

SWAP

Incumplimiento del contrato por no aplicar el precio de mercado

[SAP de Madrid, Sección Decimonovena, de 4 de octubre, recurso 482/2017. Ponente: Excmo. Sr. Fernando Delgado Rodríguez. Letrado demandante Dr. Fernando Zunzunegui.](#)

El deber de información – El coste de cancelación – Exenciones de responsabilidad (sinopsis de Fernando Zunzunegui e Ignacio Martín).

El deber de información: “(...) Los primeros motivos del recurso tienen relación con la doctrina establecida en los casos de anulación del swap, (...) en que se trata exclusivamente de las liquidaciones practicadas a consecuencia de la cancelación de cinco swaps distintos, que están asociados a opciones. En atención a dicha circunstancia no debemos vincular la insuficiencia de información adecuada a la hora de contratar la permuta de tipos de interés exclusivamente con la existencia de vicios del consentimiento, como parece dar a entender la sentencia que ha sido apelada, pues la doctrina del Tribunal Supremo en supuestos semejantes, fijada en sus sentencias 244/2013, (...), 754/2014, (...), 397/2015, (...) y 398/2015, (...), entre otras, ha afirmado que; "el incumplimiento grave de los deberes de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero, en concreto los que el art. 79 bis 6 de la Ley del Mercado de Valores impone a quien presta un servicio de asesoramiento financiero, una vez determinada la relación de causalidad, puede constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por el cliente que consistan en la pérdida de valor de los productos de inversión adquiridos". Todo ello, conforme a la doctrina recogida en la SAP, Civil sección 14 (...), nº 80/2017, Recurso: 852/2016. En consecuencia, conforme a esta jurisprudencia, cabe ejercitar una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de los deberes de información, relativos a los parámetros utilizados por el Banco para calcular cada liquidación litigiosa, siempre que de dicho incumplimiento se hubiera derivado el perjuicio que se pretende sea indemnizado, en forma de sobrecostes o de comisiones ocultas. El Banco Santander ha incumplido el supuesto deber legal de informar a la sociedad apelada del margen financiero percibido, porque aunque no exista norma legal específica al respecto, la doctrina jurisprudencial se ha encargado de requerir dicha obligación. En la STS (...) nº: 690/2016, Recurso: 1688/2013, que entre otros temas se trató de la aplicación de las comisiones implícitas, donde se explicó que la información de los riesgos inherentes a los contratos de swap, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía, como a un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo. En este caso, cuando se cancelaron los swaps litigiosos si partimos de los propios hechos acreditados en la primera instancia, no puede apreciarse que la entidad financiera cumpliera íntegramente los deberes de información que hemos visto que establecía la legislación aplicable en la fecha de celebración de cada contrato litigioso; y desde ese punto de vista, la sentencia recurrida no se opone a la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, en los términos expuestos. No consta realmente que el Banco informara al cliente de los riesgos de cada operación cancelatoria, que es elemento determinante para la formación del consentimiento en este tipo de contratos; sin que pueda considerarse suficiente que del tenor literal de los documentos suscritos y de su lectura, pudiera desprenderse una información sobre los riesgos, ni puede hacerse responsable al cliente de la falta de información. No siendo bastante excusa la alegación de los test MiFID de los documentos (...) adjuntos a la contestación de la demanda, porque en la declaración en el juicio del actor, éste manifestó tener un solo contable, y que la llevanza de sus negocios la asumía personalmente (...)"

