

TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS CONTRATOS DE PERMUTA FINANCIERA EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL Y SU ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Sandra VALLDAURA LACAMBRA

Secretaria Interventora Tesorera. Ayuntamiento de Riudarenes (Gerona)

Trabajo de evaluación presentado para el Curso de estudios avanzados sobre tesorería y recaudación. CEMCI.

SUMARIO:

1. Introducción.
2. El swap o permuta financiera
3. Naturaleza jurídica del contrato se swap, desde un punto de vista jurisprudencial y de la administración pública
4. La contratación pública y el swap
5. La Directiva 2004/39 CE y su transposición
6. Los ayuntamientos como clientes minorista
7. El consentimiento como causa de anulación del contrato
8. El deber de información
9. Incumplimiento de los test adecuación e idoneidad
10. El Alcalde, representante del Ayuntamiento y los conocimientos del producto financiero swap
11. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

La administración local para poder ejecutar la inversión establecida en su presupuesto anual requiere, en muchos casos, de financiación externa, que se materializa a través de formalización de operaciones de endeudamiento a largo plazo.

En el capítulo VII del Título Primero del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL) aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004 de 5 de marzo, se encuentra regulado el régimen de endeudamiento de las entidades locales.

A partir de la promulgación de la modificación legislativa en la Disposición final primera del Real Decreto-ley 17/2014, de 26 de diciembre, de medidas de sostenibilidad financiera de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales y otras de carácter económico, se modifica el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, introduciendo en el ámbito local el Principio de Prudencia Financiera (art. 48.bis).

La introducción del principio de prudencia financiera implica que todas las operaciones financieras que suscriban las Corporaciones Locales desde ese momento están sujetas a dicho principio, entendiéndose por prudencia financiera: el conjunto de condiciones generales que deben cumplir las operaciones financieras para minimizar su riesgo y coste. En definitiva, el Estado establece un marco de condiciones financieras al que deben adaptarse las operaciones que suscriban las entidades sometidas al principio: límite de coste máximo, limitaciones generales y prohibiciones.

Se establece por tanto que «todas las operaciones financieras que suscriban las Corporaciones Locales están sujetas al principio de prudencia financiera». Para ello, este mismo artículo disponía en su apartado 3 que la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera definiría dicho principio en lo referido a las operaciones con pasivos financieros. Es aplicable por tanto no sólo a los pasivos financieros (deuda que emitan las EELL), sino también a los activos financieros y avales.

Pero anteriormente a este principio, los ayuntamientos realizaban operaciones que se enmarcaban en el siguiente esquema:

- a) Fuerte reducción de la competencia bancaria y limitación en el acceso al mercado de capitales.
- b) Escasa capacidad de negociación de las EELL/CCAA.
- c) Heterogeneidad de precios entre entidades homogéneas.
- d) Introducción de cláusulas en contratos de préstamos y derivados abusivas, que no seguían el decálogo de buenas prácticas bancarias

Ante la jurisprudencia dictada, entre la que destacamos, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014, número 840/2013, sala 1ª, de lo Civil**, entre otras, se abre un nuevo paradigma en el que se establecen unos parámetros que permiten a la administración interponer acciones judiciales contra los bancos por los préstamos otorgados con un swap o permuta financiera vinculados en su operación.

Los ayuntamientos des de la promulgación de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, y concretamente del artículo 32 en el que se establece: “ *que en el supuesto de que la liquidación presupuestaria se sitúe en superávit, este se destinará, en el caso del Estado, Comunidades Autónomas, y Corporaciones Locales, a reducir el nivel de endeudamiento neto siempre con el límite del volumen de endeudamiento si éste fuera inferior al importe del superávit a destinar a la reducción de deuda..*”, cuando deben proceder a la aplicación de este artículo, en muchos casos, las clausula swap o de permuta financiera impone el abono de casi todos o de todos los intereses que deben devengarse hasta la amortización de la parte proporcional de la deuda que se quiere abonar, suponiendo para los ayuntamientos un importe de gran envergadura que se deja de amortizar de la deuda principal.

El interés de este trabajo radica en la necesidad de proceder a un análisis de la situación actual, des de un punto de vista jurisprudencial, del paradigma jurídico acaecido

des de la nueva situación jurídica con el fin de tener la capacidad de determinar la viabilidad de interponer la correspondiente demanda judicial

2. EL SWAP O PERMUTA FINANCIERA

Un **swap**, o **permuta financiera**ⁱⁱ, es un contrato por el cual dos partes se comprometen a intercambiar una serie de cantidades de dinero en fechas futuras. Normalmente los intercambios de dinero futuros están referenciados a tipos de interés, llamándose **IRS** (Interest Rate Swap) aunque de forma más genérica se puede considerar un **swap** cualquier intercambio futuro de bienes o servicios (entre ellos de dinero) referenciado a cualquier variable observable.

Las entidades que los comercializan tienen como objetivo cubrir el posible riesgo de subidas del tipo de interés, dando la oportunidad de cubrir todo o parte del endeudamiento que el cliente tenga a tipo variable.

Según las entidades el cliente al contratar estos productos reduce el coste de financiación en caso de subida del Euribor, permite una cobertura genérica del endeudamiento formalizado con otra entidad financiera, amortigua las variaciones del tipo de interés. Se trata de un instrumento financiero concertado con la finalidad de proteger al cliente de las subidas que puedan acarrear los tipos de interés de aplicación a sus operaciones de pasivo y, por tanto, se trata de un mecanismo para estabilizar en la medida de lo posible sus costes financieros. Concretamente, se intercambia con la entidad financiera cuotas de tipo de interés referencial a aplicar sobre un importe no real, por eso llamado *nocional*, de tal forma que en caso de subida del tipo referencial y por ende de incremento del coste financiero de las operaciones de pasivo del cliente (con igual o diversa entidad con el que suscribe el mentado contrato), viene cubierto por el abono que le efectúa la entidad financiera y en caso de bajada de tal tipo de interés (por ende, menor coste financiero en operaciones de pasivo), el cliente debe abonar aquello que no ha devengado en su coste financiero a la entidad con la que contrata el negocio, de tal forma que finalmente por tal vía puede el cliente hacerse una previsión de estabilidad de sus costes financieros. Ciertamente no es necesario que tal contrato esté vinculado a una determinada operación de pasivo, siendo autónomo e independiente y puede ser concertado en referencia bien al global de pasivo o bien con referencia a una o varias operaciones de tal naturaleza.

