consentimiento. Sin embargo una cosa no implica necesariamente la otra.

En la STS de 20 de enero de 2014 se produce una inversión del «onus probandi» y se establece una presunción «iuris tantum» de error en el consentimiento si ha habido incumplimiento del deber de información por parte de la entidad financiera

Haciéndose eco de estas voces crecientes tanto en el seno de la doctrina científica, como de la jurisprudencia menor, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 vino a fijar una excepción a las reglas generales de la carga de la prueba. Así, para el caso de que haya habido incumplimiento del deber de información por parte de la entidad financiera (a quién corresponde a su vez la responsabilidad de acreditar que ha facilitado a su cliente toda la información que éste precisaba para contratar), se produce una inversión del «onus probandi» y se establece una presunción «iuris tantum» de error en el consentimiento.

En concreto, la citada Sentencia reza;

«En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación, en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. 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 aso-

ciados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo»

Como se ha expuesto, y como ha venido recalcando el Alto Tribunal en resoluciones posteriores, ésta es una excepción de la regla consagrada en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en ningún caso supone equiparar sin más la infracción de las normas de conducta con la nulidad del contrato.

La tesis es clara, y expuesta «grosso modo» permite aplicar el siguiente silogismo: (i) la carga de la prueba es con carácter general del demandante; (ii) pero si el demandado no consigue acreditar que ha cumplido con los deberes de información, se presumirá que hay efectivo vicio del consentimiento, sin necesidad de prueba por parte del demandante; (iii) esta presunción NO es absoluta ni definitiva, sino que admite prueba en contrario, de tal modo que si el demandado acredita –con la dificultad que ello entraña– que en realidad el cliente tenía conocimiento por otros medios de los riesgos económicos asociados a la operación, decaerá la acción de nulidad por vicios.

IV. NATURALEZA ESENCIAL E INEXCUSABLE DEL VICIO

El error ha sido definido por nuestra jurisprudencia¹³, como el falso conocimiento de la realidad, capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida.

Para alcanzar a invalidar el consentimiento es indispensable 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 (artículo 1266 Cc).

Debe, a su vez, servir de prisma interpretativo que el reconocimiento del error sustancial, anulador del negocio, tiene un sentido excepcional muy acusado ya que lo decisivo para la existencia y eficacia del negocio jurídico es que se declare una voluntad y que lo declarado se ajuste realmente a lo querido.

En este punto, en la práctica, nos encontramos muchas veces con el problema de que la demanda no detalla qué es lo que la parte actora creyó contratar. Piénsese que lo que es evidente es que pensó contratar algo y que ese «algo» que creyó contratar debe ser confrontado con lo que definitivamente contrató a fin de poder analizar si la diferencia es esencial.

En los primeros años, y a razón de la famosa sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Álava¹⁴, era muy habitual que se denunciase la comercialización del producto como un mero «seguro gratuito de tipos de interés». Sin embargo, a nuestro parecer, alegar la creencia de que se contrataba un «seguro», es hacer referencia únicamente a un «nomen». Lo más relevante es saber cómo se entendió que operaba ese supuesto «seguro», en qué se diferencia la regla contractual voluntariamente creada, de aquella efectivamente contratada.

Lo anterior no es sino la concreción de la doctrina que afirma, de acuerdo con el artículo 1282 del Código Civil, lo que sigue:

«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»¹⁵.

Surge entonces la difícil tarea de escrutar qué errores son aquellos que afectan a la esencia misma del negocio jurídico y, por ende, son susceptibles de generar la nulidad del contrato.

Así, por ejemplo, brota la siguiente duda: ¿en los casos en que se ha comprendido la operativa del derivado y la posibilidad de que existan liquidaciones positivas o negativas en función del posicionamiento del índice de referencia, no ser consciente del potencial coste de cancelación anticipada constituye un error esencial?

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 8 de abril de 2011, consideró que tal supuesto NO constituye un error esencial, en tanto que se dirige únicamente, frente al coste de la cancelación anticipada. Para ello realiza el siguiente silogismo: si eliminamos la cláusula que lo regula, el resultado es que el contrato subsiste sin ningún tipo de problema.

No sin poca determinación, parecía que podía extraerse una conclusión parecida de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2014, en la que se proclama;

«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»

No obstante, la mayoría de tribunales provinciales venían considerando que el coste de cancelación anti-

cipada es un elemento esencial en la fase genética de formación de la voluntad contratante. Los operadores quieren saber qué les puede costar «escapar» de un contrato que, en su caso, pudiere resultarles perjudicial, aún en el caso de que tengan la esperanza de obtener beneficios. De hecho ello sería, en cierto modo, una muestra clara de que se ha tomado conocimiento de los riesgos asumidos.

En cualquier caso, en fechas más recientes, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el particular, confirmando que el error pudiera recaer sobre los riesgos, representados por los eventuales costes económicos derivados de la cancelación del producto financiero que se concertaba. Así lo proclamó en la Sentencia 491/2015, de 15 de septiembre, en relación con el coste de la cancelación del swap, cuando se había ofrecido la posibilidad de cancelarlo y no se había suministrado suficiente información de lo que podía llegar a suponer este coste, y lo reiteró en otras sentencias posteriores (por ejemplo, Sentencia 90/2016, de 19 de febrero).

