

SWAPS

Nulidad por error

[STS, Sala de lo Civil, Madrid, núm. 110/2015, del 26 de febrero de 2015, recurso: 1548/2011, Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán, Presidente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.](#)

Nulidad por error (Estimación) – Obligación de información en la comercialización de swaps – Aplicación de la MiFID (sinopsis de Fernando Zunzunegui y Paloma Corbal)

Nulidad por error: “(...) La entidad de crédito demandada ofreció el swap a la demandante, cliente minorista, no realizó el test de idoneidad -que era obligado ya que al comercializarse el swap como recomendación personalizada el servicio prestado fue de asesoramiento financiero- y no hubo información sobre el riesgo de forma adicional al contenido de las cláusulas del contrato. (...) Como se declaró en la STS de 7 de julio de 2014, (...) lo relevante no es si la información debía incluir o no la posible evolución de los tipos de interés, 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 test de idoneidad. (...) El recurso debe ser desestimado, y no pueden aceptarse sus alegaciones sobre la suficiencia del contenido del contrato para excluir el error, tesis que cede (...) ante la presunción, derivada del incumplimiento del deber de información, razón por la que (...) se habla de "error heteroinducido" por la omisión de poner de manifiesto al cliente el riesgo real de la operación, ni tampoco sus 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. (...) El hecho de que el contrato llevara ejecutándose un año cuando se interpuso la demanda es irrelevante (...) pues el banco recurrente no alega (...) hecho alguno acaecido durante ese año de ejecución del contrato que hubiera podido tener efectos enervantes del error padecido en el momento de la contratación sobre un elemento esencial del mismo como es el verdadero riesgo asumido.”

Obligación de información en la comercialización de swaps: “El tema jurídico que se plantea es el alcance de la obligación de información de una entidad de crédito al comercializar un producto complejo como es el *swap* y las consecuencias del incumplimiento de ese deber de información en relación con la existencia de error vicio del consentimiento, sobre lo que esta Sala se ha pronunciado en la STS nº 840/2013, del Pleno, de 20 de enero de 2014 (...), fijando unos criterios de enjuiciamiento que se han reiterado en las SSTS de 7 de julio de 2014 (...), y 8 de julio de 2014 (...). El cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos de la operación especulativa de forma imparcial, clara y no engañosa, incluyendo además, de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y, también, orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados (...), para lo que -con el fin de salvar el desequilibrio de información que podría viciar el consentimiento por error- se establece un instrumento, el test de idoneidad, en el que se suma el test de conveniencia (sobre conocimientos y

experiencia en materia financiera del cliente) a un informe sobre su situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y sus objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan. Como se ha declarado en la reciente STS de 10 de septiembre de 2014, (...) "*el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en la sentencia num. 840/2013, de 20 de enero de 2014*", en la que esta Sala ya dejó dicho que la omisión del test que debía recoger la valoración del conocimiento del cliente de los concretos riesgos asociados al producto complejo, aun no determinando por sí la existencia del error vicio, sí permitía presumirlo."

Aplicación de la MiFID: "Dicha doctrina -inicialmente desarrollada por la STS nº 840/2013 en el marco normativo de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros (en lo sucesivo Directiva MiFID), cuya transposición al ordenamiento jurídico español se efectuó por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre (...), que introdujo el contenido de los actuales artículos 78 y siguientes LMV, luego desarrollados por el RD 217/2008 de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión (...)-, es plenamente aplicable al presente recurso (...). Deben ser rechazadas (...) las alegaciones (...) sobre la inaplicación al caso de esta normativa por razón de la naturaleza del contrato, pues se oponen a la doctrina de la citada STS nº 840/2013 y de las posteriores ya mencionadas, dado que en el anexo I de la Directiva MiFID se incluyen como instrumentos financieros, en la sección c) 4, los contratos de permuta financiera (swaps), cuyo sometimiento a la normativa indicada -como productos financieros complejos- no puede ser objeto de discusión tras la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L. (C- 604/2011)."

[Texto completo de la sentencia](#)