Si consultamos la jurisprudencia encontramos varias sentencias que definen el contrato denominado swap o permuta financiera, como es la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sec.1ª, de fecha 4 de abril de 2011**, en la que se establece dentro de la modalidad de tipos de interés, " como el acuerdo que consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocional), los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés, (aunque no son tales en sentido estricto, pues no hay en realidad acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato y más

concretamente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o viceversa, acreedor”.

Este tipo de contratos consisten en una permuta financiera en la que en lugar de intercambiarse dos cosas entre los contratantes, que es la forma tradicional, se intercambian (swap en inglés) dos prestaciones dinerarias. En el caso que nos ocupa, pagos futuros de intereses y de inflación, durante un periodo de tiempo establecido y sobre una cantidad determinada, que en ningún caso es objeto de entrega por alguna de las partes

3. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE SWAP, DESDE UN PUNTO DE VISTA JURISPRUDENCIAL Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

La jurisprudencia ha constatado que la permuta financiera se trata de un contrato bilateral, sinalagmático, consensual, con obligaciones recíprocas para cada parte, en cuanto que, según los tipos referenciales pactados, aplicados sobre el importe nominal se determinará que la liquidación produzca un saldo negativo (cargo para el cliente) o positivo (abono para el cliente) y con resultado aleatorio en cuanto a la aplicación efectiva del concreto tipo de interés, al enfrentarse a un tipo referencial fijo frente a otro de carácter variable sometido a las fluctuaciones de los mercados financieros. Esta operación, si bien atípica, es válida y eficaz al amparo del artículo 1255 Código Civil, y desde luego, puede ni debe cuestionarse que se trate de un contrato de seguro al faltar un elemento definidor, cual es el pago de prima, aunque la nota semejante que puede apreciarse es la finalidad de cubrirse los riesgos de las subidas de los tipos de interés y por tanto, de los mayores costes financieros, tratándose, además, de un contrato de gestión de riesgos financieros.

La Audiencia Provincial de La Rioja se ha manifestado en **Sentencia de 14 febrero 2003, número 28/2003, recurso 345/2002**, en cuyo tercer fundamento de derecho se expone:

“En el caso de autos, no ofrece duda que las partes litigantes se encuentran vinculadas por un contrato sinalagmático y aleatorio, atípico, complejo y de carácter financiero, por mor del cual, y con respecto a una cantidad de referencia denominada nominal, que no se entrega, se comprometen a intercambiarse recíprocamente intereses, según liquidaciones periódicas por compensación, en función de la evolución real de un índice o activo subyacente, constituido por un tipo de interés determinado.

Pese a la críptica rúbrica que encabeza los contratos objeto de esta "litis" ("contratos de cobertura de tipos de interés", denominación ésta que al utilizar equívocamente la expresión "cobertura" parece remitirnos al ámbito del contrato de seguro, cuando lo cierto es que no es así) nos encontramos en realidad es ante un contrato de permuta financiera de tipos de interés o en la terminología anglosajona "swap" (intercambio), empleándose igualmente las expresiones "IRS" (Interest Rate Swap) y permuta financiera entre otros. En ellos las partes se comprometen a intercambiar un tipo de interés fijo por otro variable, de manera tal que resultará beneficiado, en las liquidaciones correspondientes, quien haya pactado el interés fijo si el variable es

superior, o por el contrario el que haya pactado el interés variable si éste es inferior al fijo contratado.

En el propio contrato marco de operaciones financieras elaborado por la Asociación Española de Banca Privada (AEB), no suscrito en este caso por las partes litigantes, se define al contrato de permuta financiera de tipos de interés (Interest Rate Swap), como aquella "operación por la cual las Partes acuerdan intercambiarse entre sí el pago de cantidades resultantes de aplicar un Tipo Fijo y un Tipo Variable sobre un importe Nominal y durante un Periodo de Duración acordado", recogándose como modalidades entre otras la permuta de tipos de interés día a día (Call Money Swap u Overnight Indexed Swap) y de tipos de interés variable (Basis swap). En la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 2010, se señala que los Swaps de tipos de interés consisten "en una permuta financiera en la cual las partes acuerdan el intercambio de intereses calculados sobre un mismo valor nominal".

"Por el contrario, se trata de productos novedosos y desconocidos en la práctica comercial minorista en la que se movían los demandantes, al tiempo de su comercialización de tal producto, en el año 2008."

"Es un contrato de adhesión, en tanto en cuanto sus cláusulas son impuestas unilateralmente por la entidad bancaria."

"Es un contrato de naturaleza aleatoria y también, especulativa, pues las recíprocas prestaciones de las partes se encuentran sujetas a un factor incierto como lo constituye la evolución del tipo de interés de referencia pactado, ello determina que nos hallemos ante productos de riesgo; máxime, dadas las concretas condiciones pactadas, como sucede en el caso objeto de este litigio, que colocaban a la entidad demandada en una situación privilegiada, que rompía con el equilibrio de las prestaciones."

Finalmente, los contratos de este tipo no tienen, efectivamente, la naturaleza de un contrato de seguro, sin perjuicio que hubiera sido comercializado bajo tal fórmula, conforme ha quedado acreditado por todas las **Sentencias de la Audiencia Provincial de Huelva, Sec. 3a, de fecha 4 de junio de 2012 y de la Audiencia Provincial de Rioja de fecha 31 de julio de 2013, sentencia núm. 254/2013**, habida cuenta que faltaría un elemento definidor, cual es el pago de la prima, si bien la utilización del término "cobertura" de la denominación del contrato se presta a evidentes equívocos.

Debemos considerar que, desde la perspectiva de una entidad bancaria, que se constituye bajo la fórmula de una sociedad mercantil con ánimo de lucro, los swaps no dejan de constituir una operación comercial o financiera pactada con la esperanza de obtener beneficios basados en las variaciones de los precios o de los cambios.

De otro lado, interesa destacar que el contrato de permuta de intereses, en cuanto suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiñe de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del art. 1.799 Código Civil atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los

mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes.

En el mismo sentido encontramos las sentencias de **SAP La Rioja ,6 marzo 2013, número 80 2013, recurso 91/2012; 22 febrero 2013, número 64/2013, recurso 47/212; 24 abril 2013, número 145/2013, recurso 110 2012; 4 abril 2013, número 124/ 2013, recurso 73/2012.**

La AP de La Rioja en sentencia de fecha 31 de julio de 2013, **Sentencia núm. 254/2013**, lo considera como un producto financiero de carácter especulativo.

