

SWAPS: DE LO VISIBLE Y LO INVISIBLE (Comentario a la STS 41/2014 de 17.2.2014)

Pablo Franquet

Abogado de Jausas Abogados

La palabra *clip* es conocida y temida por miles de empresarios y titulares de préstamos hipotecarios. Así llamó Bankinter a los *swaps* que ofrecía vinculados a una póliza de financiación como supuestas coberturas de tipos de interés. Bankinter comercializó estos productos de forma masiva entre su clientela minorista en un momento en el que la tormenta financiera ya asomaba en el horizonte. Las permutas financieras han hecho que miles de particulares y pymes se hayan visto gravemente penalizados por la bajada del Euribor. A día de hoy existen más de 1.500 sentencias que han anulado *swaps* y que han condenado a la banca a indemnizar a sus clientes.

Quienes estamos en primera línea del frente judicial llevábamos tiempo esperando un pronunciamiento del Supremo sobre la validez de los *clips*¹. Era una resolución muy esperada por parte de la comunidad jurídica y con un cierto valor simbólico. Por eso, debo reconocer que la reciente STS 41/2014 de 17.2.2014 (la "**Sentencia de Casación**"), que revoca la sentencia de segunda instancia y absuelve a Bankinter, me ha causado cierta extrañeza. Por un doble motivo: (i) porque se separa de la doctrina del error en el consentimiento en los contratos de *swap* fijada por el Pleno de la Sala en su STS 840/2013 de 20.1.2014 y (ii) porque da la sensación de que el Tribunal de Casación se ha encerrado en una torre de marfil y no ha afrontado la realidad social que ha generado los *clips* de Bankinter (como tal vez recomendaría el art. 3.1 CC).

Una mirada más de cerca del caso nos permite descubrir algunas circunstancias llamativas:

- (i) Puede que sea una anécdota, pero en una controversia en la que la cuantía litigiosa es de 92.675,16 €, el Tribunal de Casación no explica ni en el auto de admisión a trámite ni en la propia sentencia cuál es el interés casacional que presentaba el asunto. Hubiera sido deseable cierto ejercicio de fundamentación, sobre todo si tenemos en cuenta que, tras la última reforma de la LEC, la casación se acerca más al mecanismo

¹ La STS 15.11.2012 es un precedente poco extrapolable porque versa sobre la interpretación contractual de una cláusula y no sobre la nulidad por error en el consentimiento.

estadounidense de *certiorari* o de selección discrecional de asuntos para sentar doctrina.

- (ii) Puede que sea una anécdota, pero durante la tramitación del recurso de casación se ha producido un cambio de ponente dentro del tribunal. Puede que también sea solo otra anécdota, pero el ponente definitivo es el mismo que ha redactado cuatro de las cinco sentencias en materia de *swap* que ha dictado el Supremo, es decir, todas menos la del Pleno². Para evitar susceptibilidades sobre la existencia de imanes en las mesas, parece que ha llegado el momento de dar una mayor transparencia a las normas de reparto de asuntos dentro del Supremo.
- (iii) Puede que sea una anécdota, pero la sentencia elegida por el Supremo para pronunciarse sobre los *clips* (SAP Asturias 21.11.2011, la “**Sentencia de Asturias**”) presenta una “*peculiar estructura*”, en palabras del propio Tribunal de Casación. Gran parte de los fundamentos jurídicos se limitan a transcribir literalmente la argumentación de otros precedentes judiciales. Sólo un apartado trata de forma sucinta los hechos específicos del caso. Esta particularidad es relevante porque acaba sirviendo al Tribunal de Casación para anular la Sentencia de Asturias.

En particular, la Sentencia de Casación reconoce que la prueba de los hechos corresponde valorarla a los tribunales de instancia y que el Supremo no puede revisar el “*componente fáctico del error*”. Sin embargo, el Tribunal de Casación matiza que sí puede entrar a revisar los razonamientos realizados para subsumir los hechos probados en la doctrina del error en el consentimiento. Sobre esta base y “*a la vista de la escasez de circunstancias concretas contempladas en la sentencia recurrida*”, el Tribunal anula la Sentencia de Asturias porque sus razonamientos “*sufren las consecuencias negativas de una deficiente base fáctica*”. Ante este resultado, de nuevo se pone de manifiesto la conveniencia de que el Supremo hubiera justificado bien dónde residía el interés casacional de un asunto algo extravagante y parco. Lo digo por eso del mecanismo de *certiorari* y de los casos límite (“*hard cases make bad law*”).