Sin embargo, y en atención a la imposibilidad de calcular «ex ante» el coste de cancelación que pudiera tener el producto en un futuro, que siempre dependerá de las fluctuaciones del mercado y de distintos variables, la Sala expone:

«...es lógico que el cálculo del coste de cancelación pueda depender de indicadores concretos que no se conocen en el momento de la firma del contrato, y por ello no pueda cifrarse de antemano con detalle. Pero cuando menos el banco debía informar sobre los costes aproximados, dependiendo lógicamente de diferentes parámetros, entre ellos el momento en que se solicita la cancelación. El banco no puede informar del coste exacto de cancelación en cada momento de la duración del contrato, pero sí ha de dar una referencia genérica y aproximada, que pueda permitir al cliente hacerse una idea de cuánto podría costarle la cancelación y el riesgo que con ello asume».

Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega 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.

Los mayores puntos de conflicto que han podido verse estos años en torno al carácter excusable del error, se observan en (i) cómo debe interpretarse la confesión

del cliente de que no ha leído el documento contractual; (ii) la experiencia en el tráfico y, concretamente, en la contratación de otros derivados financieros con anterioridad.

Históricamente la falta de lectura del documento contractual venía constituyendo un ejemplo claro de error vencible o inexcusable. Véanse, entre otras muchas, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2ª, de 31 de julio de 2007¹⁶, la de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6ª, de 14 de febrero de 2004¹⁷, o la de la Audiencia Provincial de León, Sección 2ª, de 14 de abril de 2005¹⁸.

Cómo debe interpretarse la confesión del cliente de que no ha leído el documento contractual o la experiencia en la contratación de otros derivados financieros han centrado los puntos de conflicto en torno al carácter excusable del error

Podría invocarse aquí incluso la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2009, rec. 407/2006, en la que se proclama la obligación de auto informarse, lo que exige en primer lugar la lectura del documento contractual, en los siguientes términos:

«Es diligencia exigible a todo contratante la relativa a la lectura de los documentos contractuales que suscribe y la de adecuada comprensión de aquello que se somete a su decisión mediante la formulación de cuantas preguntas sean necesarias para una adecuada formación de su juicio decisor. La diligencia de un buen padre de familia así lo exige, por lo que, no pueden aprobarse de forma genérica las conductas omisivas de tal deber de prevención».

Sin embargo, lo cierto es que la tesis de la autoinformación y de la falta de lectura del contrato, tampoco encuentra apoyo en la doctrina de la Sala que reitera que «la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información

sobre ninguna cuestión relevante» (Sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015).

Descartada la obligación de auto informarse con carácter general, ¿no ha de hacer decaer la acción que la parte demandante sea un empresario con experiencia en el tráfico o incluso hubiera contratado con anterioridad ya otros productos derivados?

Eso parecía sostener el Alto Tribunal, cuando en su Sentencia de 29 de octubre de 2013, una de las primeras que resolvió una acción de nulidad sobre un «swap», razonó: «Es difícil admitir que una sociedad con experiencia en el mercado y en las relaciones con las entidades bancarias, como M. Polo, SL, padeciera un error como el declarado en las instancias».

Esta misma tesis tenía su reflejo en algunas resoluciones de tribunales provinciales, como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª, de 18 de abril de 2013, rec. 177/2013, en la que se tiene por acreditado el incumplimiento de los deberes de información, por no haberse cumplimentado test alguno de conveniencia. Aún y así, la Sentencia se detiene sobre la figura del administrador societario para afirmar:

«Respecto a las características del administrador de la actora, manifestó no tener formación académica, pero ello no le impide tener los conocimientos necesarios para dirigir la gestión de una mediana empresa. De hecho lo ha realizado durante casi veinte años, conoce y negocia las operaciones bancarias, manifiesta no tener director financiero y que tiene diversas operaciones de líneas de descuento y de avales, hipotecas... lo que permite al menos suponerle unos conocimientos necesarios para el desarrollo de su función y suficientes para entender y valorar la naturaleza de las operaciones discutidas. Por tanto, no parece compatible esta formación, al menos práctica, con la invocada alegación de que en nada sabía de lo que firmaba y que se le dijo era un seguro.

En definitiva, la actora no ha acreditado el error o dolo denunciado, por lo que el recurso ha de ser íntegramente desestimado»

Y era refutada por otras tantas, como la Sentencia de 2 de diciembre de 2011 de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 3ª, rec.367/2011, según la cual, el hecho de llevar la gestión de varias empresas no significa que tenga capacidad para comprender de forma adecuada esta clase de productos complejos.

Sin embargo, esa tesis de que la condición de empresario, administrador de varias sociedades ha de tener influencia en la concurrencia de error en el consentimiento

to, decae a la luz, entre otras, de la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2016 que dispone que *«el hecho de que los clientes sean sociedades mercantiles no supone que deban descuidarse los deberes de información de las entidades financieras, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap no es la del simple empresario sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos»*.

Además, en relación a la contratación de otros productos anteriores, argumenta: *«respecto de los datos anteriores a la suscripción de los contratos, tales como la previa suscripción de otros contratos de swap, porque lo que excluiría la existencia del error sería la prueba de que al contratarlos, se informó adecuadamente a los clientes, razón por la cual la falta de información al celebrar los contratos posteriores no podría considerarse como causante de error sustancial y excusable. Pero solo por haber concertado otros contratos anteriormente no puede considerarse excluida la existencia de error, pues es necesario que al celebrar esos contratos se hubiera informado adecuadamente al cliente sobre la naturaleza y riesgos del producto, pues solo de ese modo sería innecesario volver a facilitarle la información al contratar posteriormente el mismo tipo de productos»*.

