

## SWAPS

### *Inexistencia de error vicio*

[STS, Sala de lo Civil, núm. 32/2017, de 19 de enero, recurso: 1861/2013. Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo. Presidente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán.](#)

**Nulidad por error (Desestimación) – El deber de información en la comercialización de productos complejos (sinopsis de Fernando Zunzunegui e Ignacio Martín).**

**Nulidad por error (Desestimación):** “(...) La sentencia recurrida concluye que no ha existido error, pero no porque haya quedado acreditado que en este caso concreto el banco hubiera cumplido con los deberes que le imponía la normativa MiFID, pues entre otras cosas no se declara cumplido el deber de recabar el test de idoneidad, sino porque entiende que los administradores estaban ya informados sobre las características del producto y los riesgos que conllevaba, al haber concertado previamente otro swap muy similar para otra sociedad, respecto del que hay una sentencia firme que declara cumplidos estos deberes de información. Es cierto que el incumplimiento del deber de información respecto de la contratación del swap (...) no conlleva necesariamente la apreciación del error vicio, sino que hace que tal error se presume. Esta presunción no impide que pueda demostrarse que, a pesar de no haber quedado acreditado el cumplimiento de los deberes de información, los administradores que prestaron el consentimiento (...) conocían las características del producto y los concretos riesgos que conllevaba. Y eso es lo que declara probado la sentencia de apelación, mediante una prueba de presunciones, a la vista de la información que consta fue recibida por ellos al contratar otro swap para otra sociedad de la que también eran administradores (...). El tribunal presume que si un mes antes habían sido informados sobre las características de un swap y sobre los concretos riesgos que conllevaba su contratación, al tiempo de contratar este segundo swap ya eran conocedores de las características del swap y de sus riesgos, por lo que no prestaron su consentimiento con error vicio. Esta circunstancia, que quien prestó el consentimiento (...) conocía las características del producto y los concretos riesgos que conllevaba, es un hecho que se declara probado en la sentencia recurrida, y sobre ese hecho se lleva a cabo la valoración jurídica de que no hubo error vicio. Sin que sea posible ahora, en casación, realizar una nueva valoración de la prueba. A la vista de lo anterior, es difícil contrariar la valoración jurídica realizada por la Audiencia sin contradecir la base fáctica. En consecuencia, no encontramos razones para advertir en el enjuiciamiento de la Audiencia una vulneración de las normas legales que regulan el error vicio, razón por la cual se desestima el motivo de casación. (...)”.

**El deber de información en la comercialización de productos complejos** “(...) El 28 de mayo de 2008, cuando (...) concertó el contrato de permuta financiera de tipos de intereses, cuya nulidad por error vicio se pide en este pleito, ya estaba en vigor la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva MiFID, mediante el art. 79 bis LMV. Conforme a esta normativa, en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadoras de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación. Aunque por sí mismo el incumplimiento de los reseñados deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio

en la contratación del producto financiero, la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, incide en la apreciación del error (...). De este modo partimos de que la entidad financiera venía obligada, con carácter previo a la contratación, a aportar una información clara y comprensible al cliente que le permitiera conocer los riesgos concretos del producto. También partimos de la jurisprudencia sobre el cumplimiento de este deber: «es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación -activa y no de mera disponibilidad- de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios» (...). «no cabe entender suplido el deber de información por el contenido del propio contrato de swap, la mera lectura de las estipulaciones contractuales no es suficiente y se requiere una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, tendente a la explicación de la naturaleza del contrato, el modo en que se realizarán las liquidaciones, los riesgos concretos que asume el cliente, como son los que se concretaron posteriormente en las elevadas liquidaciones negativas practicadas, y la posibilidad de un alto coste de cancelación anticipada (...). (...) no basta una mera ilustración sobre lo obvio, es decir, que como se trata de un contrato aleatorio, puede haber resultados positivos o negativos, sino que la información tiene que ser más concreta y, en particular, advertir debidamente al cliente sobre los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés (...). «El banco debe informar al cliente, de forma clara y sin trivializar, que su riesgo no es teórico, sino que, dependiendo del desarrollo de los índices de referencia utilizados, puede ser real y, en su caso, ruinoso, a la vista del importe del notional.» Tal información no se suministra con una simple advertencia en el condicionado general del contrato presentado a la firma [...]» (...).».

[Texto completo de la sentencia](#)

\*\*\*