

## SWAPS

### *Nulidad por error*

[SAP, Civil, sección 5, Alicante, núm. 112/2014, de 9 de abril de 2014, ponente: D<sup>a</sup> Visitación Pérez Serra.](#)

**Nulidad por error (Estimación) – Falta de información sobre la posible evolución de los tipos de interés – Carga de la prueba de la información – Doctrina de los actos propios – Normativa pre-MiFID – Valoración de la prueba en el recurso de apelación (sinopsis de Fernando Zunzunegui y Paloma Corbal)**

**Nulidad por error:** “(...) Lo único que ha de probarse es que se informó debidamente al cliente del producto que iba a contratar y comprobadas las actuaciones, la Sala ha de compartir la conclusión a la que se llegó en la instancia, esto es, la inexistencia de esa imprescindible información. (...) La falta de esa información es patente en el caso que nos ocupa, en especial respecto de las graves consecuencias económicas que para la empresa podían tener este tipo de productos, en relación al error, otra sentencia de esta Sala, nº 273, de 8 de julio de 2013, indica que “El error es inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, pero esa diligencia, sigue señalando la jurisprudencia, ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales”; también en supuesto similar, la S.A.P. Barcelona de 8-2-2013 afirma que “Tampoco consideramos que el error resulte imputable a los demandantes ni hubiera sido posible que lo evitaran utilizando una diligencia media. No podemos ignorar que la relación que se establece entre los usuarios de servicios bancarios con sus oficinas, y con sus empleados es la propia de una relación de confianza, lo que les lleva a confiar más en el criterio esos empleados de las entidades financieras que en el propio. En ese contexto no podemos considerar que los demandantes no hayan cumplido un estándar medio de diligencia en su conducta al contratar, que nos pueda llevar a imputarles a ellos el error al que fueron inducidos por la demandada”. (...) No se firmó el CMOP con carácter previo y ha de reiterarse que ni la presentación de los productos ni la conversación telefónica en la que en definitiva se produjo la contratación son concluyente a los efectos que pretende la parte apelante, y desde luego, si esta hubiera cumplido rigurosamente las obligaciones legales no hubiera recomendado concretamente este tipo de producto. (...) En absoluto quedó demostrada la adecuación de los productos y la necesaria información a la demandada, y además se obvia el evidente conflicto de intereses que concurre en la contratación de estos productos, al asegurarse el Banco la adquisición de acciones propias a un precio determinado, cuestión sobre la que nada se expone en el recurso. (...) Defender, como hace la apelante, que se trataba de un producto adecuado y que se suscribió con pleno conocimiento, cuando se ocultan al cliente circunstancias esenciales no tiene posibilidad alguna de éxito.”

**Falta de información sobre la posible evolución de los tipos de interés:** “(...) Sobre el desconocimiento de la evolución de los tipos de interés, (...) debe indicarse que aunque efectivamente así se considere, ello no altera el déficit de información; (...) es cierto que no está demostrado plenamente el conocimiento de la evolución de los tipos de interés que podían tener en aquel año las entidades financieras, (conocimiento tampoco descartable dada la proliferación en aquellos momentos de este tipo de productos) pero lo que se reprocha a la entidad apelante es que esa posibilidad, aún con el carácter de improbable o remota, no se expusiera antes de la contratación, pues las gravosas consecuencias que para la

demandada podían tener exigían que se contemplara antes de la contratación precisamente el escenario más negativo, ya que sólo así se podría adoptar una decisión adecuada al tipo de producto ofrecido, sin que baste la mera referencia a la posibilidad de liquidaciones negativas y positivas. (...) No es admisible que se considere adecuado un producto que a cambio de disminuir unas décimas el tipo de interés se arriesgue la empresa a unas pérdidas de la entidad de las aquí reclamadas (...).”

**Carga de la prueba de la información:** “(...) Lo esencial es que la entidad actora no probó y a ella le correspondía, haber ofrecido información previa completa de tales productos, respecto de los cuales no tenía experiencia alguna la persona que los contrató, y tampoco consideró acreditado (...) la inexistencia de información precontractual precisa y completa acerca de los productos comercializados por la actora (...).”

**Doctrina de los actos propios:** “(...) Se suscita (...) que la aceptación de liquidaciones positivas implica un acto propio contra el que no es válido actuar, y al respecto debe indicarse que uno de los requisitos imprescindibles para aplicar esa doctrina es que el acto en cuestión se ejecute con pleno conocimiento y eso es precisamente lo que falta en el caso que nos ocupa (...).”

**Normativa pre-MiFID:** “(...) En efecto, hasta la Ley 47/2007 no se incorporaron a nuestro ordenamiento jurídico los deberes de información derivados de la Directiva 2004/39 CE, de 21 de abril, MIFID, (...) pero se obvia que antes de dicha reforma también competían a las entidades bancarias deberes de transparencia y de información representados por el Código de Conducta aprobado por el Real Decreto 629/1993 (...).”

**Valoración de la prueba en el recurso de apelación:** “(...) La amplitud del recurso de apelación permite al Tribunal “ad quem” examinar el objeto de la “litis” con igual amplitud y potestad con la que lo hizo el juzgador “a quo” y que por lo tanto no está obligado a respetar los hechos probados por éste pues tales hechos no alcanzan la inviolabilidad de otros recursos como es el de casación. Ahora bien, tampoco puede olvidarse que la práctica de la prueba se realiza ante el juzgado de instancia y éste tiene ocasión de poder percibir con inmediación las pruebas practicadas, es decir, de estar en contacto directo con las mismas y con las personas intervinientes. (...) El principio de inmediación, (...) debe conducir “ad initio” por el respeto a la valoración de la prueba realizada por el juzgador de instancia salvo que aparezca claramente que, en primer lugar, exista una inexactitud o manifiesto error en la apreciación de la prueba o, en segundo lugar, que el propio relato fáctico sea oscuro, impreciso o dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio. Prescindir de todo lo anterior es sencillamente pretender modificar el criterio del juzgador por el interesado de la parte recurrente. (...) En modo alguno puede analizarse o, mejor, impugnarse la valoración probatoria del juzgador de instancia mediante el análisis de la prueba de forma individualizada sin hacer mención a una valoración conjunta de la prueba que es la que ofrece el juzgador.”

[Texto completo de la sentencia](#)

\*\*\*