

SWAPS

Nulidad por error en el consentimiento

[STS, Sala de lo Civil, núm. 425/2017, de 6 de julio, recurso: 1840/2013. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán. Presidente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán.](#)

La obligación de información no se agota con la documentación contractual – El deber de información es activo – Ser una sociedad o un administrador no supone tener conocimientos financieros (sinopsis de Fernando Zunzunegui e Ignacio Martín).

La obligación de información no se agota con la documentación contractual: “(...) En síntesis, la sentencia recurrida declara probado que la sociedad demandante estuvo representada por su administrador, que tenía experiencia empresarial y en la contratación de productos financieros similares (...), que dicho administrador tuvo a su disposición el contrato durante quince días antes de firmarlo, que lo leyó aunque no lo entendió, que no pidió ninguna aclaración ni buscó asesoramiento, que con la documentación contractual se le ofrecieron los escenarios posibles, con indicación del resultado positivo o negativo que podía derivar de cada uno de ellos, que en el contrato figuraba que la cancelación anticipada se haría a precios de mercado, que también se incluyó una estipulación según la cual las partes decían conocer los riesgos de la operación y, en fin, que se le hizo un test de conveniencia el mismo día en que se firmó el contrato, test en el que el administrador de la demandante manifestó su voluntad de suscribir este tipo de producto para la cobertura de tipos de interés, reconociendo estar familiarizado con él, y asumir los riesgos que entrañaba su contratación. (...) Estos hechos no determinan el cumplimiento por la entidad financiera de sus deberes legales de información. Lo único que demuestran es que el producto fue suscrito a propuesta de la entidad bancaria sin que esta hiciera, con la debida antelación, un estudio previo de las condiciones económicas y empresariales de la cliente para asegurarse de la adecuación de los productos ofrecidos a su situación económica y perfil inversor, y sin que tampoco ofreciera una información comprensible y adecuada, con la misma debida antelación y más allá de una «mera ilustración sobre lo obvio», sobre las características del producto y sobre los concretos riesgos que podía comportar su contratación, incluyendo el coste de cancelación. Y ante la realidad de tales incumplimientos no cabe oponer que el propio contenido del contrato de swap suplía la falta de información (argumento nuclear de la sentencia recurrida que revela el interés casacional del presente recurso), pues como recuerda la sentencia 282/2017, de 10 de mayo (con cita de otras también muy recientes): «Para excluir la existencia de error o su carácter excusable no es bastante el mero contenido del contrato, y su lectura por parte del cliente, ni basta una mera ilustración sobre lo obvio (que como se trata de un contrato aleatorio, en el que se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, puede haber resultados positivos o negativos para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial), 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, así como sobre el coste de cancelación. Es decir, "no se trata de abrumar al cliente con fórmulas, datos y cifras, que más que dar información, la ocultan, sino de asegurarse de que el cliente ha comprendido la naturaleza y riesgos del producto o servicio mediante una explicación clara, imparcial y no engañosa de estos extremos" (entre las más recientes, sentencias 2/2017, de 10 de enero, y 149/2017, de 2 de marzo)» (...).”

