

## SWAPS

### *Nulidad por error vicio*

[STS, Sala de lo Civil, núm. 89/2018, de 19 de febrero, recurso: 1388/2015. Ponente: Maria de los Angeles Parra Lucan. Presidente: Francisco Marín Castán](#)

**Dies a quo de la acción de nulidad por error vicio del consentimiento en un contrato de swap – Nulidad por incumplimiento del deber de información que impone la normativa sectorial – Motivos para desestimar el recurso (sinopsis de Fernando Zunzunegui e Ignacio Martín).**

**Dies a quo de la acción de nulidad por error vicio del consentimiento en un contrato de swap:** “[...] **3.-** A efectos del ejercicio de la acción de nulidad por error, la consumación de los contratos de swaps debe entenderse producida en el momento del agotamiento, de la extinción del contrato. En el contrato de swap el cliente no recibe en un momento único y puntual una prestación esencial con la que se pueda identificar la consumación del contrato, a diferencia de lo que sucede en otros contratos de tracto sucesivo como el arrendamiento (...). En los contratos de swaps o «cobertura de hipoteca» no hay consumación del contrato hasta que no se produce el agotamiento o la extinción de la relación contractual, por ser entonces cuando tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato. Ello en atención a que en estos contratos no existen prestaciones fijas, sino liquidaciones variables a favor de uno u otro contratante en cada momento en función de la evolución de los tipos de interés. Así, en el caso que da lugar al presente recurso, el cliente recibía trimestralmente el euríbor fijado al principio de cada periodo trimestral a cambio de pagar anualmente un tipo fijo, excepto si el euríbor superaba determinado nivel o barrera, en cuyo caso el cliente pagaba el euríbor menos un diferencial fijado en un 0,10%. El resultado positivo o negativo de las liquidaciones dependía para cada periodo de liquidación y alcanzaron resultados diversos en cada uno de los años de vigencia del contrato, tal y como ha quedado reflejado en los antecedentes recogidos en el primer fundamento jurídico de esta sentencia. **4.-** La aplicación de esta doctrina lleva a rechazar el segundo motivo del recurso de casación. En el presente caso, en el contrato celebrado el 10 de noviembre de 2006, único contrato al que se refiere el recurso de casación, se determina un plazo contractual de cinco años, convencionalmente pactado, de manera tal que el plazo de vigencia terminaba el 21 de noviembre de 2011, por lo que en esta fecha tuvo lugar la consumación del contrato. Puesto que la demanda se interpuso el 30 de enero de 2014 no había transcurrido el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato y la acción de impugnación se ejercitó dentro del plazo legalmente previsto [...]”.

**Nulidad por incumplimiento del deber de información que impone la normativa sectorial:** “[...] **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 [...], 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"» [...]"

**Motivos para desestimar el recurso:** “[...] 1. <sup>a</sup>) 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. La sentencia recurrida, tras resaltar la difícil comprensión y complejidad del contrato litigioso, afirma que el banco no ha acreditado que proporcionara al demandante la información necesaria para que pudiera prestar un consentimiento cabal e informado sobre el producto que iba a contratar, que se salía por completo de la línea de productos comunes que se venían contratados hasta esos momentos por la sociedad demandante. Añade que el banco solo ha probado que ofertó el producto frente a las tendencias alcistas de los tipos de interés, que hubo asesoramiento financiero pero no una información completa y adecuada sobre las características de la operación que concertaba el cliente, «proporcionándole únicamente la documentación al tiempo de la firma de los contratos, sin hacerle entrega de folletos explicativos, o copias de los contratos para que pudiera examinarlos con calma e informarse del verdadero alcance de los mismos, sin darle una explicación a través de la cual pudieran comprender y entender el verdadero alcance del mismo, o el posible coste que pudiera tener de optar por la cancelación y que a buen seguro de conocerlo a priori hubiera dado lugar a que no se habría aceptado la contratación del producto, que precisamente se coloca al cliente sobre la base de que supone un beneficio pero sin aclararle que como contrapartida puede tener, como de hecho sucedió un coste elevado». 2. <sup>a</sup>) La consideración de la entidad demandante como minorista, no experta en la contratación de productos financieros, a la vista de la actividad empresarial a la que se dedicaba, así como la ausencia de formación financiera del administrador. 3. <sup>a</sup>) El que se hubieran celebrado otros contratos con anterioridad, que fueron cancelados, y que aceptara liquidaciones negativas no implica que el cliente conociera el riesgo del contrato que se le ofreció como cobertura de los tipos de interés de los préstamos que tenía concertados, pues como advierte la sentencia recurrida, «hasta que no se van amortizando los préstamos y siguen llegando las liquidaciones negativas del producto, no es realmente cuando para el cliente, se pone de manifiesto la complejidad del producto, su desproporción en las obligaciones de las partes, circunstancias ignoradas hasta esos momentos, al no haber sido informado al respecto con un mínimo de rigor y precisión, del contrato, y de forma diligente y transparente». En consecuencia, ninguno de los actos realizados por la demandante comporta la realización de actos de confirmación o convalidación del contrato, pues ni se realizaron con conocimiento del error ni respondían a tal propósito.

[Texto completo de la sentencia](#)

\*\*\*