La **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 11, de fecha 1 de febrero de 2013, núm. 67/2013, recurso 280/2012**, lo califica como contrato “ciertamente complejo” y de “difícil entendimiento.

La **Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, sección 1, de fecha 4 de abril de 2011**, lo caracteriza como un producto complejo, de elevado riesgo que requiere, tanto para su comercialización, como para su utilización, a profesionales expertos y una información clara y exhaustiva. En este sentido, según la citada sentencia, les es de aplicación la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en su art. 2 (mercado secundario de valores, futuros y operaciones financieras).

La **Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 3a, de fecha 4 de junio de 2012**, señala que el swap es un producto financiero complejo con casi medio siglo de historia pensado, principalmente para empresas y autónomos. La citada sentencia señala: *“La expansión en España del IRS, es consecuencia de la evolución descendente de los tipos de interés en 2008 comportó que a partir de esos días las liquidaciones de un elevado número de IRS fueran negativas y supuso, por ende que las entidades empezasen a exigir a sus suscriptores el saldo resultante. Ante esta situación un elevado número de clientes, disconformes con el funcionamiento del IRS (según algunos; de los que realmente había suscrito) iniciaron acciones solicitando, la anulación del contrato basándose en la existencia de vicio en la voluntad, ya fuere error, ya dolo, o incluso presentado ambas peticiones conjuntamente aunque en forma subsidiaria”*.

Como afirma: Ángel Bernardo GALINDO SERRANO, Secretario Interventor del Ayuntamiento de Rincón de Soto (La Rioja) en su artículo *“Breve Manual de Primeros Auxilios para Ayuntamientos con Swaps o Permutas Financieras”*. Autor), el Banco de España ha entendido que, en los casos en que se refieren a créditos concertados con otras entidades financieras, estos productos están relacionados con los mercados de valores ya que no cumplen los requisitos para ser considerados cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés de una financiación concreta obtenida de la entidad, de importe y plazo de vencimiento igual o superior y que cumpla con el objetivo de producir el efecto de transformar la deuda financiera del cliente de tipo variable a tipo fijo, objetivo perseguido por la Ley 36/2003 de Medidas de Reforma Económica, puesto que no existe contrato de financiación formalizado con la entidad financiera comercializadora.

4. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y EL SWAP

Des de un punto de vista de contratación, de acuerdo con el artículo 25 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 que establece: “1. *Tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública:*

a) Los contratos de obra, concesión de obra, concesión de servicios, suministro y servicios. No obstante, tendrán carácter privado los siguientes contratos:

1.º Los contratos de servicios que tengan por objeto servicios financieros con número de referencia CPV de 66100000-1 a 66720000-3 y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos con número de referencia CPV de 79995000-5 a 79995200-7, y de 92000000-1 a 92700000-8, excepto 92230000-2, 92231000-9 y 92232000-6.”.

El artículo 25 se establece a los Servicios financieros: a) servicios de seguros y b) servicios bancarios y de inversión. El artículo 26 establece:” 2. *Los contratos privados que celebren las Administraciones Públicas se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por las Secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley con carácter general, y por sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En lo que respecta a su efectos, modificación y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado.*

No obstante, lo establecido en el párrafo anterior, a los contratos mencionados en los números 1.º y 2.º de la letra a) del apartado primero del artículo anterior, les resultarán de aplicación, además del Libro Primero de la presente Ley, el Libro Segundo de la misma en cuanto a su preparación y adjudicación. En cuanto a sus efectos y extinción les serán aplicables las normas de derecho privado, salvo lo establecido en los artículos de esta Ley relativos a las condiciones especiales de ejecución, modificación, cesión, subcontratación y resolución de los contratos, que les serán de aplicación cuando el contrato esté sujeto a regulación armonizada.”

5. LA DIRECTIVA 2004/39 CE Y SU TRANSPOSICIÓN

Muchos contratos de préstamo que contienen las cláusulas swap, cuando se contrataron aún no se había transpuesto la Directiva 2004/39 CE por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, de Mercado de Valores.

La Ley 47/2007, de 19 de diciembre modificó los artículos 1 de la Ley del Mercado de Valores de 28 de julio de 1988 y el capítulo I del Título VII que fija las normas de conducta aplicables a quienes presten servicios de inversión, a fin de

incorporar al ordenamiento jurídico español las siguientes Directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva y la Directiva 2006/49/CE de Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito. Y entró en vigor el día 21 de diciembre de 2007.

Por lo tanto, el marco legal se encuentra en la propia Ley de Mercado de Valores y en el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, cuya finalidad era desarrollar varios preceptos de la misma, entre ellos, el artículo 78. Ahora bien, ya había pasado el plazo para trasponer al Derecho español la Directiva 2004/39/CE, pues de acuerdo con el artículo 70, los Estados miembros tenían hasta el 31 de enero del 2007 para incorporarla al Derecho interno, lo cual no se hizo por el Estado español, hasta que por Ley 47/2007 se modificó la Ley de Mercado de Valores, con lo cual si dicha Directiva se publicó en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el día 30 de abril del 2004, en dicha fecha ya era de aplicación directa, con lo cual en la fecha de formalización de todos los contratos tal Directiva estaba en vigor. Ahora bien, debe plantearse hasta qué punto el efecto directo de una Directiva no traspuesta en el plazo establecido es de aplicación a las relaciones entre particulares, pues entre particulares y el Estado miembro el efecto directo es incuestionable.

En esta cuestión, la jurisprudencia del TJCE ha evolucionado hasta sentar una serie de premisas fundamentales. En primer lugar, en la noción amplia del concepto de Estado como sujeto obligado a hacer efectiva la Directiva y, consecuentemente, a proteger los derechos de los particulares que nazcan de dichas Directivas, se ha incluido a los jueces nacionales: en las situaciones en las que interviene el Estado a través de sus jueces, el mismo está obligado a alcanzar el resultado de la Directiva. Ante la falta de transposición, o en caso de transposición incorrecta por los poderes públicos competentes, se traslada a los jueces, también órganos del Estado, la obligación de tomar las medidas necesarias para alcanzar en el litigio concreto el resultado querido por la Directiva. El juez, en nombre del Estado, hará respetar las obligaciones adquiridas por el Estado aplicando la Directiva. El juez nacional no puede dictar sentencias contraviniendo una disposición comunitaria obligatoria.

A estos efectos, es de especial transcendencia el art. 5 TCEE. Este precepto establece que «los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad».