El coste de cancelación: “(...) la parte recurrente se opuso a la demanda alegando que la determinación de la cuantía exacta sobre el importe de cancelación, sólo puede hacerse en el momento en que el cliente decide cancelar anticipadamente porque depende de variables de mercado, tal y como se expresa en todos y cada una de las permutas que contrata y que el mencionado valor se calcula mediante una compleja fórmula matemática seguida por todos los operadores que alcanzan un resultado similar, e igualmente el correcto cumplimiento del contrato y de la inexistencia de incumplimiento de los propios manuales de venta del propio Banco Santander, inexistencia de cobro de comisiones ocultas al inicio y correcto cálculo de la cancelación anticipada. La parte apelada no ejercitó la acción de nulidad de los contratos suscritos por vicios en el consentimiento, ni cuestiona las liquidaciones trimestrales que se fueron efectuando, sino que se ejercita una acción por incumplimiento de los contratos suscritos, a los efectos económicos de su cancelación, con un perjuicio patrimonial para la sociedad actora. (...) Pero en el momento de la cancelación, son diferentes las circunstancias que se deben considerar, una vez apreciada en su conjunto la prueba practicada, y en base a lo expuesto en los fundamentos de derecho segundo y tercero de la sentencia recurrida, en relación con la reclamación efectuada por importe de (...) correspondiente a la cancelación anticipada de los contratos de permuta suscritos, al afirmar que no se ha aplicado el precio de mercado previsto en el contrato, en los documentos aportados, los cinco contratos de swap cancelados, swap de tipos de interés con opción de conversión unilateral y con cap con Knock-out, (...) se especifica que las partes podrán acordar la cancelación anticipada del producto, y que se realizará a precios de mercado, lo que podrá suponer, en su caso, el pago por el cliente del coste correspondiente. No es un hecho controvertido que las partes acordaron la cancelación de los referidos swaps por decisión de la sociedad actora, y por lo tanto pagar, se debía abonar el precio de mercado de los mismos, cuyo cálculo correspondía al Banco Santander constanding que el día pactado, (...), se produjo la cancelación con un coste para la sociedad actora que ascendió a la suma de (...), siendo un hecho controvertido en el presente procedimiento cuál era el coste de cancelación Esta Sección considera que los cálculos de la cancelación es una cuestión técnica de aplicación de matemáticas financieras de carácter pericial, pues para determinar si los cálculos se hicieron o no a precios de mercado es necesario conocimientos y una metodología específica para profesionales. En base a los informes periciales aportados por las partes, aunque el informe de la parte actora no es exhaustivo, ni se explica los parámetros que ha utilizado para llegar a las cifras que se obtienen en el citado informe, la entidad bancaria responsable de la redacción de la cláusula contractual y de los cálculos efectuados se ha limitado a afirmar que el importe de cancelación es correcto en su escrito de contestación, sin que el informe pericial aportado por la demandada elaborado por (...) en sus 135 folios, ni siquiera afirma con suficiente rotundidad que sea acertado el coste de cancelación efectuado por el Banco, por lo que no consigue desvirtuar la valoración efectuada por el perito de la parte actora. Por lo que se refiere a la alegación que efectúa la parte demandada-apelante en cuanto que la parte actora-apelada conocía la procedencia de los importe que eran calculados a un valor de mercado, que si no hubiera estado conforme podía no haberlos firmado y solicitada una valoración en otra entidad para contrarrestarla, no ha quedado probado que el representante de la entidad actora fuera informado por el Banco demandado de la fórmula de cálculo, que ni siquiera se ha explicado satisfactoriamente en el presente procedimiento, reiterando la doctrina del Tribunal Supremo que se especifica en el fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida. En base a todo lo expuesto y teniendo este Tribunal sólo una prueba pericial que efectúa con suficiente explicación el cálculo de cancelación afirmando que de conformidad con los swaps suscritos, existieron desviaciones a favor del Banco entre el coste de cancelación abonado por el cliente, y el que le correspondió abonar de conformidad con el valor de mercado, prueba pericial no contradicha por la parte demanda, ha habido un incumplimiento contractual de la entidad bancaria en los cálculos efectuados en relación al coste de cancelación de conformidad con el precio de mercado con relación a los contratos suscritos por importe de (...), en concepto de sobre coste (...).”

[Texto completo de la sentencia](#)
