

SWAPS

Nulidad y obligación de restitución recíproca de lo percibido

[STS, Sala de lo Civil, núm. 344/2017, de 1 de junio, recurso: 742/2014. Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo. Presidente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán.](#)

La obligación de informar clara y comprensiblemente a los clientes – Como subsanar el error excusable o invalidante – El error en la representación de las condiciones (sinopsis de Fernando Zunzunegui e Ignacio Martín).

La obligación de informar clara y comprensiblemente a los clientes: “(...) Constituye jurisprudencia constante de esta sala que bajo la normativa MiFID (en concreto el art. 79 bis.3 LMV), 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 [por todas, sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 559/2015, de 27 de octubre]. (...) En supuestos similares al presente, en que se habían comercializado productos que podían incluirse dentro de la denominación genérica de permuta financiera o swap, hemos advertido que, al margen del motivo por el que se concertaron o la explicación que se dio al ser comercializados, no dejan de tener la consideración de producto financiero complejo, sobre cuya comercialización pesan reseñados deberes de información expuestos: «(D)icho de otro modo, en la contratación de estos contratos financieros con inversores minoristas o no profesionales, con independencia de cómo se denomine el contrato y de si van ligados a una previa operación financiera, como es el caso, o son meramente especulativos, regían los deberes de información de la normativa pre MiFID» (sentencia 559/2015, de 27 de octubre). Por ello, la entidad financiera demandada (Banco Herrero) estaba obligada a suministrar, con carácter previo a la contratación, una información clara y comprensible a los clientes (Marcos y Agustina) que les permitiera conocer los riesgos concretos del producto. La Audiencia reconoce que esta información no fue suministrada cuando se concertaron las dos permutas financieras de 31 de marzo de 2008, pues los clientes desconocían los riesgos concretos que podía derivarse del producto contratado y los elevados costes de cancelación. La controversia radica en si el acuerdo que alcanzó el abogado de los demandantes, en representación suya, con el banco en mayo de 2009, por el que se cancelaron los dos swaps anteriores, sin coste de cancelación, y se concertaron dos nuevos swaps, al parecer, en condiciones más beneficiosas, venía a sanar el error respecto de los dos primeros swaps y ponía en evidencia respecto de esta segunda contratación que no existía error (...)”.

Como subsanar el error excusable o invalidante: “(...) En las condiciones en las que se produjo la cancelación de los dos swaps de 2008 y su sustitución por los del 2009 no cabe hablar de una confirmación de los contratos viciados por error vicio. Según la jurisprudencia contenida en las sentencias de esta sala 19/2016, de 3 de febrero, 164/2016, de 16 de marzo, 503/2016, de 19 de julio y 691/2016, de 23 de noviembre: «como regla general, ni la

percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria». Para que el error excusable e invalidante del contrato se subsane mediante la confirmación del negocio jurídico por los propios y vinculantes actos de la persona que lo sufrió -de modo que dichos actos impidan un actuar posterior incompatible- es necesario el pleno conocimiento de la causa a la hora de fijar una situación jurídica. La cancelación anticipada del contrato no constituye un acto tácitamente convalidante, en tanto que dicha conducta encuentra justificación en el riesgo cierto de que tal situación se vaya agravando y suponga un importante quebranto económico (sentencia 741/2015, de 17 de diciembre, citada por la posterior 164/2016, de 16 de marzo). Es decir, en evitar la «sangría económica que suponen las sucesivas liquidaciones negativas» (sentencia 503/2016, de 19 de julio). Esta sentencia declaró que, aunque se canceló anticipadamente el contrato, la finalidad de esa actuación no fue la confirmación del contrato viciado sino enjugar el riesgo de insolvencia que se cernía sobre los clientes si se seguían produciendo liquidaciones negativas (también la sentencia 57/2016, de 12 de febrero) (...).

El error en la representación de las condiciones: “(...) En el presente caso, ha quedado acreditado que la cancelación anticipada sin coste alguno vino condicionada por la concertación de un nuevo swap, en unas condiciones que se pensaban eran más beneficiosas. Nuevamente, al concertar estos segundos swaps no se informó correctamente de los riesgos que comportaban, que se actualizaron en seguida. El error en esta segunda contratación radica en representarse que, en las condiciones que se ofrecían por el banco, estos segundos swaps no iban a dar lugar a liquidaciones tan negativas como las que se generaron después, además de que vino forzada por el banco para poder cancelar los anteriores swaps. (...) De esta forma, los hechos acreditados en la instancia ponen en evidencia que el error vicio con que concertaron los demandantes las dos primeras permutas financieras (marzo de 2008), concurrió nuevamente cuando se concertaron los dos swaps de mayo de 2009, que sucedían a los dos anteriores, pues estos dos últimos fueron aceptados como condición necesaria para acabar con la sangría derivada de los dos anteriores (2008) y bajo la creencia de que por las condiciones ofrecidas no se producirían liquidaciones tan negativas como las que se habían generado con los dos primeros. En realidad, lo que la Audiencia entiende por transacción, el acuerdo de cancelar los dos primeros swaps sin coste de cancelación y concertar dos nuevos swaps, estaba también viciado por el error. La apreciación del error o defecto de representación de los verdaderos costes o riesgos asociados a estas dos nuevas permutas financieras contratadas, lleva implícito que los clientes, de haberlos conocido, no hubieran accedido a contratarlas. Esto es, de haber sabido que estos dos nuevos swaps, que sustituían a los dos anteriores, podían llegar a generar liquidaciones tan negativas como las que generaron, no los habrían contratado. (...) La estimación del recurso de casación provoca que casemos la sentencia de apelación, cuya parte dispositiva dejamos sin efecto. En su lugar acordamos la desestimación del recurso de apelación formulado por Banco Sabadell y la confirmación de la sentencia dictada en primera instancia (...).”

[Texto completo de la sentencia](#)