Así pues, y esta es la máxima cardinal, el incumplimiento de los deberes de información incide directamente en el carácter excusable del error. De tal manera que si no se facilita al cliente la información exhaustiva, con independencia de que éste no lea el contrato, o con independencia de que sea un curtido empresario o haya contratado otros productos similares, de producirse el error (o lo que es lo mismo, de no acreditarse por la entidad financiera que se comprendieron todos los riesgos de la contratación, *«probatio diabólica»* después de todo), el error será tenido por excusable.

V. DOCTRINA DE CONFIRMACIÓN DE LOS ACTOS VICIADOS

Lo primero que debemos recalcar es que la concurrencia de los vicios expuestos no implica la nulidad, sino la anulabilidad de los contratos. Lo que lleva acarreada la posibilidad de subsanar los defectos acontecidos, por la futura aquiescencia mostrada por aquél que los sufrió.

El artículo 1309 del Código Civil predica la extinción de la acción de nulidad por la concurrencia de válida confirmación. Circunstancia ésta que se expresa más poéticamente por el artículo 1313:

«La confirmación purifica al contrato de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración».

Por su parte, el art. 1311, establece que 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.

A destacar dos cuestiones, a saber: que la confirmación pueda acaecer tácitamente y que el acto debe reflejar sin sombra de duda, la voluntad de renunciar a la impugnación. Esta última condición resulta un tanto indeterminada, lo que implica, una vez más, la necesidad de examinar caso por caso.

La confirmación que produce la extinción de la acción de nulidad puede acaecer tácitamente y el acto debe reflejar sin sombra de duda, la voluntad de renunciar a la impugnación

De esta suerte, en múltiples pleitos se ha venido cuestionando la aplicación de esta doctrina a distintas conductas de los clientes bancarios. Así, por ejemplo, si en aquellos supuestos en que se sostenga la supuesta nulidad del «swap» en base a que la parte demandante concibió el mismo como un «seguro» que implica, poco menos que una novación de un préstamo—u otra operación variable— pagándose en lo sucesivo un tipo fijo del mismo, y haya transcurrido un tiempo considerable desde la firma del derivado (habiéndose durante ese tiempo liquidado las cuotas periódicas del derivado financiero y las cuotas del préstamo)...¿Podría el silencio del ahora demandante durante el período en que se producían las liquidaciones del préstamo a un interés distinto del porcentual pactado en la permuta financiera —tal y como se plasma en los distintos justificantes bancarios que puedan haberse remitido por carta a su domicilio—, teniendo lugar paralela e independientemente las liquidaciones del «IRS», implicar la confirmación de la obligación?

Posiblemente habrá que estar a otros factores además del expuesto, como por ejemplo, si durante ese tiempo las liquidaciones del swap eran positivas o negativas. Sin embargo, hipotéticamente hablando, podría ser un ejemplo de purificación del negocio jurídico viciado¹⁹, toda vez que puesta de manifiesto la verdadera naturaleza de la obligación, el cliente bancario decide —al no quejarse— continuar ejercitando los derechos que dimanaban del negocio y cumplir sus obligaciones.

Otro posible supuesto de confirmación del contrato sería la resolución del *swap* a través de documento de cancelación, contemplado en las cláusulas del negocio jurídico a cancelar. Esta aplicación, sumisión consciente a un contrato viciado, podría llegar a implicar, sobre el papel, la enmienda del mismo²⁰.

La casuística que cabe apreciar en la jurisprudencia menor en torno a la aplicación de esta doctrina en supuesto de contratación bancaria compleja, es muy extensa y prolija, a la par que confusa, contradictoria e incoherente en algunos casos.

A bote pronto, tampoco parecen correctas las posturas que se apoyan sin más en la máxima de Cicerón de «*quién calla otorga*» («*Voluntatem taciti perspicuo*»), pues dicho principio general es sabido que fue sustituido y ampliamente superado por el de Derecho Justiniano contenido en las *Pandectas* según el cual, quién calla ni niega ni otorga («*qui tacet non utique fatetur*»)²¹.

Pero una vez más, estas excepciones articuladas normalmente en el seno de la contestación a la demanda, no han prevalecido. La tesis de la influencia que pudo tener la percepción de liquidaciones positivas o negativas en la concurrencia de vicios en el consentimiento decae si tenemos en cuenta la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2016 (12/2016), que entre otras, ha precisado en cuanto a los supuestos actos propios de las demandantes, que implicarían la prestación tácita del consentimiento: «*tenemos ya afirmado en numerosas resoluciones que, como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria*».

VI. AUSENCIA DE NULIDAD RADICAL POR VULNERACIÓN DEBER DE INFORMACIÓN

En los primeros años de disputas abundaban las demandas de nulidad radical de permutas financieras, amparadas en el artículo 6 del Código Civil y en la conculcación de presuntas normas imperativas, en referencia a la Ley del Mercado de Valores (Ley 24/1988), el RD 217/2008 (sobre el régimen jurídico de las entidades de gestión), o en circulares del Banco de España, como la ya derogada Circular 8/1990²² y demás leyes sectoriales que regulan los deberes de información²³.

