

## SWAPS

### *Nulidad por error*

[STS, Sala de lo Civil, Madrid, núm. 385/2014, del 7 de julio de 2014, recurso: 1520/2012, Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán, Presidente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.](#)

### **Nulidad por error (Estimación) – Presencia de asesoramiento financiero – Principio de congruencia (sinopsis de Fernando Zunzunegui y Paloma Corbal)**

**Nulidad por error:** “No pueden aceptarse las alegaciones sobre la suficiencia del contenido del contrato para excluir el error, tesis que cede (...) ante la presunción, derivada del incumplimiento de la realización del test de idoneidad, del desconocimiento del riesgo real de la operación, ni tampoco las alegaciones sobre el carácter inexcusable del error, pues como declaró esta Sala en la STS nº 244/2013, del Pleno, de 18 de abril de 2013, (...) la obligación de información que establece la normativa legal es una obligación activa, que obliga al banco, no de mera disponibilidad. (...) Presentar un **swap** como un seguro contra el riesgo de la subida de los tipos de interés induce por sí mismo al error de quien recibe tal asesoramiento, porque en el contrato de seguro, ciertamente aleatorio, la pérdida para el tomador del seguro consistiría en seguir pagando la prima aunque los tipos de interés no subieran, mientras que en el **swap** la pérdida consiste en el pago de muy considerables cantidades de dinero si los tipos de interés bajan, lo que lo aleja de la estructura del contrato de seguro para aproximarlo a otro contrato también aleatorio pero muy diferente como es el de apuesta.”

**Presencia de asesoramiento financiero:** “Para discernir si un servicio constituye o no un asesoramiento en materia financiera -lo que determinará la necesidad o no de hacer el test de idoneidad- no ha de estarse tanto a la naturaleza del instrumento financiero como a la forma en que este es ofrecido al cliente, (...) según la doctrina fijada por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L. (...), conforme a la cual tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un **swap** realizada por la entidad financiera al cliente inversor “*que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público*”. (...) La entidad de crédito demandada ofreció el swap a la demandante, cliente minorista, como un producto dirigido a servir de cobertura frente a una subida de los tipos de interés aplicables a las hipotecas y no realizó el test de idoneidad, que era el procedente ya que al comercializarse el swap, como recomendación personalizada a quien en realidad quería un seguro de vida, el servicio prestado fue de asesoramiento financiero. (...) Lo relevante, por tanto, no es si la información debía incluir o no unos gráficos de posibles evoluciones de EURIBOR, sino que la entidad de crédito debía haber suministrado al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto, que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía (...), y haberse cerciorado de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más le convenía, lo que debía hacerse por medio del instrumento procedente en este caso, que era el test de idoneidad, cuya ausencia permite presumir el error excusable.”

**Principio de congruencia:** “(...) Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional desarrollada al pronunciarse sobre las exigencias constitucionales del principio de congruencia (...), el juez o tribunal pueden no ajustarse estrictamente a los argumentos jurídicos utilizados por las partes al motivar las sentencias, estando facultados para apoyarse en razones de carácter jurídico distintas pero que conduzcan a la propia decisión de aceptar o rechazar las pretensiones cuestionadas, de acuerdo con el aforismo *iura novit curia* , por lo que es posible el cambio de punto de vista jurídico siempre que ello no suponga una mutación del objeto del proceso que provoque indefensión (STS de 6 de junio de 2013, recurso nº 1725/2010 ).”

[Texto completo de la sentencia](#)

\*\*\*