
Regulación Financiera

Revista de Derecho del Mercado Financiero

SWAPS

Nulidad por erro vicio en el consentimiento

[STS, Sala de lo Civil, núm. 591/2017, de 07 de noviembre, recurso: 575/2015. Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo. Presidente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán](#)

La falta de información determina la nulidad del contrato – La relevante incidencia de los especiales deberes de información sobre la apreciación del error vicio – Supuesto de consentimiento viciado por error – La firma de un swap, que sustituye a otro anterior viciado por nulidad, no constituye ninguna confirmación de aquel (sinopsis de Fernando Zunzunegui e Ignacio Martín).

La falta de información determina la nulidad del contrato: “[...] Cuando Chatarrería Bellagona, S.L., que tiene la condición de inversor minorista, concertó el contrato de permuta financiera, en febrero y octubre de 2008, los dos primeros, y en abril de 2009 los otros dos que los sustituyeron, ya había entrado en vigor la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo la normativa MiFID. Constituye jurisprudencia constante que bajo la normativa MiFID, en concreto el art. 79 bis.3 LMV, en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadores 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 [...]. **3.** 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 [...] estaba obligada a suministrar, con carácter previo a la contratación, una información clara y comprensible al cliente [...] que permitiera conocer los riesgos concretos del producto, incluido los derivados de la cancelación anticipada. La sentencia de primera instancia declaró que el banco no había acreditado que hubiera llevado a cabo una información previa a la firma de los contratos en la que hubiera explicado de forma clara y adecuada al cliente en qué consistía el swap y sus concretos riesgos. La sentencia de apelación entiende acreditado que los representantes de la demandante eran conocedores de que no estaban concertando un seguro, y que los swaps no estaban ligados a un préstamo hipotecario. Pero en ningún momento declara acreditado que el banco hubiera cumplido con los deberes de información del art. 79 bis.3 LMV. Por lo que hemos de partir de que en la instancia no se ha acreditado que el banco hubiera cumplido con estos deberes de información. De hecho, la argumentación empleada para desestimar el error vicio no parte del cumplimiento de esos deberes de información, sino de una concepción del alcance de estos deberes y de la conducta del cliente en la contratación, que contradice la jurisprudencia de esta sala. Como

hemos declarado en otras ocasiones, estos deberes de información que pesan sobre la entidad prestadora de servicios financieros, en el caso de que el cliente sea minorista, y en el presente lo era, se traducen en una obligación activa, que no se cumple con la mera puesta a disposición del cliente de la documentación contractual [...]. Además, no bastaba una información de cómo operaba el producto, sino también de los concretos riesgos que podrían derivarse de una caída drástica de los tipos de interés, así como de la onerosidad del ejercicio de la cancelación anticipada, de lo que no queda constancia que fuera informado el cliente [...].”

La relevante incidencia de los especiales deberes de información sobre la apreciación del error vicio: “[...] También volvemos a reiterar que la existencia de los reseñados especiales deberes de información tiene una incidencia muy relevante sobre la apreciación del error vicio, a la vista de la jurisprudencia de esta sala, que se halla contenida en la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014: «El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones -respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa. »El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error. »Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida» [...] El que se imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como los cuatro swaps contratados por la sociedad recurrente, el deber de suministrar al cliente inversor no profesional una información comprensible y adecuada de tales instrumentos [...] financieros, que necesariamente ha de incluir «orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos», muestra que esta información es imprescindible para que el inversor no profesional pueda prestar válidamente su consentimiento. De tal forma que el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata, pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada. Y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero. También en este caso, como en el que fue objeto de enjuiciamiento en la citada sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, se aprecia el error en quienes contrataron por la sociedad recurrente, en cuanto que, como ya hemos visto, no ha quedado probado que recibieran esta información clara y completa sobre los concretos riesgos. En particular, sobre el coste real para el cliente si bajaba el Euribor por debajo del tipo fijo de referencia en cada fase del contrato. La acreditación del cumplimiento de estos deberes de información pesaba sobre la entidad financiera [...]”.

