

## SWAPS

### *Nulidad por error*

[SAP, sección 4, Las Palmas de Gran Canaria, de 24 de marzo de 2014, recurso: 162/2012, Ponente: María Elena Corral Losada, Presidente: Emma Galcerán Solsona.](#)

**Nulidad por error (Estimación) – Inadecuación del producto y falta de información – Doctrina sobre swaps – Nulidad por incumplimiento de normas imperativas – Oferta de un contrato de gestión de riesgos (sinopsis de Fernando Zunzunegui y Paloma Corbal)**

**Nulidad por error:** “(...) Pese al carácter de experto en Derecho que puede presumirse del Notario éste puede carecer de todo conocimiento sobre productos financieros y los concretos riesgos que comportan en cada caso, ni sobre qué producto financiero pueda ser más conveniente a sus intereses y objetivos de inversión (...), que no consta que el Notario hubiera tenido experiencia alguna previa en relación con swaps (...) y que en el presente caso la información que se facilitó era claramente engañosa (se insinuaba un escenario previsible de subida de tipos, se descartaba implícitamente la generación de pérdidas y se presentaba el producto como "una alternativa denominada cobertura de tipos de interés que es un seguro sin coste inicial" sin advertir de modo comprensible que sí se podrían generar muy elevados costes no iniciales, ni en las liquidaciones provisionales ni en supuestos de cancelación del contrato y sin informar de ningún otro producto alternativo que pudiera responder mejor a los objetivos de inversión y perfil de riesgo del cliente minorista que el notario era, sin que se cumplieran por la entidad de crédito las exigencias de información precontractual del test de idoneidad (...) y sin que se acredite por la entidad financiera que el Notario disponía previamente de la información que la entidad de crédito debió facilitarle, no cabe duda de que debe presumirse la concurrencia de error esencial y excusable en el consentimiento del demandante que obliga a la estimación de la demanda.”

**Inadecuación del producto y falta de información:** “Dadas las características del cliente y su absoluta falta de experiencia sobre los productos derivados (...) y su falta de información y desconocimiento sobre el objeto mismo del contrato, la entidad del riesgo concreto de subida de tipos de interés (...), falta de información que no se acredita por la entidad de crédito que se hubiera subsanado diligentemente por ella mediante la exposición clara y comprensible al cliente de los escenarios razonablemente previsibles de subida o bajada de los tipos de interés (...), no cabe sino concluir que el producto financiero ofertado era inadecuado para el cliente (...). La entidad de crédito (...) estaba obligada por norma imperativa a informar al cliente de que el producto no era adecuado para él (...) y a no firmar el contrato en ningún caso sin haber recibido expresa orden de ejecución del mismo por el cliente en momento posterior a que el cliente hubiera recibido la completa información precontractual referida y una vez la entidad de crédito le hubiera puesto en conocimiento además que el producto no era adecuado para su perfil inversor incluso habiendo recibido la información (...).”

**Doctrina sobre swaps:** “D. FERNANDO ZUNZUNEGUI, en el artículo "Negociación de swaps por cuenta propia" publicado en el número de junio de 2012 de la Revista de Derecho del Mercado Financiero, señala respecto a este tipo de swaps ofertados por las entidades de

crédito en relación con la cobertura de riesgos de fluctuación de tipos de interés de los préstamos (...), que "se trata de una venta asesorada en la que el banco diseña y recomendando el producto y lo negocia dando al cliente la contrapartida". Que la obligación legal de ofrecer productos de cobertura (...) impuesta por el *art. 19 de la Ley 36/2003* lo era con el fin de "atemperar la exposición de los prestatarios a los riesgos de tipos de interés propios del mercado financiero", pero que dicho precepto nada dice sobre que deba ser un swap el instrumento ofrecido (...). Añade que la existencia de asesoramiento se presupone en la contratación de derivados OTC como los swaps y que (...) además cuando no se intermedia en el ofrecimiento del swap (...) sino que la entidad de servicios de inversión el ofertante negocia por cuenta propia (...) en ese caso genera un conflicto de interés al colocar un producto propio, creado por el propio banco, "autoentrada del comisionista" o asesor en el negocio que, (...) "queda condicionada a la mejor ejecución de la operación de conformidad con su política de ejecución de órdenes, y a la comunicación al cliente del conflicto que supone la autoentrada del comisionista". (...) El banco prestador del servicio sólo puede dar contrapartida con un producto propio cuando dicha ejecución suponga la mejor ejecución de la operación. (...) Debiendo destacarse que "en la contratación de los instrumentos financieros derivados y en particular los swaps existe una asimetría informativa más elevada que en la contratación de valores negociables por su complejidad, por su iliquidez y por la falta de transparencia que rodea su contratación. De tal modo que su contratación por un cliente minorista presupone la confianza en el intermediario como su asesor financiero" y "es un claro ejemplo de vulnerabilidad del cliente frente al profesional" (...). Y es que "el banco, tiene medios y cualificación para conocer las previsiones de evolución de los tipos de interés, frente al cliente que carece de esas previsiones. Es obvio que los bancos no saben el futuro, pero son profesionales de las previsiones financieras" y que "en la propia oferta está implícita la previsión del banco sobre la evolución de los tipos".

**Nulidad por incumplimiento de normas imperativas:** "(...) Cuando es manifiesto (...) que no se ha cumplido la normativa de información precontractual y de asesoramiento de inversión leal e imparcial establecida con carácter imperativo para las entidades de crédito con carácter previo a la oferta personalizada de alguno de los productos financieros complejos, como lo es el swap de tipos de interés, pueda anularse el contrato por infracción de lo dispuesto en norma imperativa (art. 6,3 del CC) como ha hecho el Tribunal Supremo (...), pero también por estimación de la demanda en la que se alega error como vicio del consentimiento en que ha incurrido quien consintió la celebración del contrato sin disponer de la información necesaria para calibrar cabalmente el alcance de las obligaciones y consecuencias económicas que para él comportaría el mismo, más aún cuando (...) quien saldría beneficiada por una suscripción del producto contraria a los intereses del cliente sería precisamente la entidad de crédito que se lo ofertó (...)."

**Oferta de un contrato de gestión de riesgos:** "(...) La oferta de un contrato de "gestión de riesgos" del cliente (como se titulaba el swap por la entidad de crédito) en modo alguno comporta que el cliente para la "gestión de sus riesgos" tenga que asumir el riesgo de bajada de tipos (riesgo no propio, sino de la entidad de crédito que con conflicto de intereses contrataba con él), sin que le informaran siquiera del coste que podría suponerle la contratación de un cap (que sí cubriría los riesgos del cliente sin que éste asumiera los ajenos), cap que no tiene porqué ofertarse con vinculación a un floor que a quien cubre realmente es a la entidad bancaria que lo incluía en el contrato ofrecido al cliente como el "más conveniente" para los intereses del minorista."

[Texto completo de la sentencia](#)

\*\*\*