El deber de información es activo: “(...) constantemente viene declarando la jurisprudencia que la obligación informativa del banco es activa, no de mera disponibilidad, que ha de ser realizada con antelación suficiente a la firma del contrato y que no puede suponer una mera información sobre lo obvio. En este caso, la información precontractual fue inexistente, pues no existe prueba documental u objetiva de que el banco informara a la cliente con carácter previo a la contratación del swap sobre las características del mismo, y en particular sobre los específicos riesgos que llevaba asociado, como la posibilidad de que se generasen importantes pérdidas patrimoniales en caso de bajada abrupta y prolongada de los tipos de interés o la necesidad de afrontar un importante coste en caso de cancelación anticipada. Los hechos probados permiten concluir que la única información recibida por la demandante, por medio de su administrador, fue la que se le facilitó con la documentación contractual, que esta sala viene considerando insuficiente. Por eso no es determinante que dicha documentación estuviera en su poder durante quince días antes de firmar, ya que, además de que ni tal circunstancia ni la lectura del contrato excusaban la anterior inactividad de la entidad financiera, la realidad ha demostrado que tampoco su puesta a disposición con esa antelación, sin más explicaciones, evitó que el cliente careciera de la información necesaria sobre las características del producto y sus riesgos en el momento de la firma. Los escenarios a los que se refiere la sentencia recurrida son los mencionados en el anexo sobre el funcionamiento del producto (...), y tampoco de ellos se desprende una explicación suficiente que vaya más allá de lo obvio, al quedarse en que el producto podía generar liquidaciones negativas pero sin dar idea del importe de las mismas en cada caso y, por tanto, sin permitir que la demandante pudiera representarse hasta qué punto podía llegar el quebranto económico de producirse una situación alcista prolongada. El test de conveniencia fue simultáneo a la firma del contrato y se omitió el de idoneidad, que opera en casos como este en los que se ha prestado un servicio de asesoramiento financiero, por lo que el banco no pudo cerciorarse, como debía, de que el producto era idóneo para la situación financiera de la cliente y para sus objetivos de inversión (entre las más recientes, sentencias 677/2016, de 16 de noviembre, 589/2016, de 23 de noviembre, y 244/2017, de 20 de abril). Tampoco sirve de excusa la inclusión de una cláusula según la cual la cliente manifestaba conocer y aceptar los riesgos inherentes o que pudieran derivarse del producto contratado, ya que la jurisprudencia viene considerándola como una fórmula predispuesta por el profesional, vacía de contenido al resultar contradicha por los hechos (en tal sentido, por ejemplo, sentencias 179/2017, de 13 de marzo, 223/2017, de 5 de abril, y 244/2017, de 20 de abril). Finalmente, la omisión de información precontractual sobre el coste de cancelación anticipada (elemento esencial a efectos de la calificación del error como invalidante) tampoco fue paliada por el contenido contractual, pues la mera referencia documental a que la cancelación anticipada sería posible con un coste que se calcularía por la situación del mercado en el momento de la cancelación se ha venido considerando por esta sala como insuficiente (entre las más recientes, sentencias 179/2017, de 13 de marzo, 204/2017, de 30 de marzo, 211/2017, de 31 de marzo, 223/2017, de 5 de abril, y 244/2017, de 20 de abril) (...).”

Ser una sociedad o un administrador no supone tener conocimientos financieros: “(...) Resultan igualmente contrarias a la jurisprudencia de esta sala las consideraciones de la sentencia recurrida sobre el perfil de la cliente y su incidencia a la hora de destruir la presunción de error esencial y excusable que deriva del incumplimiento de los deberes legales de información por parte de la entidad financiera (en particular, que su administrador conocía el producto y sus riesgos, dada su experiencia empresarial y su experiencia en la contratación bancaria de productos swap y otros similares y que, en todo caso, podía haberse asesorado), pues la doctrina jurisprudencial viene reiterando (entre las más recientes, sentencias 676/2015, de 30 de noviembre, 2/2017, de 10 de enero, 11/2017, de 13 de enero, y 282/2017, de 10 de mayo) «que ni la condición de sociedad del cliente ni la experiencia de sus administradores en la gestión empresarial o en la contratación bancaria dentro del tráfico ordinario de la sociedad presuponen la tenencia de los específicos conocimientos financieros que exige la contratación de esta clase de productos debido a la propia sofisticación, singularidad y complejidad del swap [...]; que en todo caso es la empresa de servicios de inversión la que está obligada a facilitar dicha información, impuesta por la normativa legal, y no sus clientes quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia

de inversión, buscar asesoramiento experto o formular las correspondientes preguntas, lo que supone que 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 (sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015 , 676/2015, de 30 de noviembre , citadas por las más recientes 7/2017, de 12 de enero, 143/2017, de 1 de marzo , y 163/2017, de 8 de marzo); y en fin, que tampoco la previa celebración de contratos de swap supone que los clientes conocieran los riesgos, sino precisamente lo contrario, puesto que por ignorar a lo que se estaban exponiendo seguían firmando contratos sin noción real del alcance de los riesgos patrimoniales (sentencia 7/2017, de 12 de enero)» (...)."

[Texto completo de la sentencia](#)
