

## SWAPS

### *Doctrina sobre el error en contratos bancarios*

[STS, Sala de lo Civil, Madrid, núm. 535/2015, de 15 de octubre de 2015, recurso: 452/2012, Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena, Presidente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.](#)

**Doctrina del TS sobre el error en contratos bancarios (Estimación) – Deberes de información en la contratación de swaps – Requisitos para la existencia de asesoramiento – Irrelevancia del *disclaimer* – Inexistencia de confirmación del contrato – Normativa aplicable a los swaps (sinopsis de Fernando Zunzunegui y Paloma Corbal)**

**Doctrina del TS sobre el error en contratos bancarios:** “(...) Esta Sala ha dictado recientemente un número considerable de sentencias sobre el error en la contratación de productos y servicios de inversión, y en concreto, en la contratación de "swaps" de intereses por parte de clientes que no tienen la cualidad de profesionales del mercado de productos financieros y de inversión. (...) La Sala ha declarado la nulidad del contrato por concurrencia de error vicio del consentimiento cuando el mismo ha sido causado por el incumplimiento por la empresa de servicios de inversión del deber de información al cliente que le impone la normativa sectorial. Así ha ocurrido, a partir de la importante sentencia núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, en las sentencias núm. 384/2014 y núm. 385/2014, ambas de 7 de julio, 387/2014 de 8 de julio, y 110/2015 de 26 de febrero. (...) La sentencia recurrida no es contraria a la corriente jurisprudencial que aprecia la nulidad de los contratos sobre productos complejos de inversión, como es el caso del llamado "swap" de intereses, cuando el incumplimiento por la empresa de inversión de los deberes de información que le impone la normativa reguladora del mercado de inversión ha determinado el error sustancial y excusable del cliente que no es profesional de dicho mercado. (...) El error (...) se produjo cuando se emitió el consentimiento contractual, si bien se puso de manifiesto cuando, con posterioridad a la perfección del contrato, se materializaron los riesgos inherentes al contrato suscrito y sobre los que (...) no se informó adecuadamente (...). Es evidente que el conocimiento del error ha de ser siempre posterior a la celebración del contrato y normalmente tal conocimiento se producirá por el acaecimiento de un hecho negativo para el contratante que sufrió el error (...), derivado justamente de dicho error. (...) Dijimos en las sentencias de Pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, 460/2014, de 10 de septiembre, y 769/2014 de 12 de enero de 2015, que el incumplimiento por las empresas que operan en los mercados de valores de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero la previsión legal de estos deberes puede incidir en la apreciación del error, y más concretamente en su carácter excusable. La normativa (...) impone a las empresas que operan en este mercado un estándar muy alto en el deber de información a sus clientes, no solo a los efectivos, también a los potenciales. (...) El incumplimiento por la demandada del estándar de información (...) en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante sea excusable. (...) Cuando (...) el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada (...), la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta,

incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico. (...) Como ya declaramos en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril, y 769/2014, de 12 de enero de 2015, la obligación de información (...) es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información (...), y no son sus clientes no profesionales del mercado financiero y de inversión quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. La parte obligada a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir la información correcta debió haberse asesorado por un tercero y que al no hacerlo, no observó la necesaria diligencia. (...) Fue Banco Santander quien, con su inadecuado asesoramiento y el incumplimiento de sus deberes de información, indujo (...) a contratar un producto financiero complejo y arriesgado e inadecuado a su perfil. Es lo que algunas sentencias de esta Sala han calificado como "error heteroinducido".

