

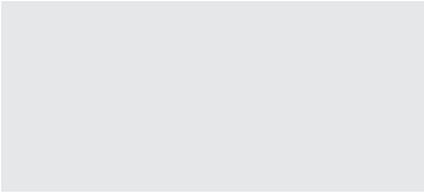
La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los contratos de cobertura de tipos de interés

Una solución que «fuerza» la doctrina sobre el error en el consentimiento

Jesús Antonio García Hernando

■ BOSCH





■ BOSCH

La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los contratos de cobertura de tipos de interés

Una solución que «fuerza» la doctrina sobre el error
en el consentimiento

Jesús Antonio García Hernando

© **Jesús Antonio García Hernando**, 2020

© **Wolters Kluwer España, S.A.**

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502

e-mail: clientes@wolterskluwer.com

<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: Abril 2020

Depósito Legal: En trámite (Primer trimestre 2020)

ISBN versión impresa: 978-84-9090-435-0

ISBN versión electrónica: 978-84-9090-436-7

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, **Wolters Kluwer España, S.A.**, se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de Wolters Kluwer España, SA, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

dichos mercados y a las consecuencias que de ello se derivan. El siguiente paso será delimitar el concepto y estructura del mercado financiero y de los submercados de crédito y valores por su objeto y por los sujetos intervinientes. En el último paso se considerará la protección que ofrece la normativa pública de estos dos mercados al inversor.

1. LOS CONTRATOS DE COBERTURA DE TIPOS DE INTERÉS Y SU REGULACIÓN POR EL DERECHO PÚBLICO

La tradicional clasificación entre el derecho público y el privado es una clasificación básica¹ que no ha logrado consensuar un criterio para distinguir un concepto del otro. Derecho privado y público son conceptos antónimos, en conflicto, al tiempo que son considerados como complementarios. Los ámbitos público y privado no son espacios aislados, sin relación. Las normas incluidas en uno y otro ámbito se coordinan y entrecruzan².

Las teorías sobre la distinción entre derecho público y privado, siguiendo al profesor CASTÁN, podrían clasificarse en tres categorías:

- a) Teorías dualistas que distinguen el derecho público y el privado atendiendo a distintos criterios³. Dos son los criterios identificados por la doctrina que consideramos más relevantes, por su larga tradición, por su complementariedad y por su utilidad al distinguir Derecho público y privado. El criterio teleológico:

1. QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia, «Derecho público y Derecho privado» *Universidad Autónoma de México*, 2015, pág. 417, advierte, que, en las instituciones de Justiniano, en el libro I del Digesto Ulpiano señaló: «Dos son las posiciones que se ofrecen en el estudio del derecho: El derecho público y el privado: es derecho público el que contempla la condición del pueblo Romano; privado, el que atiende a la utilidad de los particulares, pues algunas cosas son de utilidad pública y otras de utilidad privada. El derecho público contiene lo relativo al culto, a los sacerdotes y a los magistrados; el derecho privado es tripartito, porque se haya integrado por preceptos del derecho natural, de gentes y civil». Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1855/26.pdf>. CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo primero, Introducción y Parte General*, Reus, Madrid, 1986, pág. 101, indica que el propio Ulpiano señala que *ius publicum* y *ius privatum* no son contrastes esenciales, sino posiciones que dependen del interés tutelado que se presenta o aparece como predominante o preferente.

2. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil ... Introducción ...* ob. cit., pág. 107. Por su parte, FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier, «Derecho Público y Derecho Privado. Los cinco sentidos de una distinción», *Persona y Derecho*, núm. 72, julio 2015, págs. 75 y 76, aunque destaca la relevancia de las discrepancias que la distinción derecho público y privado origina entre juristas, afirma que existe un mínimo consenso compartido que sintetiza: i) La importancia de la clasificación. ii) Hay acuerdo sobre dónde debe encuadrarse cualquier materia o relación. iii) No hay consenso en cuanto al criterio que distinga derecho privado y público. iv) Existe una tensión dinámica o conflicto eterno entre ambos términos. v) La distinción carece prácticamente de relevancia jurídica.