Esta nueva vía para completar los efectos de las Directivas se basa en la obligación del juez, aplicable a toda situación en que esté en juego una norma comunitaria, de interpretar el Derecho nacional conforme a la norma comunitaria (**Sentencias de 20 de**

mayo de 1976, caso Mazzalai; de 10 de abril de 1984, caso Von Colson y Kamann ; de 20 de septiembre de 1988, caso Greboeders Beentjes).

La obligación de interpretar el Derecho nacional a la luz de la letra y de la finalidad de la norma comunitaria cobra especial transcendencia cuando tal norma comunitaria es el precepto, preciso e incondicionado, de una Directiva no transpuesta en plazo, o transpuesta incompleta o defectuosamente. Dado que los jueces nacionales, como autoridades del Estado miembro, tienen la obligación de contribuir a lograr el resultado de la Directiva, deben interpretar tanto el Derecho nacional anterior a la Directiva como el posterior, introducido o no para transponer la Directiva, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva.

En este sentido es especialmente importante la **Sentencia de 13 de noviembre de 1990 (caso Marleasing)**. Dicha sentencia fue dictada para resolver la cuestión prejudicial planteada por un juez español en el curso de un litigio planteado entre dos sociedades mercantiles privadas, por lo que se trataba de la aplicabilidad de una norma de una Directiva comunitaria no transpuesta a una relación horizontal.

El TJCE, si bien en el apartado 6º de la sentencia recordaba la afirmación contenida en la sentencia de 26 de febrero de 1986 (caso Marshall) de que «una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una Directiva no puede, por consiguiente, ser invocada, en su calidad de tal, contra dicha persona», sin embargo en el apartado 8º transcribe la declaración hecha en la **Sentencia de 10 de abril de 1984 (caso Von Colson y Kamann)** en los siguientes términos:

«La obligación de los Estados miembros, dimanante de una Directiva, de alcanzar el resultado que la misma prevé, así como su deber, conforme al art. 5 TCEE, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, con inclusión, en el marco de sus competencias, de las autoridades judiciales».

Tras esto, la sentencia afirma que «de ello se desprende que, al aplicar el Derecho nacional, ya sea disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarla, está obligado a hacer todo lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva, y de esta forma, atenerse al párrafo tercero del art. 189 TCEE».

Basándose en dicho razonamiento, y teniendo en cuenta que la cuestión prejudicial planteada versaba sobre la prohibición contenida en el art. 11 de la Directiva 68/151/CEE, del Consejo, relativa a la coordinación de las legislaciones nacionales en ciertas materias de Derecho de sociedades, de declarar la nulidad del contrato creador de una sociedad anónima por causas distintas a las enumeradas taxativamente en dicho precepto, el TJCE falló que «el juez nacional. está obligado a interpretar su Derecho nacional a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Directiva con el fin de impedir que se declare la nulidad de una Sociedad Anónima por una causa distinta de las enumeradas en su art. 11 (de la Directiva citada)».

En consecuencia, el TJCE impone al juez nacional, como poder del Estado obligado a alcanzar el resultado buscado por la Directiva no transpuesta, que interprete su Derecho nacional a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva para obtener el efecto útil buscado por dicha Directiva.

La diferencia, pues, entre la eficacia de las normas claras e incondicionadas de una Directiva no transpuesta en una relación vertical y en una relación horizontal cada vez se han hecho más tenues.

Por otra parte, no es preciso que se haga una invocación expresa de la norma comunitaria, en este caso la Directiva, por alguna de las partes del litigio que se sigue ante la jurisdicción nacional. El TJCE se ha pronunciado sobre la posibilidad de aplicación por el juez nacional de una Directiva comunitaria aun cuando la misma no haya sido invocada por el justiciable. En la **Sentencia de 11 de julio de 1991 (caso Verholen)** el TJCE falló que «el Derecho Comunitario no se opone a que un órgano jurisdiccional nacional aprecie de oficio la conformidad de una normativa nacional con las disposiciones precisas e incondicionales de una Directiva cuando el plazo de adaptación del Derecho nacional a la misma haya vencido, en el caso de que el justiciable no haya invocado ante el órgano jurisdiccional los derechos que le confiere la Directiva». En este sentido se pronuncia también la **Sentencia núm. 242/16, de la AP sección primera de Girona de fecha 19 de septiembre de 2016.**

6. LOS AYUNTAMIENTOS COMO CLIENTES MINORISTAS

La administración local requiere, en multitud de ocasiones, para financiar el Plan de inversiones del Presupuesto municipal la concesión de préstamos. En algunos supuestos tales préstamos dieron lugar a que el consistorio se expusiera a un clarísimo riesgo financiero, habida cuenta que subscribía préstamos vinculados a swap y actualmente muchos ayuntamientos están vinculados a ellos.

Los ayuntamientos deben ser considerados como clientes minoristas o no profesionales lo que implica la necesidad de que la entidad financiera informe adecuadamente de las características y riesgo de los productos financieros suscritos. Por lo tanto, el vicio en el consentimiento deriva de la actuación o de la omisión de la parte contratante y no del propio proceso administrativo en la formación de la voluntad.

Aunque para subscribir el contrato se requiere del preceptivo informe del interventor municipal, aunque tal interventor es un profesional cualificado que debe conocer necesariamente la contratación de permuta financiera, hemos de tener en cuenta que el Ayuntamiento no es un cliente minorista de acuerdo con el artículo 78 bis de la Ley del Mercado de Valores, tras la redacción dada por la Ley 47/2007, que sólo considera profesionales al Estado y a las Administraciones Regionales, reproduciendo a Directiva 2005/39/CE del Parlamento Europeo.

En este sentido se ha pronunciado la **Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de 19/11/2004**, que señala lo siguiente: “Asimismo también es necesario

precisar que, en contra de lo apuntado por la entidad financiera demandada, el Ayuntamiento no tiene la consideración de cliente profesional a los efectos del artículo 78 bis de la Ley de Mercado de Valores en su redacción dada por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre. Según dicho precepto, tendrán la consideración de clientes profesionales aquéllos a quienes se presume la experiencia, conocimiento y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos, añadiendo que en particular tendrán esta consideración los Estados y Administraciones regionales, entre los que no se encuentra el Ayuntamiento de Masquefa que forma parte de la Administración Local”. Siguiendo esta misma línea se pronuncian la **Audiencia Provincial de Elche en sentencia de 7 de octubre de 2014, la de Pamplona en sentencia de 2 de junio de 2014 y la de La Rioja de 31 de julio de 2013.**

El **Tribunal Supremo en sentencia de 20 de enero del 2014** establece: “6 Normativa aplicable al contrato de swap cuya nulidad se pretende. Ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional.

