

SWAPS

Nulidad por error en el consentimiento

STS, Sala de lo Civil, núm. 354/2017, de 2 de junio, recurso: 2622/2014. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán. Presidente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán.

El deber de información y su cumplimiento – La formación necesaria para conocer los riesgos y características de los productos – El encadenamiento de contratos del mismo tipo no excluye el error (sinopsis de Fernando Zunzunegui e Ignacio Martín).

El deber de información y su cumplimiento: “(...) la asimetría informativa 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 puede comportar su contratación, incluyendo el coste de su cancelación anticipada. Esta información debe ir más allá de una mera ilustración sobre lo obvio (...), siendo la del banco una obligación activa, pues sin conocimientos expertos en el mercado de valores el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional y debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante, lo que se traduce en que la parte obligada a informar correctamente no pueda objetar que la parte que tenía derecho a recibir la información correcta debió haberse asesorado por un tercero y que, al no hacerlo, no observó la necesaria diligencia, o que en el contrato se incluía una cláusula, prerredactada por el banco, en la que se afirmaba que el cliente se había asesorado por su cuenta y eximía al banco de informarle adecuadamente. (...) ese deber de información 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» (...). (...), la jurisprudencia descarta la suficiencia informativa del contenido contractual y que la mera lectura del documento resulte bastante, pues se 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 (...). En cuanto al coste de cancelación, se ha precisado que la mera referencia contractual a su determinación según precios de mercado es insuficiente, por falta de concreción del mismo y por no impedir que el cliente se vea sorprendido por dicho coste (...)”.

La formación necesaria para conocer los riesgos y características de los productos: “(...) la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap no es la del simple empresario, sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos. Como recuerda la reciente sentencia 149/2017, de 2 de marzo: «La sentencia 579/2016, de 30 de septiembre, trae a colación las sentencias 549/2015, de 22 de octubre, 633/2015, de 19 de noviembre, 651/2015, de 20 de noviembre, y 676/2015, de 30 de noviembre, entre otras, según las cuales no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa, pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable, y "no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera" (...). Según

la sentencia 594/2016, de 5 de octubre, el conocimiento especializado en este tipo de productos financieros complejos como los swap "tampoco se puede deducir por el hecho de haber sido el encargado de relacionarse con los bancos para el tráfico normal de la empresa, debido a la propia sofisticación, singularidad y complejidad declarada del producto" (...). » (...), puesto que son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable, es irrelevante a estos efectos que en la empresa existiera un administrador o empleado licenciado en económicas o que estos fueran los estudios del contable de la empresa (...). (...) El segundo razonamiento consiste en relativizar la importancia de la falta de información porque uno de los demandantes, (...) era empresario, tenía experiencia tanto en la contratación de productos bancarios en general, para la financiación de sus empresas, como particularmente en la contratación de swaps (al haber suscrito en 2006 dos para sus empresas familiares) y había sido asesorado por su contable, al que la sentencia recurrida también le presume «algún tipo de formación financiera». Este argumento no tiene en cuenta que los específicos y especializados conocimientos financieros que se exigen para la contratación de un producto complejo como el swap no se deducen del hecho de ser administrador ni de la experiencia en la gestión ordinaria de empresas pequeñas y familiares ni, en fin, del hecho de haber sido la persona encargada de relacionarse con los bancos para el tráfico normal de aquellas. Tampoco dichos conocimientos financieros especializados pueden presumirse en la persona de su contable, cuya titulación no consta, y el hecho de que el demandante contara con ese asesoramiento no eximía al banco de cumplir adecuadamente sus deberes legales de información, ni, en fin, la experiencia en la contratación de dos swaps anteriores a la firma del litigioso permite en este caso concreto deducir que el demandante conocía perfectamente el producto, sus características y riesgos, pues según la sentencia de primera instancia, tampoco desvirtuada en este punto por la recurrida, no consta probado qué tipo de información se ofreció por el banco en la contratación de aquellos, siendo revelador de que tampoco entonces fue informado de la posibilidad de sufrir graves pérdidas patrimoniales en caso de bajada abrupta y prolongada de los tipos el dato de que al contratar en 2008 todavía no se hubieran derivado liquidaciones negativas a resultas de los swaps de 2006, cuya nulidad por error interesó tan pronto tuvo conocimiento de este resultado adverso (...)"

El encadenamiento de contratos del mismo tipo no excluye el error: "(...) Finalmente, para la doctrina jurisprudencial tampoco el encadenamiento de contratos del mismo tipo excluye el error, puntualizando al respecto, por ejemplo, la sentencia 651/2015 (...), 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 la doctrina jurisprudencial expuesta se aplica a los hechos probados no puede apreciarse que la entidad financiera cumpliera los deberes de información que establecía la normativa MiFID aplicable en la fecha de celebración del contrato litigioso, omisión que permite presumir la existencia de error en el consentimiento al no resultar desvirtuada por las razones en las que se apoya la sentencia recurrida. (...) el tribunal sentenciador no declara probado que el banco informara a los recurrentes 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. Tampoco consta que se hiciera un estudio previo de las condiciones económicas y empresariales del cliente para asegurarse de la adecuación del producto ofrecido a su perfil inversor, pues la propia sentencia recurrida admite que no se realizaron «los test exigidos por la normativa MiFID» (...) y no desvirtúa la conclusión probatoria de la sentencia de primera instancia (...) acerca de que no se clasificó al cliente como minorista ni se le entregó folleto explicativo del producto ni, en fin, se le realizaron explicaciones de su funcionamiento mediante simulaciones (...)"

[Texto completo de la sentencia](#)