3. FAJARDO FERNÁNDEZ, *Derecho Público ...* ob. cit., pág. 79, identifica de forma breve los criterios de distinción utilizados por distintos autores para diferenciar derecho público y privado señalando que ninguna de estas teorías ha logrado imponerse, ni es capaz de explicar las razones por la que normas de derecho público, imperativas, tienen preferencia sobre la autonomía de la voluntad. Ej.: derecho de familia. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil ... Introducción ...* ob. cit., pág. 108, resume los criterios que sostienen las teorías que defienden la existencia de un derecho público y uno privado. a) Por la naturaleza del fin o interés protegido. El derecho público protege los intereses generales mientras que el derecho privado tutela los intereses particulares. Entre el interés público y el particular no existe la contraposición

el derecho público protege los intereses generales y el derecho privado tutela los intereses particulares. Teoría que es criticable, porque la defensa de los intereses particulares también incide de forma positiva en el interés general y al revés. Por la condición de parte del Estado o de cualquiera de sus Organismos en la relación jurídica: si el Estado o cualquiera de sus Organismos actúan ejercitando su *potestas*, no se sitúan en una posición de igualdad con la otra parte.

- b) Teorías que niegan la distinción entre derecho público y privado. Kelsen rechaza la distinción como contraria a la unidad del sistema jurídico y fundada en la contraposición, que estima ficticia, entre Estado y Derecho⁴.
- c) Teorías relativistas que declaran la unidad del derecho y la variedad funcional de las normas jurídicas. El derecho es esencialmente uno, los órdenes público y privado se encuentran en constante relación y es deseable que se compenetren íntimamente. El derecho privado se basa en el principio de autonomía de la voluntad, mientras que en el derecho público prevalece el orden público⁵.

La diferenciación entre el derecho público y el privado también puede obtenerse atendiendo a los principios que prevalecen en cada orden. El derecho privado se rige fundamentalmente por los principios de autonomía de la voluntad e igualdad de partes. Se trata de un derecho que prevalece en una sociedad menos intervencionista en el que

que se supone. El interés general es la suma de los intereses particulares; lo que protege el interés general protege los intereses particulares y al revés. b) Por la patrimonialidad o no patrimonialidad del interés defendido. Se identifica el derecho privado con el derecho patrimonial que tutela los intereses económicos, considerando que el derecho público regula los demás intereses de un orden más elevado. c) Por la forma de la protección. La defensa del derecho privado se acciona por el titular lesionado, mientras que el derecho público se restablece de oficio. d) Por el origen, función de la norma y su derogabilidad o inderogabilidad. Las normas de derecho público limitan la voluntad de los hombres, las de derecho privado dejan libre esa voluntad. Las primeras se fundan en el principio de dependencia y las segundas en el principio de autonomía. Aquellas reciben su fuerza del Estado que las impone y estas de la voluntad privada que las acepta. e) Por la condición de los sujetos en la relación jurídica. El Estado y los demás entes públicos actúan investidos de *imperium* o despojados de él. En las relaciones de derecho público uno de los sujetos actúa como autoridad y en las relaciones de derecho privado los dos sujetos actúan desprovistos de carácter oficial. La norma pública requiere que uno de los sujetos sea el Estado o alguno de sus organismos y que actúen ejercitando sus poderes públicos.

4. KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, 2.^a ed., UNAM, México, 1981, págs. 286-320; QUINTANA ADRIANO, *Derecho público ... ob. cit.*, pág. 424, identifica cuatro teorías que niegan la distinción: i) teoría alemana, para la que el derecho es único, ii) teoría inglesa, para la que el derecho público se equipara con el derecho administrativo, y a este se le niega su distinción con el derecho común, iii) postura de Duguit, para quien derecho público y privado tienen los mismos elementos y el mismo fundamento, y se diferencian en la concreción del derecho privado y público -la sanción-, iv) postura de Kelsen, para quien en el momento en que una norma protege un interés particular, ese interés es público.

5. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil ... Introducción ... ob. cit.*, pág. 116, señalando la unidad del derecho, pero sin negar sus dos ramas público y privado, destaca las siguientes diferencias: i) Es admisible la renuncia de los derechos reconocidos por las leyes de derecho privado, no es admisible la renuncia de los reconocidos por el derecho público. ii) El derecho público no puede ser modificado por los particulares, sí el derecho privado. iii) La restauración del derecho privado debe ser instado por los particulares. La defensa de los derechos de carácter público se realiza mediante acciones administrativas y penales. iv) Los derechos privados se extinguen por la prescripción que no puede invocarse contra la aplicación de normas de derecho público.

las leyes son generales, abstractas, breves, estables, y se apoyan en principios generales⁶. El derecho público, en cambio, está sometido al principio de legalidad que delimita y condiciona la actuación de la Administración y de sus Organismos cuando ejercen su *potestas*. Responde a una sociedad más intervencionista en la que se protege a la comunidad frente al individuo corrigiendo y conduciendo el derecho privado. Estos principios no son ni inmutables, ni exclusivos para ninguno de los dos órdenes. El principio de la autonomía de la voluntad se encuentra limitado y acotado en el propio derecho privado por las normas que regulan los distintos negocios jurídicos o determinadas partes del propio derecho privado, como es el derecho de familia. Las injerencias de un orden en el otro, diluyen el rigor de dichos principios, así el orden público trata de corregir la desigualdad de las partes en las relaciones privadas y el derecho privado regula las relaciones entre la Administración y sus Organismos cuando no actúan bajo su *imperium*⁷.

Tradicionalmente el Derecho privado comprende el derecho civil y el derecho mercantil⁸. El Derecho civil comprende el conjunto de normas que regulan de forma genérica las relaciones entre particulares, mientras que el derecho mercantil regula una categoría especial de relaciones entre particulares: las que derivan del ejercicio del comercio⁹. A estas dos ramas debería añadirse el derecho internacional privado que también regula relaciones entre particulares situados en distintos países. En tanto que el derecho público comprende el derecho constitucional, el derecho administrativo, el derecho penal, el derecho internacional público, el derecho tributario y el derecho procesal.

Las páginas siguientes tratan de delimitar las normas de derecho constitucional y, sobre todo, de derecho administrativo que afectan a la regulación de estos contratos. En el marco del derecho administrativo se incidirá en las normas de ordenación y disciplina de mercado financiero y en especial en las consecuencias de su incumplimiento.

1.1. Ramas del derecho público que impactan sobre la ordenación de los contratos de cobertura de tipos de interés

Los contratos de cobertura de tipos de interés, como ya se ha señalado, se encuentran sujetos a normas de derecho privado. Son calificados como mercantiles, tanto desde un

6. FAJARDO FERNÁNDEZ, *Derecho Público ... ob. cit.*, pág. 82.

7. Sobre la distinción derecho público-derecho privado analizada desde el Derecho público, véase MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, «Derecho público y Derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 26, 2011, pág. 8, para quien el fundamento de la división entre derecho público y privado responde no a consideraciones teleológicas sino subjetivas: el derecho privado determina lo que corresponde a cada uno en las relaciones entre particulares y el derecho público determina cuanto corresponde «al Poder público, a su conformación organizativa y funcional y a su actividad»; y VELASCO CABALLERO, Francisco, *Derecho público más Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2014.

8. CARRASCO PERERA, Ángel, *Derecho Civil. Introducción, Derecho de la persona, Derecho subjetivo, Derecho Propiedad*, Tecnos, Madrid, 2011, pág. 23, identifica como derecho privado: el derecho civil, el derecho mercantil y el laboral y como derecho público: el derecho administrativo, el financiero, el penal o el internacional público. No menciona el autor al derecho procesal ni al derecho internacional privado.

9. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil ... Introducción ... ob. cit.*, pág. 122.

punto de vista subjetivo como objetivo, y se encuentran sometidos a las normas sobre obligaciones y contratos del derecho civil. Pero, junto al derecho privado, otras ramas del derecho público (derecho constitucional y derecho administrativo, fundamentalmente) condicionan e influyen en su ordenación.

