

SWAPS

Nulidad por error

[SAP, sección 4, Las Palmas de Gran Canaria, de 7 de junio de 2013, recurso: 936/2011, Ponente: María Elena Corral Losada, Presidente: Emma Galcerán Solsona.](#)

Nulidad por error (Estimación) – Diligencia exigible a la entidad – Doctrina de referencia sobre la materia – Aplicación de la MiFID a los swaps (sinopsis de Fernando Zunzunegui y Paloma Corbal)

Nulidad por error: “Cuando es manifiesto (...) que no se ha cumplido la normativa de información precontractual y de asesoramiento de inversión leal e imparcial (...) 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 (...) pero también por (...) 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 (...) 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 (...).”

Diligencia exigible a la entidad: “Dadas las características de los clientes y su absoluta falta de experiencia (...) y su falta de información y desconocimiento sobre el objeto mismo del contrato, la entidad del riesgo concreto (...), 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 (...) en momento posterior a que el cliente hubiera recibido la completa información precontractual referida y una vez (...) le hubiera puesto en conocimiento además que el producto no era adecuado para su perfil inversor incluso habiendo recibido la información (...). Si además (...) el escenario de evolución de tipos de interés se hubiera presentado como previsiblemente bajista (...) la entidad de crédito ni siquiera podría haber recomendado al cliente la suscripción del producto, sino que debía habérsela desaconsejado expresamente (...).”

Doctrina de referencia sobre la materia: “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 (...) que "se trata de una venta asesorada en la que el banco diseña y recomienda 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 (...) nada dice sobre que deba ser un swap el instrumento ofrecido (...) y que "de ofrecerse un swap habrá que advertir al cliente que (...) tiene el riesgo de tener que asumir pagos cuando bajen los tipos, y que la cancelación anticipada (...) tiene un coste que puede ser muy elevado". Añade que la existencia de asesoramiento se presupone en la contratación de derivados OTC como los swaps y que "desde la perspectiva del cliente hay un

riesgo de mal asesoramiento y deslealtad, de que le ofrezcan productos de cobertura que resultan ser de especulación (...)", pero que además cuando (...) la entidad de servicios de inversión (...) negocia por cuenta propia (...) genera un conflicto de interés al colocar un producto propio (...). "(...) El banco prestador del servicio sólo puede dar contrapartida con un producto propio cuando dicha ejecución suponga la mejor ejecución de la operación. De tal modo que si en el mercado puede encontrarse una mejor contrapartida debe ser la elegida (...). La negociación por cuenta propia de swaps con simultánea contratación de operaciones espejo por parte del banco que da la contrapartida, con un margen no comunicado al cliente puede generar la responsabilidad del banco prestador del servicio. (...) Contratado el swap, el banco continúa vinculado con el cliente como prestador del servicio de inversión (...)" y "debe realizar un seguimiento del producto, con una valoración continua que permita avisar al cliente ante una evolución desfavorable (...). En la contratación de (...) 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 (...). 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 (...)".

Aplicación de la MiFID a los swaps: “Pese a que las entidades de crédito vienen sosteniendo en diversos procesos que no son de aplicación las normas de protección de inversores que se comprenden en la Directiva MIDIF (...) y en la Ley del Mercado de Valores a los swaps de intereses que dichas entidades ofertaron a los prestatarios de préstamos hipotecarios (...) y que la comercialización de swaps de intereses no comportaba servicio de asesoramiento al inversor (...) por ofertarse de modo vinculado a contratos de préstamo con garantía hipotecaria, (...) debe rechazarse totalmente dicha interpretación parcial y sesgada (...). Las entidades de crédito venían entendiendo que la normativa MIDIF no era de aplicación por serlo la excepción contemplada en el apartado 9 del artículo 19 de la Directiva 2004/39, pero esa sesgada interpretación que vulneraba claramente las normas establecidas para la protección del inversor por la Unión Europea (...) y que intentaron sostener también conjuntamente la CNMV y el Banco de España en su nota conjunta publicada el 20 de abril de 2010 (...) ha sido completamente rechazada por la (...) sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013 (...) que ha dejado claramente sentado (...) que: (...) La finalidad que se persigue con la Directiva MIFID (...) es ofrecer a los inversores un alto nivel de protección (...). Los swaps de intereses son instrumentos financieros complejos (...) y la oferta personalizada de dichos instrumentos financieros complejos comporta obligación de la entidad ofertante (...) de clasificación del cliente, de realización del correspondiente test de idoneidad del inversor, de realización de juicio sobre la adecuación del producto (...) y de advertencia expresa al cliente de que el producto no es adecuado (...), si así lo fuere. (...) La excepción (...) "(...) se dará (...) ÚNICAMENTE SI FORMABA PARTE INTRÍNSECA DE UN PRODUCTO FINANCIERO (...). El hecho de que la duración del instrumento financiero (...) sobrepase la del citado producto, de que un instrumento financiero único se aplique a distintos productos financieros ofrecidos al mismo cliente o que el instrumento y el producto se ofrezcan en contratos diferentes son indicios de que ese mismo servicio no forma parte intrínseca del producto financiero en cuestión. (...) Lo dispuesto en la legislación de la Unión y en las normas europeas comunes a las que se refiere dicho precepto DEBE PERMITIR UNA VALORACIÓN DEL RIESGO DE LOS CLIENTES O ESTABLECER REQUISITOS DE INFORMACIÓN (...)"”.

[Texto completo de la sentencia](#)
