

SWAPS

Nulidad por error en el consentimiento

[STS, Sala de lo Civil, núm. 30/2018, de 22 de enero, recurso: 1795/2015. Ponente: María de los Ángeles Parra Lucan. Presidente: Francisco Marín Castán](#)

Los deberes de información antes de la incorporación de la normativa MiFID – El error no se convalida ni por la cancelación del swap, ni por la existencia de liquidaciones negativas o positivas, ni por la realización sucesiva de distintos swaps – Motivos, conforme a la doctrina jurisprudencial, para desestimar el recurso (sinopsis de Fernando Zunzunegui e Ignacio Martín).

Los deberes de información antes de la incorporación de la normativa MiFID: “[...] En casos como el presente en que resultaba de aplicación la legislación anterior a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID (los contratos objeto de este proceso se suscribieron con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores), la citada doctrina ha apreciado la nulidad del contrato por error en el consentimiento cuando el error haya sido causado por el incumplimiento por la empresa de servicios de inversión del deber de información al cliente que le impone la normativa sectorial, fundamentalmente en cuanto a los riesgos inherentes a los contratos de swap , tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas de elevada cuantía como a un también elevado coste de cancelación [...]. De esta doctrina y en lo que ahora interesa, conviene destacar lo siguiente: 1. Por lo que respecta a los deberes de información de las entidades financieras en este tipo de contratos, se viene declarando que la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), tan solo acentuó las obligaciones de dichas entidades con respecto a sus clientes, pero no supuso una regulación realmente innovadora. En este sentido, la ya citada sentencia, 10/2017, de 13 de enero, reitera que la normativa pre-MiFID «ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos, como las permutas financieras. Puesto que, al ser el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía. »[...]» Además, ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por su fecha a los contratos de permuta financiera litigiosos, y expresamente invocado en el recurso, establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión. »El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes: »"1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada

uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...]. »3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos"» [...].”

El error no se convalida ni por la cancelación del swap, ni por la existencia de liquidaciones negativas o positivas, ni por la realización sucesiva de distintos swaps: “[...] En la doctrina más reciente el error contractual no se convalida ni por la cancelación del swap con objeto de impedir que se generen más pérdidas, ni por la existencia previa de liquidaciones negativas o positivas para el cliente, ni por la realización sucesiva de distintas permutas financieras. La sentencia 243/2017, de 20 de abril dice: «Que el cliente tuviera una voluntad cumplidora y abonase las correspondientes liquidaciones negativas no puede volverse en su contra para considerar que tales actuaciones tuvieron como finalidad y efecto la confirmación de los contratos viciados: lo que evidencia es su buena fe contractual y su voluntad de no convalidar el consentimiento erróneamente prestado». Con anterioridad, la sentencia 503/2016, de 19 julio, declaró: «[...] Existe ya un nutrido cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión, a cuyo contenido nos atenderemos, y que ha sido recientemente resumido por la sentencia de esta Sala núm. 19/2016, de 3 de febrero. »Como decíamos en dicha sentencia, 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, deben ser necesariamente considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que, en las condiciones en que se realizaron, 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. »Existiendo error excusable e invalidante del contrato, no puede considerarse que los recurrentes hubiesen 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». En esta línea, en la sentencia 691/2016, de 23 de noviembre, también se dijo que dicha confirmación no se da cuando el cliente, pese a las liquidaciones negativas, cumple el contrato en sus propios términos, para no dar lugar a una resolución por incumplimiento a instancia de la parte contraria; sin que resulte de aplicación la doctrina de los actos propios y los arts. 1310, 1311 y 1313 CC [...]”.

Motivos, conforme a la doctrina jurisprudencial, para desestimar el recurso: “[...] 1.^a) Si partimos de los propios hechos probados en la instancia, no cabe concluir que la entidad financiera cumpliera los deberes de información que establecía la legislación respectivamente aplicable. Con independencia de que la Comunidad estuviera interesada en encontrar una solución a su problema presupuestario, la información precontractual suministrada por la recurrente de manera previa y contenida en el folleto informativo, en el modelo normalizado de contrato y en la orden de suscripción no eran absolutamente coincidentes con la incluida en el anexo del contrato y en las propias «pólizas de afianzamiento» a las que de manera insistente se refiere la demandada en su recurso. El que se proporcionara de manera previa a la celebración del primer contrato el folleto informativo, el modelo normalizado de contrato y la orden de suscripción, no implica que la información fuera suficiente para que el cliente se representara los riesgos del producto que contrataba, dado que en tales documentos se hablaba de cobertura, de garantía de protección, de las funciones de aseguramiento que se atribuían al producto frente a la evolución de los tipos esperada, sin que se pudiera subsanar la deficiencia informativa por la lectura del anexo del propio contrato por quien no es experto en el ámbito financiero. Tampoco en el correo electrónico que se mandó antes de la celebración del segundo contrato se mencionaban los riesgos de liquidaciones desfavorables para el cliente. Las denominadas por la recurrente «pólizas de afianzamiento» [...] ni demuestran para el primer

contrato la falta de error ni la confirmación del segundo contrato. Tales pólizas, al referirse a la responsabilidad del fiador que figura en el encabezamiento del documento solo añaden confusión a la contratación, pues en el encabezamiento únicamente figuran el propio cliente y el banco. 2.^a) La consideración de la Comunidad como cliente minorista resulta de no ser un profesional del mercado de productos financieros y de inversión, tal y como razona la sentencia recurrida, atendiendo a las funciones propias de la Comunidad, a la especialización del presidente (agricultor) y la de la empleada de la administración. A estos efectos es irrelevante el volumen de endeudamiento de la Comunidad, pues precisamente los contratos litigiosos se contrataban en la creencia de que se proporcionaba una protección frente a la tendencia alcista de los tipos de interés y en la confianza de reducir los gastos de la financiación. Tampoco convierte en profesional del mercado de productos financieros ni permite concluir que la Comunidad conociera el riesgo de los productos que contrataba el hecho de que hubiera celebrado no uno sino los dos contratos litigiosos. Ello en atención al reducido espacio temporal transcurrido entre la concertación de uno y otro swap y al hecho de que cuando concertó el segundo todavía no se había empezado a concretar el riesgo consistente en la bajada abrupta de los tipos de interés, por lo que ni el cliente había salido del error sobre las características del producto contratado ni, dada la nula información proporcionada para la celebración del segundo contrato, se puede considerar que se le informó de sus riesgos. 3.^a) Partiendo del presupuesto de que la acción fue ejercitada por la demandante dentro del plazo legalmente previsto (lo que fue declarado en la instancia y la demandada no recurre) no le es reprochable que cumplieran las obligaciones de pago ni hay actos propios que excluyan el ejercicio de la acción de nulidad. De acuerdo con la doctrina de la sala antes citada, la conformidad con las primeras liquidaciones positivas y el pago de las negativas no implica convalidación del error, en tanto que no se trata de actos realizados con esa finalidad ni la presuponen [...].”

[Texto completo de la sentencia](#)