La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto.”

7. EL CONSENTIMIENTO COMO CAUSA DE ANULACIÓN DEL CONTRATO

En la **Sentencia Audiencia Provincial de La Rioja, núm. 254/2013 de 31 Jul. 2013, Rec. 225/2012** se establece que “Dichos contratos son un producto complejo de elevado riesgo que requiere, tanto para su comercialización, como para su utilización, a profesionales expertos y una información clara y exhaustiva. En este sentido, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, aplicable a la operación de autos al venir considerada por el Banco de España incurso dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras -art.2 LMV-), establece como anexo un código de conducta en el que, entre otras cosas, se exigía:

- Que las Entidades ofrezcan y suministren a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión, debiendo dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos.

- Que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los

riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata.

El Tribunal Supremo en sentencia de 20 de enero del 2014, número 840/2013, sala 1ª, de lo Civil en la que se aprecia el error en el consentimiento por falta de información en el producto, se establece: “Normativa aplicable al contrato de swap cuya nulidad se pretende .Ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto.

Para entender bien el alcance de la normativa específica, denominada MiFID por ser las siglas del nombre en inglés de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros (Markets in Financial Instruments Directive), de la que se desprenden específicos deberes de información por parte de la entidad financiera, debemos partir de la consideración de que estos deberes responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate.

Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el artículo 7 del Código Civil y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (The Principles of European Contract Law -PECL-cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica " Good faith and Fair dealing " ("Buena fe contractual"), dispone como deber general: " Each party must act in accordance with good faith and fair dealing " ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe").Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran en este caso los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar.

En lo que ahora interesa, que es determinar el alcance de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera en la contratación con inversores minoristas de productos financieros complejos, como es el swap , al tiempo en que se llevó la contratación objeto de enjuiciamiento (13 de junio de 2008),"las normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes “del art. 19 Directiva 2004/39/CE ya habían sido traspuestas a nuestro ordenamiento por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales arts. 78 y ss. de la Ley 24/1988,

de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante LMV). También había entrado en vigor el RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación.”

En la citada sentencia se establecen en referencia al análisis de la información que se debe otorgar por parte de las entidades bancarias:”...2 el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público", todo ello como especifica el art. 4.4 Directiva 2004/39/CE que define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como " la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros ". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que "se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales.

Así mismo se especifica que “El art. 64 RD 217/2008, de 15 de febrero, regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe "proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional ". Y aclara que esta descripción debe " incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas ".

En su apartado 2, concreta que " en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

1. Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.
2. La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.
3. La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.
4. Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento".

Esta doctrina especificada en esta sentencia confirma la especificada en la sentencia de esta misma Sala de fecha 12 de diciembre de 2011, en la que se apreciaba el error en el consentimiento por falta de información en un producto similar al swap.

El Tribunal Supremo, en la **Sentencia referenciada (número 840/2013, sala 1ª, de lo Civil)**, realiza un análisis sobre el error en el consentimiento, invocando el artículo 1266 del código civil en relación con el art. 1265 y los arts. 1300 y ss. Establece que “Sobre esta normativa legal, esta Sala primera del Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina jurisprudencial, de la que nos hemos hecho eco en las ocasiones anteriores en que nos hemos tenido que pronunciar sobre el error vicio en la contratación de un swap, en las **Sentencias 683/2012, de 21 de noviembre , y 626/2013, de 29 de octubre** : Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.”

La Sala establece que para que se pueda hablar de error vicio es “necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

El art. 1266CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos-sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2CC). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato-que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias pasadas, concurrentes o esperadas-y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.”

Así mismo la Sala establece que “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”

En la **Sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7ª** que han sido reiteradamente citadas, se establece que todo este cúmulo de desinformación se traduce en la existencia de un vicio esencial del consentimiento, pues tan parca e incompleta información hace que el consentimiento prestado adolezca de un error esencial e invalidante, no imputable a quien lo alega, por lo que no es predicable del caso que nos ocupa lo señalado por la Sentencia del TS de 17 de febrero de 2005, según la cual es preciso que el mismo no sea imputable a quien lo padece, y tal cosa sucede cuando quien lo invoca podría haberlo eliminado empleando una diligencia normal adecuada a las circunstancias, es decir, una diligencia media teniendo en cuenta la condición de las personas. De acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien no merece dicha protección por su conducta negligente (**Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2003, 12 de julio de 2002 y 30 de septiembre de 1999, entre otras**), y que calificamos de esencial o trascendente, en el sentido declarado, entre otras, por la STS de 17 de julio de 2006 que expresamente afirma «... *tiene tal carácter el error que recaiga sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato, o, en otros términos, que la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste* (**Sentencias de 12 de julio de 2002, 24 de enero de 2003 y 12 de noviembre de 2004**) ». Razones todas ellas que obligan a desestimar el recurso interpuesto, y confirmar la Sentencia apelada, no sin antes precisar, saliendo al paso de las alegaciones que hace el banco apelante, que el hecho de que la demandante haya impugnado la validez del contrato tras haber empezado a recibir liquidaciones negativas, no debe interpretarse como una confirmación del contrato, como pretende la parte apelante, pues es evidente que la demandante, mientras recibió liquidaciones positivas, estuvo en la confianza de haber contratado una especie de seguro, debido a la escasa e incompleta información recibida, y fue solo cuando empezó a recibir de forma continuada las liquidaciones negativas cuando cayó en la cuenta de que no había contratado tal clase de producto, sino uno mucho más complejo, en cuyo comportamiento incidía, además de forma muy negativa para el cliente la cláusula suelo que contenía el préstamo, por lo que no se le podía exigir que hubiese impugnado antes el contrato, ni se puede entender que ejecutase acto alguno que supusiese asunción de la validez del contrato con conocimiento cabal de la causa de la nulidad.

8. EL DEBER DE INFORMACIÓN

Aún si no fuera aplicable la normativa MIDIFⁱⁱⁱ -dada la fecha de celebración de la mayoría de los contratos-, incluso la Ley de Mercado de Valores según redacción dada por la Ley 44/2002 de 22 de Noviembre, de reforma del sistema financiero y la Ley 37/98 de 16.XII, obligaba a normas de conducta en la actuación de las entidades de crédito, debiendo actuar con diligencia y transparencia (art. 79), velando por el interés de sus clientes (apartado a), e incluso con prioridad a los intereses de aquellos en caso de un conflicto (apartado b).