Como es natural, deberá estarse a cada caso concreto para concluir si se ha producido vulneración de alguna de estas normas por parte de la entidad financiera. Sin embargo, a efectos dialécticos, es preciso que hagamos un ejercicio de abstracción y nos cuestionemos ¿qué consecuencia debe anudarse a la vulneración de las normas de conducta apuntadas?

Esta pregunta debe ser respondida a partir de la naturaleza administrativa de las normas enunciadas, lo que motiva que, aún y en el hipotético supuesto de que se hubiesen, efectivamente, transgredido, la consecuencia que de ello se irrogase no sería la nulidad del contrato *per se* (cosa distinta es que, claro está, pueda tener incidencia, junto a otras variables, en la apreciación de un consentimiento viciado). Y es que la vulneración de una norma protocolaria no conlleva la apreciación de un vicio invalidante del consentimiento, sino en su caso, una sanción disciplinaria (administrativa), que no civil.

Tanto es así que el Tribunal Supremo, a la par que ha ido consolidando su doctrina en torno a la inversión de la carga de la prueba, y como el incumplimiento de las normas de información conlleva una auténtica presunción «*iuris tantum*» de vicio del consentimiento, no ha cejado en subrayar que la vulneración de tales normas no conlleva por sí misma la nulidad del contrato.

Un ejemplo de lo que decimos lo encontramos en la Sentencia de 17 de diciembre de 2015 (rec. 339/2012)²⁴, o la más reciente de 12 de febrero de 2016 (rec. 2450/2012)²⁵.

Corolario de lo anterior, las acciones tendentes a pretender la nulidad radical del negocio (no articulada por tanto como anulabilidad por vicios del consentimiento), están abocadas al fracaso.

VII. IMPROCEDENCIA DE PRETENDER LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO AL AMPARO DE LOS DEFECTOS DE INFORMACIÓN

Otra habitual línea de debate, ya fuera con carácter subsidiario o con carácter principal en aquellos supuestos en que había caducado palmariamente la acción de anulabilidad por vicios del consentimiento, ha sido la de alegar incumplimiento del contrato y el ejercicio de la acción de resolución, al amparo precisamente de la falta de información. Se invocan deberes como el de lealtad o transparencia y cómo los mismos deben pasar a integrarse dentro de la esfera del contrato, de tal modo que su conculcación conlleve de igual modo la estimación de la acción de resolución por incumplimiento.

Ejemplo de ello puede ser la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de La Rioja, de 4 de febrero de 2013 (rec. 345/2011). En esta resolución, de gran significación, se deja claro en primer lugar el matiz de que la acción ejercitada lo es de resolución contractual, no de anulabilidad por vicios, y en aras del principio de justicia rogada, será esa acción la que deberá ser enjuiciada y no la de nulidad. Posteriormente, proclama que, en cualquier caso, «*el referido deber de información resulta absolutamente esencial en este tipo de contratos y que forma parte de la órbita de lo pactado*». Y tras concluir que dicho deber de información no fue observado, acuerda la resolución del contrato²⁶.

Pues bien, la Sentencia citada de la Audiencia Provincial de la Rioja, ha sido recientemente revocada por la Sentencia del Tribunal Supremo 479/2016, de 13 de julio de 2016, rec. 658/2013; en la que se llama la atención sobre el error de concepto en que incurre el tribunal provincial. Concretamente en su FJ Tercero (intitulado «*Consecuencias del incumplimiento del deber de información en la formación del consentimiento. Régimen de ineficacia del contrato. Procedencia de la acción de anulabilidad, no de la de resolución contractual*»), señala:

«...un posible error en el consentimiento por déficit informativo podría dar lugar a la nulidad del contrato, conforme a los arts. 1.265, 1.266 y 1.301 CC; pero no a una resolución del mismo por incumplimiento, en los términos del art. 1.124 CC, dado que el incumplimiento, por su propia naturaleza, tiene que ser posterior a la celebración del contrato, mientras que aquí la falta de información se habría producido con anterioridad. Es decir, la vulneración de la normativa legal sobre el deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de que los intereses fueran inferiores al euribor y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que puede propiciar un error en la prestación del consentimiento, pero no determina un incumplimiento con virtualidad resolutoria»²⁷.

La regla es clara. La resolución por incumplimiento exige que la conducta infractora se produzca después del nacimiento del contrato y en relación a los pactos que se incluyen en el mismo, reservándose la esfera de formación de voluntad para el instituto de los vicios del consentimiento.

VIII. NULIDAD PARCIAL VS NULIDAD TOTAL DEL CONTRATO. MENCIÓN ESPECIAL DE LOS DERIVADOS IMPLÍCITOS

Otra zona gris que debía ser esclarecida por la jurisprudencia, era la relativa a los efectos de la nulidad

por vicios del consentimiento, y si éstos pueden traer aparejada una nulidad parcial, bien sea del coste de cancelación anticipada, bien del derivado implícito en una operación principal; pero sin afectar al resto del negocio jurídico.

Como ya se planteaba la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas, en la Sentencia 208/2012 de 7 de mayo: «*El problema empero se mantiene en orden a determinar si la nulidad de dichas cláusulas arrastra a la totalidad de los contratos en que se insertan o si, por el contrario, tan sólo afecta a la cláusula sin mayor proyección contractual*».