Al margen de las circunstancias expuestas, la Sentencia de Casación recuerda que no puede equipararse automáticamente el defecto de información con el error en el consentimiento³, que la existencia de error debe probarse y que el error debe ser esencial e inexcusable por quien lo sufre. Sobre estas premisas el Supremo llega a la conclusión de que la sentencia de Asturias se limita a realizar un razonamiento general sobre la importancia de obligación de información, pero no determina cuál había sido el error concreto sufrido por la empresa demandante, más allá de no haber recibido “*una información del costo (elevadísimo) que supone la cancelación anticipada del producto*” sino “*con mucha posterioridad a la perfección del contrato*”. Aunque no lo argumenta, el Supremo considera que la falta de explicación de esta particularidad del *swap* no tiene entidad suficiente para provocar un error esencial en un cliente minorista.

² SSTS 15.11.2012, 21.11.2012, 29.10.2013 y 17.2.2014. En los tres casos en que se analiza la nulidad del *swap* por error en el consentimiento (acción más ejercitada en la práctica de tribunales), la desestima y absuelve al banco. El otro caso es el de la interpretación contractual de una cláusula.

³ “*puesto que puede haber padecido error quien hubiera sido informado –otra cosa es que sea excusable–, por el contrario, que no lo haya sufrido quien no lo fue*”.

En nuestra opinión, la Sentencia de Casación se separa, en la medida en que no la aplica en toda su extensión, de la doctrina en materia de permutas financieras sentada por el Pleno de la Sala en su STS 840/2013 de 20.1.2014. La Sentencia del Pleno señala que para que un contrato de permuta financiera se suscriba con conocimiento de causa *“la representación [que el cliente hace del contrato] ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos”*. Y afirma también el Supremo que el desconocimiento de estos riesgos tiene entidad suficiente para provocar en un cliente minorista un error excusable y esencial *“pues afecta a las presunciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero”*.

En contra de esta doctrina, en la Sentencia de Casación no hay nada que acredite que Bankinter informó de *“la entidad de los riesgos asumidos”* ni que permita presumir que el cliente los conocía. De hecho, los antecedentes de la sentencia reproducen dos condiciones generales del contrato que permiten inferir precisamente lo contrario. Una cláusula afirma que el cliente acepta que el *clip* conlleva *“un cierto grado de riesgo (...) [y] que en caso de que la evolución de estos tipos de interés sea contraria a la esperada (...) se podría reducir e incluso anular el beneficio económico esperado por el cliente”*. Por su parte, la cláusula de cancelación anticipada del *clip* indica que *“el resultado económico de la cancelación vendrá determinado por las condiciones de mercado en el momento de la cancelación”*. No parece que la redacción de estas previsiones permita a un cliente minorista asumir con conocimiento de causa la *“magnitud del riesgo”* que asume en un supuesto producto de cobertura y que le ha acabado provocando pérdidas de más de 90.000€.

Además, en la Sentencia de Asturias se recogen varios datos que deben tenerse como hechos probados y que podrían ser reveladores para la resolución del caso: (i) el demandante *“no es un experto en contratos financieros complejos”*, sino *“una pequeña empresa dedicada al mármol sin ningún conocimiento financiero”*, (ii) el derivado financiero tiene una *“naturaleza compleja”*, un *“manifiesto riesgo”* y da lugar a una *“desigualdad de prestaciones que se fijan para las partes en caso de subidas y bajadas de los tipos”* y, finalmente, (iii) el *clip* se ofertó *“sin información adecuada, cuando la crisis se vislumbra en el horizonte y era posible predecir para una entidad bancaria un flujo a la baja de los tipos”*. En este listado existen varios elementos que, para muchos, constituyen aspectos esenciales del contrato de permuta financiera y cuyo desconocimiento permite presumir que el cliente minorista no pudo prestar un consentimiento informado. Como mínimo, estos elementos justificaban un análisis jurídico de mayor calado que el realizado.

En resumen, entendemos que, dado que se trataba de una resolución muy esperada y con cierto valor simbólico, la Sentencia de Casación merecía una mayor fundamentación en algunos aspectos del caso que a nosotros nos parecen importantes. Al no profundizarse en ellos, se corre el riesgo de que la comunidad jurídica pierda de vista lo importante y se quede en la anécdota.