Por lo demás el RD 629/2003 en su art. 16 apartado 2 establecía que las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. Y en su anexo en el Código General de Conducta de los Mercados de Valores, se establecía el deber de imparcialidad y de buena fe (art. 1 °), así como del cuidado y diligencia (art. 2).

El Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de enero del 2014, número 840/2013, sala 1ª, de lo Civil, que hemos estado analizando, se establece que el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.

Establece que “El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del swap. El hecho de que el apartado 3 del art.79 bis LMV^{iv} imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir “orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos”, muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.

De este modo, el deber de información contenido en el apartado 3 del art. 79 bis LMV presupone la necesidad de que el cliente minorista a quien se ofrece la contratación de un producto financiero complejo como el swap de inflación conozca los riesgos asociados a tal producto, para que la prestación de su consentimiento no esté viciada de error que permita la anulación del contrato. Para cubrir esta falta de información, se le impone a la entidad financiera el deber de suministrarla de forma comprensible y adecuada.

Pero conviene aclarar que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar previsto en el art. 79 bis.3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información.

Al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos

asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente.”

En **sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7ª, Sentencia 396/2012 de 26 Jul. 2012, Rec. 105/2012** se pronuncia sobre este tipo de contratos de permuta de tipos de interés, conocidos con las siglas "IRS" ("Interest Rate Swap") o contratos "SWAP" (en inglés "permuta" o "intercambio"), en **Sentencias de 29 de octubre , 10 y 16 de diciembre de 2.010 , y 18 de febrero, 24 de mayo , 10 de junio , 3 de noviembre de 2.011 y 8 de marzo de 2.012**, entre otras, y ya en la primera de las citadas, que ha adquirido firmeza, y es citada en las posteriores, decíamos que «Para resolver el thema decidendi, hemos de partir del deber de información que se predica y exige en la relación de una entidad financiera y su cliente, bien para llevar a cabo cualquier tipo de inversión, bien para suscribir un negocio jurídico, como el que nos ocupa, en el que es inherente la aleatoriedad y el riesgo, como veremos.

En este sentido, ya señalamos entre otras, en la sentencia de 18 de Junio de 2010, que para resolver la cuestión objeto de debate, hemos de hacerlo sobre la base de exigir la diligencia profesional específica a la entidad de inversión, con un deber de información riguroso y adaptado a las características de la operación a contratar y de la persona a quien se dirige. Así lo ha declarado **la sentencia de esta, SAP Asturias de 11 enero 2006** que atañe al deber de información y diligencia de una entidad financiera en la gestión de carteras de inversión, en la que con cita de la sentencia del TS de 11 de julio de 1998 se manifiesta que: "...La Ley de Mercado de Valores contiene una serie de normas de conducta de las Sociedades y Agencias de Valores presididas por la obligación de dar absoluta prioridad al interés del cliente (art. 79), lo que se traduce, entre otras, en la obligación del gestor de informar al cliente de las condiciones del mercado bursátil, especialmente cuando y no obstante la natural inseguridad en el comportamiento del mercado de valores, se prevean alteraciones en el mismo que puedan afectar considerablemente a la cartera administrada y así en el art. 255 C.Com. impone al comisionista la obligación de consultar lo no previsto y el art. 260 dispone que el comisionista comunicará frecuentemente al comitente las noticias que interesen al buen éxito de la negociación; en el ámbito del mandato regulado en el CC ., en que no existen preceptos de idéntico contenido a los del Código de Comercio citados, tal deber de información en el sentido expuesto viene exigido por la prohibición de extralimitación en las facultades concedidas al mandatario salvo cuando éste, ante un cambio de las circunstancias, y a falta de instrucciones del mandante, actúa en forma más beneficiosa para éste, ante la imposibilidad de recibir instrucciones del mismo; sentencia que igualmente, con cita de la **Sentencia del TS de 27 de enero de 2003** , declara que: "... la entidad efectúa, como labor profesional y remunerada, una gestión en interés y por cuenta de tercero, en el marco de las normas de la Ley de mercado de valores, establecidas para regular la actuación profesional de las empresas de servicios de inversión en dichos mercados, y, por ello, muy especialmente observar las "normas de conducta" (Título VII) que disciplinan su actuación, entre las que destacan, dentro del deber de diligencia, las de asegurarse que disponen de toda la información necesaria para sus clientes, manteniéndoles siempre adecuadamente informados y la de cuidar de los intereses de sus

clientes, como si fueran propios, todo ello potenciado por un exquisito deber de lealtad.(...)

Conforme a la calificación, dada al contrato, la entidad comisionista debe responder de los daños y perjuicios, causados a los inversores por la mala inversión, según el patrón de la culpa leve en concreto a que se refiere la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1.943 en relación con la diligencia exigible al "comerciante experto" (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1.998) que utilizan como pauta el cuidado del negocio ajeno como si fuera propio..." (...)(...) Los datos y consideraciones ya expuestos permiten concluir que la demandada actuó, al menos con "ligereza", esto es, sin el cuidado exigible al demandado comerciante, pues las noticias que circulaban en su entorno más directo, hacían presumible la existencia de un alto riesgo que impedía estimar la inversión de los pagarés como segura y fiable, lo que determina, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1726 del Código civil; 255 del Código de Comercio y normas señaladas por el artículo 81 de la Ley de mercados de valores, la responsabilidad civil de la demandada, por los daños y perjuicios causados..... "; doctrina que reproduce la sentencia de 30 de abril de 2010 , en la que se trataba de la inversión de unos productos financieros que representaba un situación de riesgo para el inversor y reproducimos en el caso enjuiciado, aunque la operación sea diversa, porque en aquella, también se postulaba la nulidad del negocio por vicio del consentimiento, producido por error del accionante, al igual que en el supuesto de autos, en el que nos hallamos ante de la suscripción de un contrato de gestión de riesgos financieros que genera un alto riesgo, como el presente; deber de información que aún en la fase precontractual exigía la legislación vigente al perfeccionarse el contrato (artículo 79 LMV y RD 629/93)» .