En relación al primero de los supuestos, la nulidad de la cláusula de cancelación anticipada sin que ello afecte al resto del contrato (manteniéndose por tanto las liquidaciones practicadas y permitiéndose simplemente el desistimiento de la operación, sin coste), podemos acudir a la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 380/2016 de 3 de junio. En aquella ocasión se declaró que si el error es sustancial y relevante, y además inexcusable, podría viciar la totalidad del contrato, pero no declararse por este motivo la nulidad de una parte con la subsistencia del resto del contrato.

Otra zona gris que debía ser esclarecida por la jurisprudencia, era la relativa a los efectos de la nulidad por vicios del consentimiento, y si éstos pueden traer aparejada una nulidad parcial

Percibase la contradicción que esconde la tesis contraria. Si el error se proyecta únicamente frente a un concreto pacto del negocio, tal vicio no será invalidante si no afecta a un extremo esencial. Y si se considera esencial el error padecido, ¿cómo sostener después que el contrato puede subsistir sin la cláusula viciada, esgrimiendo para ello, precisamente, que ésta no es esencial para el negocio? ¿Puede el error en el consentimiento ser tan selectivo que permita eliminar una parte de una estipulación contractual, manteniendo inalterado el resto?

Y trasladada la cuestión al derivado implícito²⁸, es decir, a aquellos derivados financieros que se introducen dentro del clausulado de un contrato principal y que determinan, por ejemplo, el tipo de interés que será aplicable a éste; cabe traer a colación la reciente Sentencia de 13 de julio de 2016, 479/2016, en la que se extrapola la doctrina anterior y se sostiene que la nulidad del derivado, en tanto que condición esencial del contrato, conllevaría inexorablemente la nulidad de éste. De hecho mediante el fallo de la Sentencia acuerda la nulidad

no sólo del «IRS» implícito, sino de toda la operación de préstamo, con los efectos adversos que ello, a la postre, conlleva para el propio demandante.

A conclusión similar ya habían llegado, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, ya citada; o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 2ª, de 14 de noviembre de 2013 (rec. 252/2012).

En contra se situaban, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4ª, de 11 de julio de 2011 (rec. 189/2011) o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14ª, de 30 de abril de 2012 (rec. 727/2011).

IX. CLÁUSULA «REBUS SIC STANTIBUS»²⁹

No ha sido del todo inusual tampoco observar en este tipo de reclamaciones la invocación, como último pedimento subsidiario, de esta doctrina jurisprudencial que sostiene que en todo contrato de tracto sucesivo subyace implícitamente una cláusula, por la cual un cambio esencial de las circunstancias que envolvieron la negociación, permitiría la novación de lo pactado.

Acotada por la doctrina jurisprudencial, ésta siempre ha resaltado su carácter excepcional y su necesaria interpretación restrictiva, por ser una excepción al principio general de «*pacta sunt servanda*».

Los requisitos que deben concurrir³⁰, son: (i) alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de celebrarse el contrato, (ii) desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo, (iii) que no exista otro medio jurídico para compensar el desequilibrio, (iv) buena fe de quien la invoca.

Sin embargo, la aplicación de esta cláusula en este tipo de supuestos nunca ha despertado demasiadas simpatías entre los tribunales. Ello en tanto que (i) la bajada de los tipos de interés pese alcanzar mínimos históricos, forma parte del riesgo inherente de la operación, (ii) la situación actual no estaba fuera de todo cálculo y (iii) la interpretación siempre debe ser restrictiva.

La aplicación de la cláusula rebus sic stantibus en este tipo de supuestos nunca ha despertado demasiadas simpatías entre los tribunales

Por citar algunas resoluciones que desechan expresamente tal posibilidad, haremos referencia a la Sentencia 626/2013 de 29 de octubre de 2013 (rec.

1972/2011) del Tribunal Supremo; a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3ª, de 7 de octubre de 2013 (rec. 3260/2013); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 11ª, Sentencia 393/2014 de 19 de noviembre de 2014 (rec. 295/2014); o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4ª, Sentencia 585/2013, de 11 de diciembre de 2013 (rec. 979/2012)

Todas coinciden en la imposibilidad de aplicar esta doctrina atendiendo a que está en la propia naturaleza del producto «*swap*», contrato aleatorio, la posibilidad de pérdidas o beneficios en función de la contingencia de la fluctuación -al alza o a la baja- de los tipos referenciales de interés variable, lo que a su vez integra el riesgo propio del contrato de «*IRS*». Por ello una fluctuación a la baja del tipo de interés referencial, aun cuando sea acusada, no puede integrarse dentro del concepto de alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de la contratación, premisa para que opere la citada cláusula «*rebus sic stantibus*».

X. CONCLUSIONES

Con las recientes sentencias en torno a la resolución contractual y la necesaria nulidad total del contrato, frente a la nulidad selectiva o nulidad parcial, el Tribunal Supremo termina de perfilar en gran medida su doctrina en torno a la nulidad de los contratos bancarios complejos. Tras toda esta vorágine jurisprudencial, cabe ahora extraer las pautas a las que debemos mirar los operadores jurídicos, a la hora de examinar futuras controversias.

