

SWAP

La protección del cliente que contrata productos complejos se rige por la normativa del Mercado de Valores

[STS, Sala de lo Civil, núm. 408/2020, de 7 de julio, recurso: 4524/2017. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.](#)

Carácter abstracto del control de la acción colectiva – Alcance del control de las acciones de cesación en materia financiera (sinopsis de Fernando Zunzunegui y Antonio Gutiérrez).

Carácter abstracto del control de la acción colectiva: “[...] La Asociación de Usuarios Afectados por Permutas y Derivados Financieros ([...] ASUFIN) ejerció una acción colectiva en la que solicitaba que, previa su declaración de nulidad, se ordenase a Bankinter S.A. que cesara en el uso de determinadas condiciones generales de la contratación que aparecían incluidas en una serie de contratos uniformes de permuta financiera de tipos de interés, que habían sido predispuestas por Bankinter. [...] [L]a sentencia de primera instancia estimó la demanda y declaró la nulidad de todas las condiciones generales de la contratación cuestionadas. Y negó que procediera la nulidad de la totalidad de los contratos que las albergaban. [...] Recurrída en apelación la sentencia por ambas partes, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de ASUFIN y estimó en parte el de Bankinter, [...] ASUFIN ha interpuesto un recurso de casación contra dicha sentencia. [...] [S]e formula [...] un único motivo, que denuncia [...] que la sentencia recurrida niega la posibilidad de realizar un **control abstracto de transparencia** en el marco de una acción colectiva, cuando se enjuician comportamientos generales de la entidad predisponente en el proceso de comercialización y diseño del contrato. [...] [E]l interés casacional lo residencia la recurrente en una cuestión jurídica muy concreta, que es si, respecto de las condiciones generales señaladas, se puede hacer un control de transparencia concreto, dado que lo que se ejercita es una acción colectiva de cesación y no una acción individual de nulidad. Eso es lo único que la parte invoca como interés casacional, [...] [e]l resto de alegaciones del extenso recurso [...] son más propias de un escrito de alegaciones o de una tercera instancia, puesto que únicamente muestran la discrepancia de la parte con las conclusiones de la Audiencia Provincial, [...] [E]l ejercicio de una **acción colectiva** tiene como presupuesto que en el proceso no se hacen valer derechos o intereses de titularidad del demandante, sino de terceros ajenos, en este caso, los consumidores. [...] Es por ello que la acción colectiva no se refiere a relaciones contractuales concretas, sino a clausulados genéricos predispuestos, con independencia de su efectiva utilización. [...] La acción de cesación se configura, pues, como una **tutela colectiva típica** [...] Del propio tenor literal del art. 12.2 LCGC se colige que el objetivo de la acción de cesación no es la declaración de nulidad de las condiciones generales contra las que se dirige, sino la condena a eliminarlas y la prohibición de volver a utilizarlas [...] En la acción de cesación, en tanto que colectiva, se pretende un control abstracto, por lo que puede tener un carácter eminentemente preventivo, [...] De modo que esta acción opera como si la cláusula enjuiciada tuviera un carácter normativo, autónomo, al margen del acuerdo de voluntades [...] Es cierto que [...] respecto de las cláusulas suelo, no es incompatible el control abstracto propio de las acciones colectivas con la ponderación de circunstancias concretas relativas al grado de consciencia del consumidor sobre la carga jurídica y económica de dicha cláusula. [...] Pero, al igual que sucede con otras circunstancias específicas de las cláusulas de limitación a la variabilidad del tipo de

interés, como, por ejemplo, que respecto de ellas la falta de transparencia conlleve la abusividad, lo que no sucede respecto de otro tipo de condiciones generales [...] las conclusiones de tales sentencias 241/2013 y 138/2015 no son extrapolables a clausulados más complejos, como los que son objeto de este litigio, y como con todo acierto aprecia la Audiencia Provincial. [...] [Énfasis añadido]

