

SWAPS

Doctrina del TS sobre el deber de información

[STS, Sala de lo Civil, núm. 316/2017, de 18 de mayo, recurso: 2491/2014. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán. Presidente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán.](#)

Nulidad por error – Doctrina sobre el correcto cumplimiento del deber de información – Presunción de conocimiento contraria a la doctrina del TS (sinopsis de Fernando Zunzunegui e Ignacio Martín).

Nulidad por error: “(...) La parte recurrente argumenta, en síntesis, que se trata de un cliente minorista sin los especiales conocimientos financieros que exigen la contratación de un producto complejo como los swaps; que dichos conocimientos no se le pueden suponer por el hecho de haber contratado antes, ya que fue desconocedora de la realidad de lo que contrataba hasta que aparecieron las liquidaciones negativas; que la contratación fue impuesta por el banco, ofertando el swap como si fuese un seguro; que la asimetría entre las partes explica que la ley imponga a las entidades de servicios de inversión unos específicos deberes de información sobre el producto, sus características y riesgos inherentes; que dicha información debe ser previa a la contratación, sin que pueda suplirse por el contenido literal del contrato; que en este caso no hubo ninguna información previa ni reunión explicativa del producto; que en el caso de contratos sujetos a la normativa MiFID existe la específica obligación de someter al cliente a un test de idoneidad cuando, como fue el caso, el servicio prestado es de asesoramiento financiero, en el que se suma el test de conveniencia (sobre los conocimientos y experiencia del cliente en materia financiera) a un informe sobre la situación financiera del cliente y sus objetivos de inversión, con el fin de que pueda recomendársele o no su contratación; que este test no se practicó, pues la recurrente impugnó la autenticidad del supuesto test de conveniencia aportado por el banco con su informe pericial y la entidad financiera no practicó prueba en sentido contrario por lo que la propia sentencia recurrida no lo tuvo en cuenta; y en fin, que por todo ello el consentimiento prestado no fue válido por estar viciado por error (...)”.

Doctrina sobre el correcto cumplimiento del deber de información: “(...) Conforme a la jurisprudencia sentada desde la sentencia de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014 (entre las más recientes, 140/2017, de 1 de marzo, 149/2017, de 2 de marzo, y 179/2017, de 13 de marzo), tanto antes como después de la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español la asimetría que existe en este tipo de contratos impone a las entidades de servicios de inversión el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada sobre las características del producto y los concretos riesgos que les pueda comportar su contratación, incluyendo el coste de su cancelación anticipada. Esta información debe ir más allá de una mera ilustración sobre lo obvio -esto es, que el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial-, siendo la del banco una obligación activa, que no se cumple con la mera puesta a disposición del cliente minorista de la documentación contractual, sino que exige «una información precontractual completa y adecuada, con suficiente antelación a la firma de los documentos» (por ejemplo, sentencias 163/2017, de 8 de marzo, y 201/2017, de 24 de marzo). Es decir, la jurisprudencia descarta la suficiencia informativa del propio contenido contractual y que la mera lectura del documento resulte bastante, siendo precisa una actividad suplementaria del banco, realizada con

antelación suficiente a la firma del contrato, para explicar con claridad la naturaleza aleatoria del contrato, cómo se realizan las liquidaciones y la cancelación anticipada y cuáles son los concretos riesgos en que podría incurrir el cliente (por ejemplo, sentencias 84/2017, de 14 de febrero, 143/2017, de 1 de marzo, y 149/2017, de 2 de marzo). Esta doctrina ha precisado, en cuanto al coste de cancelación, que la mera referencia contractual a su determinación según precios de mercado es insuficiente por falta de concreción y por no impedir que el cliente se vea sorprendido por dicho coste (sentencias 594/2016, de 5 de octubre, 138/2017, de 1 de marzo, y 179/2017, de 13 de marzo). Además, cuando se prestan servicios de inversión, la normativa MiFID exige la realización del test de idoneidad, más exigente y exigible que el de conveniencia, cuya ausencia, no determinante por sí misma de la existencia de error, sí permite presumirlo en tanto no se demuestre que el cliente tenía un conocimiento suficiente sobre el producto contratado (por ejemplo, sentencia de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014, y posteriores 384/2014 y 385/2014, ambas de 7 de julio). Finalmente, para esta doctrina jurisprudencial tampoco el encadenamiento de contratos del mismo tipo excluye el error, señalando al respecto, por ejemplo, la sentencia 651/2015 (citada por las sentencias 562/2016, de 23 de septiembre y la 149/2017, de 2 de marzo), que «el hecho de que la demandante hubiera concertado anteriormente otros contratos de swap ligados a operaciones de financiación necesarias para desarrollar su actividad no supone, por sí mismo, que sea un cliente experto, si no existe una mínima constancia de que en esas operaciones sí se le había informado adecuadamente sobre la naturaleza, características y riesgos del contrato de swap». (...) Si partimos de los propios hechos probados en la instancia, no cabe concluir que la entidad financiera cumpliera los deberes de información que establecía la legislación respectivamente aplicable en la fecha de celebración de los contratos litigiosos, omisión que permite presumir la existencia de error en el consentimiento (...).»

Presunción de conocimiento contraria a la doctrina del TS: “(...) El tribunal sentenciador no declara de forma terminante que el banco informara a la recurrente en los términos legal y jurisprudencialmente exigidos -esto es, con antelación suficiente a la firma del contrato, y más allá de lo obvio- sobre los concretos riesgos de los productos contratados y, en particular, sobre el coste que llevaba aparejada su cancelación anticipada, elementos esenciales para la formación del consentimiento en este tipo de contratos. Lo único que se desprende de los razonamientos del tribunal sentenciador es que este presume que la hoy recurrente contaba, antes de contratar, con suficiente conocimiento del producto y sus características, de manera que la omisión del deber de información -incluso la falta de test de idoneidad- no sería determinante de error en el consentimiento. Pero para fundar esa conclusión favorable a la existencia de conocimientos previos, el tribunal sentenciador no se apoya en hechos, sino que se sirve de argumentos jurídicos que se oponen a la doctrina jurisprudencial antes expuesta pues, de una parte, deduce ese conocimiento de la experiencia de la recurrente con otros swaps contratados con anterioridad, a pesar de que no exista mínima constancia de que en esas operaciones sí se le hubiera informado adecuadamente y de que no se viera sorprendida por la primera liquidación negativa, y, de otra parte, porque tiene en cuenta, esencialmente, la literalidad del contenido contractual (de todos y cada uno de los contratos suscritos desde 2004), pese a que según la jurisprudencia el contenido del contrato y su lectura no suple la necesaria actividad informativa suplementaria por parte del banco realizada con antelación suficiente a la firma, y menos aun cuando el coste de cancelación anticipada no aparecía concretado en la documentación contractual (...).”

[Texto completo de la sentencia](#)