Los principales puntos de la doctrina jurisprudencial analizada, son:

1. El «*dies a quo*» de la caducidad de la acción de anulabilidad por vicios computa a partir del momento en que se toma conocimiento del error, de modo similar a la doctrina de la «*actio nata*». En cualquier caso el Alto Tribunal enumera una serie de indicios que permiten presumir el momento de disipación del error a estos efectos.
2. El incumplimiento de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio pero trae aparejada una presunción «*iuris tantum*» de que éste ha acontecido.
3. Lo que genera la nulidad del contrato es, en cualquier caso, el vicio del consentimiento por error, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información, que no puede fundamentar una

nulidad radical por incumplimiento de normas imperativas.

4. El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto, y no el «*nomen*» o naturaleza que le imputasen erróneamente las partes.
5. El error proyectado sobre el coste de cancelación anticipada sí puede ser de naturaleza esencial y suficiente para anular el contrato.
6. El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error.
7. Ni la falta de lectura del documento contractual, ni la experiencia empresarial o inversora del cliente, por sí solas, eximen a la entidad financiera de cumplir con los deberes de información, bajo riesgo de activación de la presunción «*iuris tantum*».
8. Ni la cancelación anticipada del contrato, ni el cobro de liquidaciones positivas, ni el silencio ante las liquidaciones negativas, ni la contratación de otros derivados con posterioridad son, per se, motivo suficiente para la aplicación de la doctrina de la confirmación de los actos viciados. Será precisa una actuación que implique ineluctablemente el ánimo de renunciar a cualquier reclamación futura.
9. Los deberes de información NO se integran en el bloque contractual de obligaciones de las partes, de tal modo que su vulneración puede dar lugar a un vicio del consentimiento (acción de anulabilidad), pero en ningún caso al incumplimiento del contrato, ni a su resolución (acción de resolución ex artículo 1124 del Código Civil).
10. Si el error del consentimiento relativo a los costes de cancelación anticipada del producto, o al derivado implícito integrado en el contrato principal, se reputa de naturaleza esencial, necesariamente traerá aparejada la nulidad de todo el contrato, y no sólo de las estipulaciones sobre las que se proyecta el error.
11. La aleatoriedad ínsita a los contratos de permuta financiera impiden que las liquidaciones negativas, o el comportamiento desfavorable del activo subyacente puedan subsumirse dentro del requisito de «alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de la contratación», exigido por la jurisprudencia.

Durante más de seis años, desde que comenzara a encrudescerse el debate litigioso en torno a estas figuras contractuales (allá por el año 2009), se ha venido reclamando por los operadores jurídicos una postura uniforme de los tribunales. En pocas ocasiones se ha podido observar con tanta claridad la concurrencia de posturas encontradas en el seno de la jurisprudencia menor.

Contradicciones que, por desgracia, han venido cargadas de ciertos tintes de radicalidad, lo que unido a la masificación sin parangón de este tipo de pleitos, ha contribuido a la asfixia de principios como el de seguridad jurídica o de proporcionalidad.

No resultaba lógico, ni fácil de explicar a un cliente, el hecho de que en ocasiones la estimación o desestimación de su pretensión pudiera depender de la «lotería» que supone que su reclamación caiga en uno u otro juzgado...o peor, en una u otra sección de un mismo tribunal provincial en sede de apelación.

De esta suerte, y por paradójico que pueda resultar, ha estado al orden del día ver cómo distintos juzgados o tribunales se han posicionado a favor o en contra de una de las posturas, defendiéndola a ultranza, e imponiendo después a la parte vencida las costas del procedimiento, por considerar que no existen dudas de hecho ni de derecho sobre la cuestión debatida... ¿cómo no iban a existir dudas de derecho ante la notoriedad de posturas encontradas en el seno de las audiencias provinciales?

Ante esta palmaria confrontación de posturas doctrinales, recaía sobre el Tribunal Supremo la difícil tarea de unificar doctrina y dotar a los operadores jurídicos de una serie de pautas que les permitieran saber a qué atenerse. Ello aunque sólo fuera para reducir el porcentaje de litigiosidad de este tipo de controversias, que poco a poco tienden más a buscar un acercamiento de posturas en sede extrajudicial.

Y es en ese punto donde parece existir cierto titubeo en la postura adoptada por el Alto Tribunal. En una primera instancia (sentencias de 21 de noviembre de 2012 y de 29 de octubre de 2013) se mantiene por la Sala una postura formal que exige al demandante acreditar suficientemente la concurrencia del vicio y termina por desestimar la acción de nulidad.

Posteriormente se dicta la importantísima Sentencia del Pleno de 20 de enero de 2014, por la que se consagra la inversión de las reglas de la carga de la prueba para este tipo de acciones de anulabilidad por vicios del consentimiento sobre contratos complejos. Ésta resolución marca el rumbo para lo sucesivo, revelando que para

este tipo de pleitos no rigen los principios clásicos de la carga de la prueba.

Y sin embargo, apenas un mes después, se dicta la Sentencia de 17 de febrero de 2014, por la que dando un paso atrás y confundiendo a todo el mundo, se vuelve a proclamar la necesidad de que el actor acredite la concurrencia del error, recayendo sobre él la carga de la prueba.

No sin gran esfuerzo, podría intentar defenderse –sin demasiado éxito– que la sentencia de 17 de febrero en realidad no contradice a la de 20 de enero sino que supone un ejemplo de la aplicabilidad de las normas tradicionales de la carga de la prueba en ausencia de defectos de información. O una muestra de cómo la presunción acuñada por la Sentencia de 20 de enero es «*iuris tantum*» y admite prueba en contrario. Pero la realidad es que estos planteamientos no casan bien con el tenor de la resolución, lo que se ve confirmando en el hecho de que esta sentencia no se cite posteriormente en el extenso catálogo de pronunciamientos dictados con posterioridad sobre la materia.