Decíamos también en dicha **Sentencia** que «Sobre este tipo de contratos se ha pronunciado la sentencia de esta **Audiencia de 27 enero de 2010** que declara: "Es un contrato atípico, pero lícito al amparo del art. 1.255 C.C . y 50 del C. Comercio, importado del sistema jurídico anglosajón, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones actuando cada una como causa de la otra), de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas. En su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocional) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa". Al propio tiempo la pericial obrante en la litis (folio 173), lo define como un contrato de permuta financiera mediante el cual el cliente se compromete a pagar a un tipo de interés fijo, a cambio de recibir de BANKINTER un tipo de interés variable referido al Euribor, en el que la comunicación de flujos o intercambio de obligaciones de pago correspondientes a intereses de préstamos diferentes, genera un riesgo de tipo de interés tanto al alza, como a la baja, de ahí que dicho informe lo califique de contrato

especulativo, que conlleva el riesgo de producir ganancias o pérdida en el cliente, en la medida que fijado un tipo de interés fijo en el contrato, los tipos de interés futuro bajen, en cuyo caso se producirá una pérdida y una ganancia, si por el contrario, suben, carácter que con matizaciones declara la sentencia citada de 27 de enero de 2010 : "... De otro lado, interesa destacar que el contrato de permuta de intereses, en cuanto suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiñe de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del art. 1.799 Código Civil atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes..." ».

Y terminábamos diciendo, en cuanto a las características y naturaleza del contrato, que «Podemos concluir que el contrato de autos es un contrato teñido de evidentes notas de aleatoriedad y también en cierta medida, especulativo, que comporta un riesgo para quien lo concierta con la entidad, lo que obliga a reforzar la exigencia de una información bastante y adecuada, máxime al ser un producto que se ofrece de forma novedosa por la demandada al cliente, en el ámbito de las pequeñas y medianas empresas, y conoce en una situación financiera peculiar ».

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7ª de fecha 3 de Febrero de 2012 , « *Así las cosas y reiterando la anterior doctrina hemos de señalar que el apelante da una interpretación sesgada de la pericial, ya que si bien el perito manifiesta que una permuta financiera como la presente, no es un contrato muy complejo, lo que debe entenderse para una persona dotada de la formación del informante, lo cierto es que declara que como dicho contrato está asociado a un préstamo hipotecario que, - como pone de relieve la prueba se ofertó para cubrir al cliente de la subida de tipos-, en el que se fija un suelo o interés mínimo en la escritura de novación del préstamo casi coetánea a la suscripción de la permuta, el comportamiento en caso de bajadas de tipos de interés, predecible como hemos dicho para las entidades financieras a medio plazo en la fecha en que se suscribe (mayo de 2007), y no advertible para un suscriptor ocasional de una permuta financiera, provoca un comportamiento aberrante de la permuta, que se traduce en la producción de altos beneficios para el banco, sin que el aseguramiento de la subida de tipos del préstamo, previsto en la perfección, del que derivaba la oferta del banco y que constituyó la base del consentimiento, en realidad exista, lo que se traduce en un alto coste para la demandante, con un correlativo beneficio para la apelante, agravado por el coste de cancelación del que no fue informado tampoco. Tratándose como se trata de personas sin formación, que en la confianza que les da el director de la entidad, les oferta el producto como un seguro frente a la subida de tipos, y toda la información lo es en forma verbal (testifical), durante 20 minutos, sin ningún ejemplo numérico que permita conocer la trascendencia y el alcance de la operación cuya finalidad en modo alguno se va a cumplir...* »

9. INCUMPLIMIENTO DE LOS TEST ADECUACIÓN E IDONEIDAD

En cuando al incumplimiento de los test de adecuación e idoneidad la **Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero del 2014, rollo 840/2013** establece: “Sobre la base de la apreciación legal de la necesidad que el cliente minorista tiene de conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados, y del deber legal que se impone a la entidad financiera de suministrar a dicho cliente una información comprensible y adecuada sobre tales extremos, para salvar la asimetría informativa que podía viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses en que incurre en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, la prestación de asesoramiento financiero para su contratación.

En el primer caso, en que la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, la entidad debe valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar, mediante el denominado test de conveniencia. En el segundo, si el servicio prestado es de asesoramiento financiero, además de la anterior evaluación, la entidad debería hacer un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto, por medio del llamado test de idoneidad.

En un caso como el presente, en que el servicio prestado fue de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía.

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

10. EL ALCALDE, REPRESENTANTE DEL AYUNTAMIENTO Y LOS CONOCIMIENTOS DEL PRODUCTO FINANCIERO SWAP

La **Sentencia de la Audiencia Provincial de la Rioja en fecha 31 de julio de 2013, Sentencia núm. 254/2013** deja claro que "si bien, el Ayuntamiento es una entidad

de carácter público, lo es a efectos de carácter administrativo y no a efectos financieros-bancarios, de modo que en atención a los diferentes tipos de clientes que se pueden fijar en relación con la normativa vigente, tanto la aplicable al supuesto juzgado como la constituida por ley 47/2007, 29 diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y por el Real Decreto 217/2008 de 15 febrero, sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el RD 1309/2005, de 4 de noviembre (como se señalaba en **SAP La Rioja, 24 abril 2013, núm. 145/2013, recurso 110/2012**), la entidad actora, Ayuntamiento de Rincón de Soto no tendría la consideración de cliente con conocimientos suficientes para entender y asumir el tipo de contrato, y ello, aun cuando sea una entidad u organismo de carácter público (carácter administrativo), pero sin conocimientos financieros necesarios para apreciar el riesgo que conllevaban estos productos (por parte de sus representantes, y en especial del Alcalde que firmó los contratos), sobre todo en relación con el concepto de Euribor y su posible evolución al alza o a la baja."

Las entidades financieras intentan hacer ver la formación de la voluntad municipal desde el punto de vista del Secretario o del Interventor, que en ningún momento firman los pretendidos contratos. En efecto, quien firma el contrato es el Alcalde en representación del Ayuntamiento. Por ello, es al Alcalde al que debe referirse cualquier circunstancia relativa a la formación de su voluntad.

Así, la **Sentencia de AP de La Rioja de fecha 31 de julio de 2013, sentencia núm. 254/2013** nos dice que: "No puede olvidarse que los contratos se firmaron por el Alcalde, y aun cuando el Secretario participase en la negociación relativa a su comercialización, además de que no firmó los contratos, tampoco puede afirmarse que realmente conociese o más bien fuese consciente del riesgo que suponían. Incluso y en relación con el concepto de seguro, a que se refería la actora en su demanda, el Secretario del Ayuntamiento al tratar en su declaración sobre el concepto de contrato de seguro se refirió a los seguros civil, etc. (como se expone en el propio recurso del Banco Cooperativo al folio 97 vuelto), es decir, a lo que entiende una persona sin conocimientos financieros suficientes, lo que supone que no tenía verdadera consciencia del riesgo del contrato que iba a celebrar el Ayuntamiento...."(...)».