Alcance del control de las acciones de cesación en materia financiera: “[...] Los contratos de permuta financiera de intereses o swap son contratos financieros complejos, sometidos a la normativa del Mercado de Valores (MiFID) que nada tienen que ver con clausulados mucho más sencillos como los relativos a la limitación de la variabilidad del tipo de interés. De hecho, en la práctica de los tribunales suele ser más frecuente enjuiciar este tipo de contratos desde el punto de vista de la citada normativa MiFID y no desde la óptica de la protección de los consumidores. [...] El enjuiciamiento propio de las acciones colectivas se adapta muy bien a los controles de incorporación y también de contenido, pues aquello que en un caso u otro determina la no inclusión o la abusividad es fácilmente predicable con carácter general de todos los contratos en los que se haya incluido esa cláusula. El carácter no incorporable de una cláusula que, por la forma en que está redactada, no resulta clara y comprensible, o el carácter abusivo de una condición general que, por su propio contenido, en contra de las exigencias de la buena fe, provoca un **desequilibrio injustificado** en perjuicio del consumidor, son fácilmente apreciables mediante una acción colectiva [...] Pero no sucede lo mismo cuando la acción colectiva pretende que se realice un **control de transparencia**. La insistencia del TJUE en la necesidad de atender a las **concretas circunstancias** del caso, tanto objetivas como subjetivas de quien contrata, que puedan incidir en la comprensibilidad material de la cláusula, y, lo que es más importante, la trascendencia de la información precontractual, reducen considerablemente los supuestos en que pueda apreciarse la falta de transparencia en una acción colectiva. [...] [D]ebería basarse en la utilización por el predisponente de pautas estandarizadas en la contratación de ese tipo de contratos que, por sí mismas, determinarían la falta de transparencia, esto es, el incumplimiento de un deber de información precontractual. Desde el momento en que esta información no es sólo documental y, además, aunque se atienda al parámetro del consumidor medio, puede influir un determinado perfil del cliente que, sin dejar de ser consumidor, aparece necesariamente como conocedor de esa realidad contractual, resulta muy difícil llegar a concluir que con carácter general una determinada entidad financiera comercializó con falta de transparencia un producto. [...] Los parámetros establecidos en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, en la que se basa el recurso de casación, para el enjuiciamiento de una acción colectiva sobre cláusulas suelo, no pueden ser entronizados como reglas absolutas de valoración de todo tipo de condiciones generales. [...] [L]a acción colectiva restringe lo que puede ser objeto de prueba a lo que puede apreciarse de forma generalizada. Lo que es difícilmente conciliable con realidades contractuales **complejas** en cuya gestación y perfección confluyen múltiples factores individuales (no generalizables), como el nivel de conocimientos previos del adherente, su experiencia financiera o sus intenciones sobre la asunción de riesgos en la inversión. [...] [L]a parte demandante confunde **transparencia y abusividad**, pues la falta de transparencia es la antesala del control de abusividad respecto de los elementos esenciales del contrato [...] [E]s imposible realizar un control abstracto de transparencia respecto de unas cláusulas que requieren un análisis individualizado de las circunstancias concurrentes en cada contrato. Lo que entronca plenamente con la propia naturaleza casuística de la contratación de productos financieros complejos, en la que influye la categorización del cliente, su experiencia previa, su nivel de conocimientos financieros y su disposición a la asunción de riesgos, hasta el punto de que antes de la contratación deben realizarse unos test -conveniencia e idoneidad- dirigidos a constatar tales circunstancias en cada caso individual. [...] No puede negarse que sea posible realizar un control de transparencia con ocasión de una acción colectiva, pero sí cabe advertir que, [...] su admisibilidad queda reducida a la concurrencia de prácticas estandarizadas de comercialización muy claras que, por sí mismas, pongan en evidencia la falta de transparencia y dejen poco margen a concluir que se hayan podido incumplir las exigencias de información previa. [...] A ello se suma, en este caso, que, sin perjuicio de que la normativa de consumidores pueda ofrecer un determinado nivel de protección [...], el marco jurídico propio de protección de la clientela ante una indebida

comercialización de estos productos es el de la normativa del mercado de valores, engarzada con la regulación civil de los vicios del consentimiento contractual. [...] Por todo ello, el recurso de casación debe ser desestimado. [...]” [Énfasis añadido]

Texto completo de la sentencia