Resulta fascinante el ostracismo al que se ha delegado a las SSTs de 21 de noviembre de 2012, 29 de octubre de 2013 y 17 de febrero de 2014 (todas del ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz), que simplemente no se citan en las posteriores resoluciones ¿por qué tanto reparo en decir que se ha cambiado de dirección? ¿Acaso no es preferible un lenguaje claro y directo?

Pero lo que verdaderamente cuesta concebir es que tras una resolución de Pleno como la de enero de 2014 se dicte otra sentencia como la de febrero de 2014 que, aparentemente parece decir lo contrario –y de hecho, insistimos, no se cita en las posteriores, omitiéndose como si nunca hubiera existido–, y sin que medie ningún tipo de voto particular. Una clara disfunción sobre la que el Alto Tribunal ha decidido sin más, en nuestra opinión, «correr un tupido velo».

En cualquier caso, tras este tropiezo inicial corresponde ahora al tribunal central mantener la coherencia interna en sus pronunciamientos, preservando así esa apariencia de seguridad jurídica que ha conseguido crear. Cualquier titubeo en este sentido es, a nuestro parecer, susceptible de reabrir un debate que no está ni mucho menos totalmente cerrado. No se olvide que los conceptos abiertos pueden dar lugar a interpretaciones muy dispares, pues cada juez interpretará el caso concreto de acuerdo con su buen entender. Después de todo, como ya apuntara Walter Lippman «*donde todos piensan igual, nadie piensa mucho*».

XI. BIBLIOGRAFÍA

- CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ. *Derecho Civil español, común y foral Tomo I, volumen 2º*. 1984. Reus Editorial.
- DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. *Negocio Jurídico*. Civitas. Pág. 102.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial I*, Civitas, 2007, (pág.209).
- FERNANDEZ GIL, CRISTINA. *La Ley de Enjuiciamiento Civil Comentada*. Editorial Tecnos. 2010.
- JUAN GÓMEZ, MATEO. «Aproximación práctica a la figura del interest rate swap o permuta financiera de tipos de interés», *Diario La Ley*, Nº 7581, Año XXXII, 3 de Marzo de 2011, Ref. D-96, Editorial LA LEY.
- JUAN GÓMEZ, MATEO. «El desprestigio de los swaps», *Revista El Notario del Siglo XXI*, número 38. Julio-agosto de 2011, página 59 y siguientes.
- JUAN GÓMEZ, MATEO. «Interest Rate Swaps. A vueltas con el error vicio». *Revista El Notario del Siglo XXI*, número 55, mayo-junio 2014.
- O' CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER. *Compendio de Derecho Civil. Tomo 2 (Obligaciones y Contratos) vol. - 1*. Lección 8: Perfección y consumación del contrato.
- VON JHERING, RUDOLF. *El Fin del Derecho («Der Zweck im Recht»)*, Vol. I. Año 1877.

NOTAS

- 1 Gustavo Adolfo Bécquer. Rima LII. *Rimas y Leyendas*. Pehuén Editores. 2001.
- 2 Evangelio San Marcos 2, 22: «Tampoco se echa vino nuevo en odres viejos; porque el vino revienta los odres, y se pierden el vino y los odres; a vino nuevo, odres nuevos».
- 3 Ya expusimos en otro lugar (Aproximación práctica a la figura del interest rate swap o permuta financiera de tipos de interés. *Diario La Ley*, N.º 7581, Año XXXII, 3 de Marzo de 2011, Ref. D-96, Editorial LA LEY). «Tal condicionamiento o dependencia con la esfera económica y social puede provocar también que una coyuntura económica como la actualmente reinante dote de protagonismo a figuras que se habían mantenido en un plano secundario hasta el momento. Esta circunstancia es especialmente apreciable respecto de la permuta financiera o swap, tipo contractual anglosajón introducido en el ordenamiento jurídico español por nuestros operadores económicos décadas atrás y que, sin embargo, actualmente goza de una popula-

ridad –o mejor, impopularidad– sin precedentes. Las asociaciones de consumidores y usuarios dirigen contra ella sendas reclamaciones administrativas y judiciales, a la par que las distintas entidades financieras se esfuerzan en defender las bondades de este producto bancario que llevan años comercializando sin mayores incidencias.»

4 Rudolf von Ihering. *El Fin del Derecho* («*Der Zweck im Recht*»), Vol. I. Año 1877.

5 Aproximación práctica a la figura del interest rate swap o permuta financiera de tipos de interés. *Diario La Ley*, N.º 7581, Año XXXII, 3 de Marzo de 2011, Ref. D-96, Editorial LA LEY. O también El desprestigio de los swaps. Revista *El Notario del Siglo XXI*, número 38. Julio-agosto de 2011, página 59 y siguientes. Igualmente Interest Rate Swaps. A vueltas con el error vicio. Revista *El Notario del Siglo XXI*, número 55, mayo-junio 2014.

