

SWAPS

Nulidad por error en el consentimiento

[STS, Sala de lo Civil, núm. 222/2018, de 17 de abril, recurso: 1952/2015. Ponente: Francisco Marín Castán. Presidente: Francisco Marín Castán](#)

Factores que determinan el incumplimiento del deber de información – El deber de información debe cumplirse con antelación suficiente a la firma del contrato – La práctica de un test de conveniencia y la firma de un documento predispuesto no eximen al banco del deber de información (sinopsis de Fernando Zunzunegui e Ignacio Martín).

Factores que determinan el incumplimiento del deber de información: “[...] 2.^a) Conforme a la jurisprudencia sentada desde la sentencia de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014 (...), sobre la nulidad por error en el consentimiento de contratos de swap, y en particular, como es el caso, de contratos posteriores a la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español (...), la falta de acreditación del cumplimiento de los deberes de información, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a dichos contratos, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas de elevada cuantía como a un también elevado coste de cancelación, permite presumir en el cliente la falta de conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados y, consiguientemente, la existencia de un error excusable. 3.^a) Según esta doctrina: «Solo cuando la sentencia recurrida declare probado que el banco suministró información suficiente y, por tanto, que no incumplió sus deberes legales de información, no es posible en casación fundar en tal incumplimiento la existencia de error vicio (...). Ello es así porque "aunque la valoración de la suficiencia de la información suministrada en relación con los reseñados deberes legales impuestos por la normativa pre-MiFID y MiFID es jurídica, se apoya en unos hechos declarados que no pueden ser alterados"» (...). 4.^a) La argumentación de la sentencia recurrida para no apreciar el error en el consentimiento, que integra su razón decisoria al respecto, no parte de la existencia de hechos de los que deduzca el cumplimiento de esos deberes de información, sino, en palabras de la sentencia 591/2017, de 7 de noviembre, «de una concepción del alcance de estos deberes y de la conducta del cliente en la contratación que contradice la jurisprudencia de esta sala». A este respecto es determinante lo que declaró probado la sentencia de primera instancia en comparación con lo que, sin rectificar esos hechos probados, razona la sentencia recurrida. Así, la sentencia de primera instancia (...) llegó a la conclusión de que el banco incumplió los deberes legales que le imponían ofrecer una información adecuada y suficiente, con la debida antelación, sobre las características de la operación y sus riesgos -en especial para el caso de que se produjera una importante bajada de tipos-, a partir de hechos concluyentes como que los CMOF y las confirmaciones se firmaron (...) el mismo día, 27 de mayo de 2008, en que se firmaron ante notario los arrendamientos financieros para los que debían servir de cobertura; que esa inmediatez llevó a la creencia de que era una especie de seguro; que a esa creencia errónea contribuyó que el banco no ofreciera información precontractual alguna -y menos aún con simulaciones o ejemplos de lo que podría ocurrir en los posibles escenarios- que permitiera a los clientes -carentes de experiencia y conocimientos específicos al respecto- conocer las características y los riesgos del producto que iban a contratar, así como el coste de cancelación anticipada; que los representantes de las mercantiles se limitaron a firmar -es verdad que sin leer los documentos, pero también sin que ni siquiera se les entregara copia de los mismos-; que tampoco el banco les resolvió sus dudas cuando surgieron las primeras liquidaciones negativas en 2009 [...]”.

El deber de información debe cumplirse con antelación suficiente a la firma del contrato: “[...] Resulta, así, que no se entregó documentación con información precontractual y que la única información recibida por las demandantes, a través de sus respectivos administradores, fue la que resultaba de la documentación contractual que se les puso a disposición simultáneamente a su firma, lo que esta sala viene considerando insuficiente aun en los casos de alguna antelación no significativa (...). Esta falta de información precontractual, extensible al coste de cancelación anticipada (elemento esencial a efectos de la calificación del error como invalidante) tampoco fue paliada por el contenido contractual, ya que 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 considera insuficiente por esta sala (...). También afirma la jurisprudencia que la obligación de la entidad bancaria es activa y no de mera disponibilidad (...), que por ello 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 (...) y, en fin, que dicha obligación ha de ser cumplida con antelación suficiente a la firma del contrato y no puede suponer una mera información sobre lo obvio (...). En consecuencia, la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial de esta sala al prescindir de la importancia crucial de la información previa sobre los concretos riesgos de los swaps para, en cambio, poner el acento en la práctica del test de conveniencia y la firma prácticamente simultánea de un documento estereotipado y predispuesto por el banco que, además de algún contenido en sí mismo absurdo (la declaración de que ninguna de las partes había asesorado a la otra, como si las demandantes pudieran asesorar a un gran banco en materia de swaps), daba por facilitada la información, pero sin especificar en qué había consistido esta, y constataba que, pese a haber sido informado el cliente de la inconveniencia para él de la operación, decidía formalizarla. En suma, una especie de cláusula predispuesta de exoneración de responsabilidad a modo de salvoconducto para eludir el cumplimiento de estrictos deberes legales [...]”.

La práctica de un test de conveniencia y la firma de un documento predispuesto no eximen al banco del deber de información: “[...] Ante la realidad de tales incumplimientos no cabe oponer: a) Que el propio contenido del contrato de swap suplía la falta de información, pues como recuerda la sentencia 282/2017, de 10 de mayo, luego citada por las sentencias 425/2017, de 6 de julio, y 30/2018, de 22 de enero: «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 (...), 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" (...); b) Que se analizó la conveniencia de la operación, pues siendo un hecho no discutido ni siquiera por el banco que el único test o cuestionario que se practicó fue el de conveniencia (...) simultáneamente a la firma de los contratos en tres de los cinco casos (...), y que se omitió el de idoneidad, es significativo no solo que con arreglo al primero (...) quedara claro que las empresas (...) no tenían ni experiencia previa ni conocimientos específicos en esta materia, sino también que sobre el test de idoneidad (...) la jurisprudencia considera, en contra de lo que opone la recurrida, que sí opera en casos como este en los que se ha prestado un servicio de asesoramiento financiero (...). 7.^a) Como recapitulación de todo lo razonado hasta ahora debe concluirse, en suma, que la práctica de un test de conveniencia y la firma de un documento predispuesto como las del presente caso no eximen al banco del exacto cumplimiento de sus deberes de información, la prueba de cuyo cumplimiento en los términos exigidos por la ley, y la jurisprudencia que le complementa incumbe al banco [...]”.

[Texto completo de la sentencia](#)