Supuesto de consentimiento viciado por error: “[...] Es jurisprudencia constante de esta sala que «lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información expuestos, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Sin perjuicio de que en estos casos hayamos entendido que la falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite presumir en

el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. No es que este incumplimiento determine por sí la existencia del error vicio, sino que permite presumirlo» [...]. De este modo, en nuestro caso, debía operar la presunción de error vicio como consecuencia de la falta de acreditación del cumplimiento del deber de prestar una información clara y completa sobre los concretos riesgos que se asumían con la contratación de los swap [...], sin que se hayan acreditado otras circunstancias que desvirtuaran esta presunción. [...] En contra de lo argumentado por la Audiencia, el error sobre los eventuales riesgos del producto y sobre la onerosidad del coste de cancelación, afectan a elementos esenciales y son relevantes. La apreciación del error o defecto de representación de los verdaderos costes o riesgos asociados al producto contratado, lleva implícito que el cliente, de haberlos conocido, no lo hubiera contratado, esto es, de saber lo que en cada caso tendría que pagar según bajara más o menos el tipo de interés de referencia, no habría contratado el producto.

La firma de un swap, que sustituye a otro anterior viciado por nulidad, no constituye ninguna confirmación de aquel: “[...] La jurisprudencia sobre la confirmación de los contratos de permuta financiera viciados por error en el consentimiento ha sido compendiada en la sentencia 691/2016, de 23 de noviembre, y reiterada en otras posteriores, como la sentencia 105/2017, de 17 de febrero. En esas sentencias hacíamos una primera remisión a la doctrina general contenida en las sentencias 19/2016, de 3 de febrero, y 503/2016, de 19 de julio : «Como decíamos en dichas sentencias, 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. »Además, existiendo error excusable e invalidante del contrato, no puede considerarse que la recurrente hubiese subsanado dicho vicio del consentimiento mediante la confirmación del negocio con sus propios actos, por la simple razón de que un acto propio vinculante del que derive un actuar posterior incompatible, requiere un pleno conocimiento de causa a la hora de fijar una situación jurídica, que aquí no concurre, ya que el conocimiento íntegro del riesgo asumido se adquiere cuando las liquidaciones devienen negativas y se informa del concreto importe de la cancelación de los contratos. Por el hecho de recibir unas liquidaciones positivas por parte de la entidad financiera en la cuenta corriente del cliente, o por no formular la demanda hasta que se agotó el plazo de duración contractual pactado, no se está realizando voluntariamente ningún acto volitivo que suponga indudable o inequívocamente la decisión de renunciar al ejercicio de la acción de nulidad, toda vez que para poder tener voluntad de renunciar a la acción derivada de error consensual, es preciso tener conocimiento claro y preciso del alcance de dicho error, lo cual no se ha producido en el momento de recibir las liquidaciones positivas, pues el cliente piensa que el contrato por el que se garantizaba que no le subirían los tipos de interés, está desplegando sus efectos reales y esperados, y por lo tanto no es consciente del error padecido en ese momento. Ni tampoco cuando se cumple el contrato en sus propios términos, para no dar lugar a una resolución por incumplimiento a instancia de la parte contraria. No resultando, pues, de aplicación la doctrina de los actos propios y los artículos 7.1, 1.310, 1.311 y 1.313 CC». La sentencia 691/2016, de 23 de noviembre, también recordaba que la «confirmación tácita solo puede tener lugar cuando se ejecuta el acto anulable con conocimiento del vicio que le afecta y habiendo cesado éste, según establece inequívocamente el artículo 1.311 del Código Civil». En este caso, no consta que la firma de los contratos de 17 de abril de 2009 se hubiera hecho con plena consciencia del error vicio en que se había incurrido al firmar los dos contratos anteriores, que en ese momento se cancelaban, ni tampoco que se fuera consciente del riesgo que se asumía con los dos nuevos contratos de swap.

[Texto completo de la sentencia](#)