11. CONCLUSIONES

La jurisprudencia ha establecido y concretado una serie de parámetros que enumeramos a continuación:

Primer.- Se ha definido el contrato denominado swap o permuta financiera: "como el acuerdo que consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocial), los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés, (aunque no son tales en sentido estricto, pues no hay en realidad acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la

vigencia del contrato y más concretamente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o viceversa, acreedor”.

Segundo.-La jurisprudencia ha determinado la naturaleza del contrato denominado swap como “.... contrato sinalagmático y aleatorio, atípico, complejo” y “contrato de permuta financiera de tipos de interés”.

Tercero.- La jurisprudencia del TJCE ha establecido una serie de premisas fundamentales entre las que se traslada a los jueces la obligación de tomar las medidas necesarias para alcanzar en el litigio concreto el resultado querido por las Directivas aprobadas por los Estados. El juez, en nombre del Estado, hará respetar las obligaciones adquiridas por el Estado aplicando la Directiva. El juez nacional no puede dictar sentencias contraviniendo una disposición comunitaria obligatoria

Cuarto.- Se ha determinado que los Ayuntamiento no tiene la consideración de cliente profesional a los efectos del artículo 78 bis de la Ley de Mercado de Valores en su redacción dada por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre.

Quinto.- El error en el consentimiento viene determinado por la falta de información en el producto concreto. El deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe "proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional".

Sexto.- Determinación del error vicio en la contratación de un swap cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.”

Séptimo.- La entidad debe valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar, mediante el denominado test de conveniencia.

Octavo.- Quien firma el contrato es el Alcalde en representación del Ayuntamiento. Por ello, es al Alcalde al que debe referirse cualquier circunstancia relativa a la formación de su voluntad.

Para concluir, podemos afirmar que antes de la entrada en vigor de la promulgación de la modificación legislativa en la Disposición final primera del Real Decreto-ley 17/2014, de 26 de diciembre, de medidas de sostenibilidad financiera de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales y otras de carácter económico, modifica el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, introduciendo en el ámbito local el Principio de Prudencia Financiera (art. 48.bis), muchos ayuntamientos concertaron operaciones de préstamo vinculadas a una permuta financiera o *swap*, aunque este producto no era adecuado para un Ayuntamiento, por su inseguridad e inestabilidad presupuestaria y más

concretamente muchos Alcaldes o responsables municipales han suscrito operaciones de esta clase pensando que contrataban una cobertura o seguro de tipos de interés cuando en realidad contrataban una operación especulativa, compleja o de riesgo, todo ello por la falta de información otorgada por la propia entidad financiera.

El nuevo paradigma jurisdiccional, que hemos presentado en este trabajo, permite a estas administraciones poner en manos de la justicia la resolución de estos contratos abusivos, por parte de las entidades bancarias. Aunque pocos ayuntamientos se han atrevido a instar estos procedimientos, a mi entender por desconocimiento o por falta de medios de la propia administración o por miedo a obtener una sentencia desfavorable que conlleve unas costas inasumibles por parte de la administración.

BIBLIOGRAFIA:

Normativa Estatal:

- Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL) aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004 de 5 de marzo
- Real Decreto-ley 17/2014, de 26 de diciembre, de medidas de sostenibilidad financiera de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales
- Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera
- La ley 47/2007, 29 diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.
- El Real Decreto 217/2008 de 15 febrero, sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el RD 1309/2005, de 4 de noviembre.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil
- Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio
- La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014
- RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión
- La Ley del Mercado de Valores de 28 de julio de 1988

Normativa europea

- Directiva 68/151/CEE, del Consejo, relativa a la coordinación de las legislaciones nacionales en ciertas materias de Derecho de sociedades
- Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros (Markets in Financial Instruments Directive)

Jurisprudencia:

Sentencias del TJCE: Sentencias de 20 de mayo de 1976, caso Mazzalai ; de 10 de abril de 1984, caso Von Colson y Kamann ; de 20 de septiembre de 1988, caso Greboeders Beentjes. Sentencia de 11 de julio de 1991, caso Verholen. Sentencia de 13 de noviembre de 1990 caso Marleasing

Sentencia del Tribunal Supremo: de 20 de enero de 2014, número 840/2013, sala 1ª, de lo Civil Sentencias 683/2012, de 21 de noviembre , y 626/2013, de 29 de octubre Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2003 , 12 de julio de 2002 y 30 de septiembre de 1999

Sentencias de la Audiencia Provincial:

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sec.1ª, de fecha 4 de abril de 2011
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7ª, Sentencia 396/2012 de 26 Jul. 2012, Rec. 105/2012 y de fecha 3 de Febrero de 2012
- Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 14 febrero 2003, número 28/2003, recurso 345/2002
- Sentencia de la Audiencia Provincial de la Rioja en fecha 31 de julio de 2013, Sentencia núm. 254/2013
- Sentencias de la Audiencia Provincial de Huelva, Sec. 3a, de fecha 4 de junio de 2012 .
- La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 11, de fecha 1 de febrero de 2013, núm. 67/2013, recurso 280/2012
- Sentencia núm. 242/16, de la AP sección primera de Girona de fecha 19 de septiembre de 2016

Artículos Doctrinales:

FARFÁN PÉREZ, José Manuel. “Principio de prudencia financiera”. *Consultor de los Ayuntamientos*, Nº I, Sección Crónica, Marzo 2020, pág. 67, Wolters Kluwer

GALINDO SERRANO, Ángel Bernardo “Breve Manual de Primeros Auxilios para Ayuntamientos con *Swaps* o Permutas Financieras”. Autor: Ángel Bernardo GALINDO SERRANO, Secretario Interventor del Ayuntamiento de Rincón de Soto (La Rioja). Publicación: *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº 23, Sección Práctica Local, Quincena del 15 al 29 Dic. 2013, Ref. 2294/2013, pág. 2294, tomo 2, Editorial LA LEY.

ⁱ Principio de prudencia financiera. José Manuel FARFÁN PÉREZ Interventor-tesorero de Administración Local Tesorero de la Diputación de Sevilla y del OPAEFEI Consultor de los Ayuntamientos, Nº I, Sección Crónica, Marzo 2020, pág. 67, Wolters Kluwer

ⁱⁱ Conforme definición de wikipedia; <https://es.wikipedia.org>.

ⁱⁱⁱ Markets in Financial Instruments Directive

^{iv} Ley del Mercado de Valores (Ley 24/1988, de 28 de Julio)