1.1.1. Derecho constitucional

Como cualquier contrato, los de cobertura de tipos de interés están sometidos al Derecho constitucional, vértice de nuestro ordenamiento jurídico, y deben respetarlo. Los principios que rigen la actividad económica se encuentran, en la Constitución española de 1978, en la llamada «Constitución económica», en la que se equilibran principios liberales (reconocimiento del Derecho a la propiedad, libertad de empresa y economía de mercado), e intervencionistas (reconocimiento de la función social de la propiedad, planificación y con iniciativa económica del Estado).

El contrapeso a los principios liberales reconocidos en la Constitución lo supone la intervención de los poderes públicos en la economía. La protección a quienes carecen de experiencia y conocimientos en el mercado y la necesidad de un mercado eficiente, entendido como transparente, competitivo y útil, no son ajenas a los contratos de cobertura de tipos de interés. La protección de los clientes de las entidades de crédito tiene su justificación originaria en el art. 51 CE, que exige a los poderes públicos proteger a consumidores y usuarios. Se trata de una protección que se encuentra en una situación expansiva, no limitada a este tipo de clientes (el cliente financiero protegido es cualquiera, sea o no consumidor), y que justifica la mayor parte de las normas del mercado financiero.

De igual forma, la necesidad de un mercado eficiente también encuentra su justificación, aunque más abstracta, en distintos preceptos de la Constitución. Así, el art. 38 reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado¹⁰ (que solo tiene sentido si esta es eficiente), exigiendo a los poderes públicos que garanticen y protejan su ejercicio¹¹; el art. 40 requiere a los poderes públicos que promuevan las condiciones para el progreso social y económico; el art. 128 declara la subordinación de la riqueza al interés general; y el art. 131 admite la planificación de la actividad económica general. La regulación e intervención pública en el mercado financiero, incluido el mercado de valores¹² —al que expresamente no alude la Constitución—, en el que se sitúan los contratos de cobertura de tipos de interés, tiene sus raíces y su

10. Sobre el particular, ver SALVADOR ARMENDÁRIZ, María Amparo, «La Directiva de Servicios y su transposición: ¿una ocasión para repensar el derecho a la libertad de empresa?», en RIVERO ORTEGA, Ricardo (Dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009, págs. 89-150.

11. TAPIA HERMIDA, Alberto Javier, «Evolución histórica», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (Dir.), *Estudios de Derecho Público Bancario*, Ceura, Madrid, 1987, pág. 50, señala que en el art. 38 CE encuentra su base más sólida la intervención administrativa del crédito privado, con el fin de adecuarlo a las exigencias de la economía general y en su caso a la planificación.

12. BARRACHINA, *Derecho ... ob. cit.*, pág. 96.



El debate jurisprudencial y doctrinal generado en torno a los contratos de cobertura de tipos de interés comercializados en España entre los años 2004 y 2009, requiere analizar: el tipo de derivados con los que se formalizan (*swap* y *collar*), las razones de su comercialización, su marco normativo y la doctrina emitida al respecto por el Tribunal Supremo en torno a 300 sentencias.

Son contratos atípicos a los que resultan aplicables las normas sobre contratación privada y las normas públicas que regulan el mercado financiero que exigen a quienes comercializan dichos contratos deberes de transparencia y diligencia. En dicha confluencia prevalece el derecho privado sobre el público que, aunque más específico y extenso, no proporciona una solución directa y ágil a los clientes reclamantes.

La doctrina del Tribunal Supremo sobre los contratos de cobertura tiene como eje la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 (núm. 840/2013) que se asienta en tres pilares: a) ASIMETRÍA entre las partes contratantes (una de las partes no es experta en el mercado financiero y necesita ser protegida); b) FALTA DE INFORMACIÓN por parte de las entidades de crédito; c) lo que genera una PRESUNCIÓN de error en el consentimiento prestado por el cliente. Una doctrina que se ha generalizado y extendido en las reclamaciones seguidas contra las entidades de crédito por todo tipo de productos.

Se ofrece una solución de puro derecho civil —apuntalada por el incumplimiento de normas públicas— que «fuerza» la doctrina tradicional del Tribunal Supremo sobre el error en el consentimiento.

ISBN: 978-84-9090-435-0