**Deberes de información en la contratación de swaps:** "(...) Como consecuencia del deber de información imparcial (...), existen determinados extremos sobre los que la entidad que ofrece a un cliente la contratación de un swap debe informar a este. La intensidad de estos deberes de información son tanto mayores cuanto menor es la capacidad del cliente para obtener la información por sí mismo, debido a su perfil inversor. (...) Debe informar al cliente que, tratándose de un contrato con un elevado componente de aleatoriedad, los beneficios de una parte en el contrato de swap constituyen el reflejo inverso de las pérdidas de la otra parte, por lo que la empresa de servicios de inversión se encuentra en conflicto de intereses con su cliente, pues los intereses de la empresa y el cliente son contrapuestos. Para el banco, el contrato de swap de tipos de interés solo será beneficioso si su pronóstico acerca de la evolución del tipo de interés utilizado como referencia es acertado y el cliente sufre con ello una pérdida. Debe también informarle de cuál es el valor de mercado inicial del swap, o, al menos, qué cantidad debería pagarle el cliente en concepto de indemnización por la cancelación anticipada si se produjera en el momento de la contratación, puesto que tales cantidades están relacionadas con el pronóstico sobre la evolución de los tipos de interés hecho por la empresa de inversión para fijar los términos del contrato de modo que pueda reportarle un beneficio, y permite calibrar el riesgo que supone para el cliente. (...) El banco no está obligado a informar al cliente de su previsión sobre la evolución de los tipos de interés, pero sí sobre el reflejo que tal previsión tiene en el momento de contratación del swap, pues es determinante del riesgo que asume el cliente. Asimismo, en casos (...) en el que ha quedado sentado (...) el desequilibrio en la posición económica de las partes, dadas las limitaciones previstas para las cantidades a abonar por el banco si el tipo de interés de referencia sube, limitaciones que no existen para las cantidades a abonar por el cliente si el tipo baja, la empresa de inversión debe informar en términos claros, a la vista de la complejidad del producto, de la existencia de dicho desequilibrio y de sus consecuencias, puesto que constituyen un factor fundamental para que el cliente pueda comprender y calibrar los riesgos del negocio. El banco debe informar al cliente, de forma clara y sin trivializar, que su riesgo ilimitado no sólo es teórico, sino que, dependiendo del desarrollo de los índices de referencia utilizados, puede ser real y, en su caso, ruinoso, a la vista del importe del nocional y de la envergadura de la sociedad que contrató el swap."

**Requisitos para la existencia de asesoramiento:** "Para que exista asesoramiento por parte de la empresa de inversión a su cliente (y por tanto tal asesoramiento haya de prestarse cumpliendo las exigencias de la normativa general y sectorial) no es requisito imprescindible

la existencia de un contrato de asesoramiento "ad hoc" (...). Basta con que la iniciativa de la contratación del producto o del servicio parta de la empresa de inversión, que sea esta la que ofrezca el producto o servicio a su cliente recomendándole su contratación. Tal conducta tiene la naturaleza de asesoramiento y debe cumplir los requisitos que establece la normativa de servicios financieros y de inversión.”

**Irrelevancia del disclaimer:** “(...) La existencia en el contrato de una mención que afirma «*las partes manifiestan conocer y aceptar los riesgos inherentes o que puedan derivarse de la realización de esta Operación*», no excluye la concurrencia del error en la adherente, dada la generalidad de la cláusula, que no explica la naturaleza de los riesgos inherentes al contrato. Sobre la ineficacia de este tipo de menciones estereotipadas y predisuestas, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, nos hemos pronunciado en las sentencias núm. 244/2013, de 18 abril, y 769/2014, de 12 de enero de 2015.”

**Inexistencia de confirmación del contrato:** “La confirmación del contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, por la cual se extingue aquel derecho purificándose el negocio anulable de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración. Habiéndose ejercitado la acción de anulación del tercer contrato de swap celebrado entre las partes, la celebración de dos contratos anteriores no puede constituir una confirmación tácita del tercer contrato (...). La confirmación de un negocio anulable puede producirse por hechos posteriores a su celebración, pero no por hechos anteriores.”

**Normativa aplicable a los swaps:** “(...) La última pretensión de Banco Santander es que se declare que la normativa aplicable a la contratación de los swaps es la bancaria y no la del mercado de valores (...). Esta Sala ha considerado que el contrato de swap es un producto financiero, complejo y de riesgo, que entra dentro del ámbito de aplicación de la normativa reguladora del mercado de valores (sentencias núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 110/2015 de 26 de febrero), doctrina que procede confirmar.”

[Texto completo de la sentencia](#)

\*\*\*