6 Sin olvidar que la histórica Sentencia de 11 de junio de 1963 declaró con carácter general una presunción de caducidad, al proclamar: «dentro CC hay numerosas preceptos en que se señalan plazos especiales para el ejercicio de ciertos derechos. No está claro ni alude en cada caso a plazos de prescripción o a plazos de caducidad. Pero debe entenderse, en caso de duda, que el plazo es de caducidad, por ser más acorde esta institución con las modernas tendencias procesales y civiles».

7 *Derecho Civil español, común y foral Tomo I*, volumen 2º. 1984.

8 *Compendio de Derecho Civil. Tomo 2 (Obligaciones y Contratos)* vol. - 1. Lección 8: Perfección y consumación del contrato.

9 *La Ley de Enjuiciamiento Civil Comentada*. Editorial Tecnos. 2010.

10 *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial I*, Civitas, 2007, (pág.209).

11 *Negocio Jurídico*. Pág. 102.

12 A modo de ejemplo:

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 5 de marzo de 2012: «no basta con la afirmación de que existió una prestación del consentimiento viciada, un error en tal prestación o una maquinación para obtenerla, o la manifestación de que no existía causa para que se imponga a la demandada la carga de acreditar lo contrario, desde el momento en que lo que se presume es que cuando una entidad mercantil suscribe un contrato, sabe lo que suscribe»
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 31 de mayo de 2011: «Pero es que además las alegaciones relativas al error en cuanto vicio del consentimiento necesitan para su prosperabilidad la prueba cumplida de la existencia de tal vicio, pues el mismo no se presume, cuya carga probatoria incumbe a quien lo alega en tanto que hecho constitutivo de la pretensión formulada en la demanda».
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila de 9 de septiembre de 2010: «la carga de la prueba de que

se produjo error o dolo a la hora de celebrarse el contrato, que afectó al consentimiento que prestó el Sr. -como representante legal de la mercantil- corría a cargo de esta entidad, y no del Banco»

13 Véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1963.

14 SAP 143/2009 Álava, Secc. 1ª, de 9 de abril de 2009 (rec. 97/2009).

15 En idéntico sentido Sentencias de 8 de enero de 1962, 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997, entre otras muchas.

16 «No es necesario que las negociaciones previas sean meticulosas pues basta con que el firmante se entere pues ni se trata de una persona inculta, ni puede afirmarse que no ha sido debidamente asesorada, debiendo entenderse según las reglas del criterio humano que nadie es tan ingenuo como para firmar sin saber lo que firma».

17 «Si la demandada firmó el documento con el consentimiento de que estaba firmando otra declaración distinta, se trata de un error excusable pues la mínima diligencia de leer el documento antes de firmarlo hubiera evitado, en su caso, ese alegado error».

18 «No puede imputarse a la otra parte la negligencia que implica firmar un contrato sin leer sus cláusulas una vez tiene ocasión de hacerlo».

19 Puede resultar de interés la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de enero de 2009.

20 En sentido similar, Sentencia de Audiencia Provincial de Las Palmas, 2 de Octubre de 2008.

21 El término evolucionó a partir del principio «*Qui tacet non asseverat, sed est vero qui non negat*», según el cual el que calla no asevera, pero es cierto que no niega. La tesis más contemporánea, defendida por la Sala Primera del Tribunal Supremo, aboga por un término medio: que el silencio sólo puede equivaler al asentimiento cuando quien calla viniera obligado a manifestar su voluntad contraria según las exigencias de la buena entre las partes o los usos generales en el tráfico (por todas, Sentencia de 29 de febrero del año 2000)

22 Modificada por varias otras, como la Circular 4/1998, la 3/1999 ó la 3/2001.

23 Para un estudio más en profundidad sobre el contenido de la información que debe ser facilitada por la entidad financiera al cliente bancario, recomendamos la STS núm. 668/15 de 4 de diciembre de 2015. Y en cuanto a un derivado financiero implícito, la STS 450/2016 de 1 de julio.

24 «...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. 79bis.3 LMV,

pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información».

25 «Sin perjuicio de que en estos casos hayamos entendido que la falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. No es que este incumplimiento determine por sí la existencia del error vicio, sino que permite presumirlo».

26 En sentido similar pueden citarse, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 4ª, de 12 de enero de 2016.

27 En idéntico sentido, y apenas dos semanas antes de la resolución del Alto Tribunal, sostuvo la misma tesis la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Baleares, en Sentencia 216/2016 de 29 de junio (rec. 166/2016).

28 Las Directrices del European Securities and Markets Authority definen el derivado implícito como un componente de un instrumento de deuda que causa que

la totalidad o parte de los flujos de efectivo de un instrumento se modifiquen de acuerdo con una o varias variables definidas. Por su parte, las NIC (normas internacionales de contabilidad) se refieren a éste como un componente de un instrumento financiero híbrido (combinado) que también incluye un contrato principal no derivado, cuyo efecto es que algunos de los flujos de efectivo del instrumento combinado varían de forma similar al derivado, considerado de forma independiente. Un derivado implícito provoca que algunos, o todos, los flujos de efectivo de un contrato se modifiquen, de acuerdo con un determinado tipo de interés, el precio de un instrumento financiero, el precio de una materia prima cotizada, un tipo de cambio, un índice de precios o de tipos de interés, una calificación o índice de carácter crediticio, o en función de otra variable.

29 «*Contractus qui habent tractum succesivum vel dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelligitur*».

30 Por todas, STS de 27 de junio de 1984 y 19 de abril de 1985.