

## SWAPS

### *Nulidad por error*

[SAP, Civil, sección 1, Lugo, núm. 154/2014, de 16 de abril de 2014, ponente: D. José Antonio Varela Agrelo.](#)

**Nulidad por error (Estimación) – Acumulación de acciones – Indebida comercialización de productos financieros – Causa y objeto del contrato – Actuación contraria a la buena fe – Carga de la prueba de la correcta información – Doctrina de los actos propios (sinopsis de Fernando Zunzunegui y Paloma Corbal)**

**Nulidad por error:** “La pregunta es si estas personas hubieran contratado de conocer los riesgos que el producto tenía, es decir, si supiesen las liquidaciones negativas y gastos de cancelación que podían generarse. Si la respuesta es negativa es evidente que el error se proyecta sobre la esencia del contrato e invalida el mismo. (...) Se trata de un error excusable porque la complejidad del producto comporta que el Banco que es quien lo crea o comercializa tendría que explicar el significado del mismo en toda su amplitud, esto es, advirtiendo de las consecuencias que pueda llevar aparejadas, y poniendo encima de la mesa toda la información sobre tendencias de mercado que dispone. Mal se puede entender que un deudor hipotecario ordinario que únicamente pretende cubrirse contra un riesgo de subida de tipos pueda "motu proprio" acceder a la completa inteligencia de un contrato que, en no pocas ocasiones, los propios vendedores no saben explicar con claridad.”

**Acumulación de acciones:** “(...) Estamos ante un producto que se ofreció por determinadas sucursales, a determinados clientes, siguiendo un mismo patrón, lo que comporta una similitud sustancial que hace viable su acumulación en el mismo procedimiento, (...) sin que el hecho de que sean distintas sucursales enerve tal conclusión al responder a directrices superiores de la entidad en donde radica la planificación de su comercialización indebida.”

**Indebida comercialización de productos financieros:** “(...) Solo desde la atalaya del momento actual se toma conocimiento para la mayoría de lo que entonces ocurrió, pues resulta llamativo comprobar como en los primeros años de la profunda crisis vivida afloró una explosiva comercialización de productos complejos y hasta entonces desconocidos para la gran mayoría de usuarios bancarios. (...) Lo que se vendía para proteger, favorecer, dar mas rentabilidad, o suscitar la sensación de elegido como cliente preferente, en realidad era una forma de asegurarse mas rentabilidad ante la tendencia descendente de los beneficios, dotarse de recursos propios, endosando el riesgo a humildes ahorradores, o favorecer una tranquilidad propia vendiéndola como ajena. (...) Se comercializaron como depósitos, lo que en realidad era deuda perpetua sin liquidez (preferentes y subordinadas), como seguros frente a subidas de tipos, lo que en realidad eran apuestas en unas condiciones unilateralmente impuestas ocultando información; productos estructurados, sin advertir de los riesgos y ocultando que muchos de ellos nacían con un valor liquidativo inicial ya negativo para el cliente; y se introdujeron en contratos tan sensibles socialmente como los destinados a la financiación de la primera vivienda, cláusulas abusivas como las cláusulas suelo, intereses de demora desproporcionados, redondeos, etc. con la única intención de

asegurarse ganancias sin importar los perjuicios que ello pudiera suponer a los clientes. Sabiendo lo que hoy sabemos porque así lo ha dicho ya el Tribunal Europeo, nuestro Tribunal Supremo, el Defensor del Pueblo y la mayoría de nuestras Audiencias, resulta explicable que el legislador haya tenido que ir (...) perfeccionando ese ordenamiento consumerista tuitivo para tratar de evitar que, tales abusos (...) vuelvan a repetirse.”

**Causa y objeto del contrato:** “(...) No podemos partir de la presunción de que lo que se vendía era una protección frente a las subidas del Euribor, sino que se vendía un producto complejo, que podía producir con mucha probabilidad graves pérdidas a clientes minoristas sin perfil inversor y que no sabían lo que en realidad estaban contratando. El Jefe de Estudios de BBVA en Octubre de 2.007 ya pronosticó la curva descendente de tipos que se avecinaba, confirmando lo que (...) había indicado el entonces Ministro D. Pedro Solbes (...). No se explica de otro modo esa repentina comercialización de este y otros productos si no fuese porque los analistas de las entidades anticipaban la recesión y consiguiente tendencia a la bajada de los tipos para luchar contra la desaceleración. (...) Los contratos de permuta financiera de tipos de interés tienen causa y objeto, pero se discrepa en que tales elementos del contrato versasen sobre la protección del cliente, sino del banco, que fue el que ofreció los mismos, y aconsejó una apuesta desde una posición informativa privilegiada.”

**Actuación contraria a la buena fe:** “La reciente *sentencia del pleno de la Sala 1ª nº 840/2013 de 20-01-2014* (...) ya señaló que la complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista, no experimentado, en su relación con el proveedor de servicios financieros. (...) La sentencia confirma la calificación del SWAP como producto financiero complejo (...). El *art. 7 del código Civil* establece el deber general de la buena fe, y en los principios del Derecho Europeo de Contratos, se recoge igualmente esa buena fe contractual con la consiguiente obligación de informar de los riesgos que tal contratación comporta. Se trata, en definitiva, que se produzca una "decisión informada" (...). La *STS d 20-01-2014* (...) viene a establecer que tendrá la consideración de asesoramiento financiero la recomendación de suscribir un SWAP con la consiguiente obligación específica de información que ello comporta. (...) Aunque se considere un derivado vinculado a un producto bancario, no por ello dejaría de ser aplicable la buena fe, y la lealtad en la contratación siendo significativa de su no concurrencia la existencia de cláusulas suelo en los productos hipotecarios aquí vinculados que limitaban los improbables beneficios para el cliente e incrementaban los probables beneficios del oferente.”

**Carga de la prueba de la correcta información:** “(...) La facilidad probatoria está en quien comercializa un producto de esta clase con las exigencias explicativas que ello comporta, que, en consecuencia, ha de estar en condiciones de acreditar que cumplió con esa diligencia o soportar las consecuencias de la falta de prueba.”

**Doctrina de los actos propios:** “(...) Estos productos bancarios novedosos eran desconocidos para el público y resulta excusable y no puede entenderse como renuncia a ejercitar una acción (...), el que se cancelase para cesar el daño que el mismo comportaba, o que se demorase la reclamación. Ello se hace mas evidente si lo ponemos en relación con la defectuosa información previa, que lógicamente comporta, cuando aflora el daño, un periodo de confusión, consultas y gestiones perfectamente compatibles con el posterior ejercicio de una acción de nulidad contractual, cuando se toma conocimiento del engaño padecido.”

[Texto completo de la sentencia](#)

\*\*\*