

El estado actual de la jurisprudencia sobre la validez y nulidad de los contratos de permuta financiera (*swaps*)

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

La Sala Primera del Tribunal Supremo viene consumiendo la mitad de sus recursos en el conocimiento y decisión sobre conflictos relativos a las permutas financieras. Entre tanta jurisprudencia, es propósito de esta nota intentar recopilar los criterios de decisión, normalmente contrarios a la entidad financiera.

1. Introducción: el *boom* judicial

Como poco, la mitad de las sentencias que lleva dictando la Sala Primera del Tribunal Supremo en los años 2016 y 2017 son relativas a la validez o nulidad de contratos de permuta financiera. Una proporción impresionante y una indicación sobre qué extremo ocupa principalmente hoy el quehacer de la Sala de casación. De esta ingente suma de resoluciones se puede concluir sin riesgo de fallo que alrededor del noventa por ciento son contrarias a la entidad financiera y resuelven favorablemente la nulidad del contrato —entre finales de octubre del 2013 y julio del 2016, sesenta y cuatro sentencias estimatorias de nulidad contra tres desestimatorias—, lo que contrasta con la primera línea de jurisprudencia (SSTS de 21 de noviembre del 2012 y de 29 de octubre del 2013) favorable a las entidades financieras y que reposaba en la esencial aleatoriedad del producto, argumento que hoy ha caído en desuso. El *motto* introductorio del discurso actual ha llegado a ser ya cláusula de estilo: «Son ya múltiples las sentencias de esta sala que conforman una jurisprudencia reiterada y constante y a cuyo contenido nos atenderemos, que consideran que un incumplimiento de dicha normativa, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los contratos de *swap*, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía, como a un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo». Este comienzo hace presagiar al cien por cien una sentencia estimatoria.

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

La proporción es menor en las Audiencias, menos favorables en su conjunto a la posición del minorista. Esto explica la existencia de estimaciones del recurso de casación en una proporción superior a la ordinaria en otros sectores, lo que es harto impropio, pues los materiales probatorios sobre la existencia y alcance del error ya tienen que venir dados de la instancia, si, como el propio Tribunal Supremo confiesa, «lo importante es si el minorista estaba suficientemente informado» de los extremos relevantes, cosa que difícilmente se puede decidir por la mera aplicación de dogmas.

Del diez por ciento de los casos en que la nulidad se desestima, en aproximadamente la mitad no se puede adivinar la razón de la diferente solución por venir el caso muy prejuzgado de la Audiencia en cuanto a los hechos relevantes, de los que resultaba que el minorista estaba «bien informado» o es un «experto» en la contratación de este tipo de productos (p. ej., SSTS de 20 de diciembre del 2016, de 15 de febrero del 2017 y de 23 de febrero del 2017); otras veces no se adivina por qué ha servido para exonerar una clase de criterio que normalmente no se toma en consideración en otros fallos (p. ej., STS de 24 de marzo del 2017: «... perfil de riesgo equilibrado y podía contratar productos de riesgo medio y tenía experiencia en tal tipo de productos: información suficiente sobre las características del producto y sus riesgos cuando fue contratado el segundo *swap*, que es el único que generó liquidaciones negativas»). Con todo, y como puede adivinarse, siquiera por la ingente cantidad de material disponible, las resoluciones no son siempre consistentes y, salvo en un puñado de casos, los criterios no son indiscutiblemente seguros.

2. Sumario de criterios

A continuación vamos a construir una lista de criterios a partir de los cuales poder anticipar el resultado de pleitos venideros. Se van a citar eventualmente resoluciones, entendiendo que se podrían aportar más referencias sobre la materia, dada la abundancia de material:

1. Todas las sentencias que anulan el contrato de *swap* lo hacen sobre la base del error en el consentimiento, no en la contravención legal de normas imperativas a cumplir en el proceso de contratación. Aunque en alguna sentencia se invoca la nulidad por falta de causa, ilicitud de causa o nulidad de la cláusula del coste de cancelación por indeterminación, normalmente se hace de forma subsidiaria y la sentencia, si estima la demanda, lo hace por error en el consentimiento y anula todo el contrato. Ninguna aborda el problema a partir de la cláusula *rebus sic stantibus*. Curiosidad: sólo en una se hace mención de que la demanda invoca la cláusula *rebus*, junto con los preceptos de la Ley del Mercado de Valores, pero finalmente se estima el error por la falta de suministro de la información sobre el previsible flujo de intereses (STS de 26 febrero del 2015). Si la demanda aborda la nulidad por insuficiencia o ilicitud de causa, es probable que la sentencia resulte desestimatoria (p. ej., STS de 24 de noviembre del 2016).
2. La que sigue *ha dejado de ser ya* doctrina del Tribunal Supremo: «La presuposición equivocada no puede considerarse razonablemente segura cuando el funcionamiento del contrato se proyecte sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida y ganancia» (STS de 29 de octubre del 2013).

3. La formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el *swap* no es la del simple empresario, ni tan siquiera repetitivo en el negocio, sino la del profesional del mercado de valores o, *al menos*, la del cliente experimentado en este tipo de productos (p. ej., SSTS de 5 de abril del 2017 y de 6 abril del 2017), como puede ser un analista de riesgos en una empresa de capital riesgo (STS de 16 de febrero del 2016), pero no basta que el contratante fuera economista (STS de 30 de octubre del 2015) ni asesor fiscal de la empresa (STS de 13 de enero del 2017). No basta, como alguna Audiencia ha entendido (AP Madrid, 25.ª, de 18 de diciembre del 2013), con que la empresa cuente con el oportuno departamento financiero. El conocimiento especializado exigible en la contratación de este tipo de productos financieros complejos «tampoco se puede deducir por el hecho de haber sido el encargado de relacionarse con los bancos para el tráfico normal de la empresa» (p. ej., STS de 5 de octubre del 2016).
4. Con todo, el manejo de dos estándares distintos de conocimiento («experto», «contratante experimentado») conduce en ocasiones a inconsistencias entre las sentencias.
5. La lectura de la documentación por el cliente y la no solicitud de aclaraciones suplementarias no es suficiente para despejar el error. El banco debe cerciorarse de que el cliente ha llegado a comprender el riesgo de las fluctuaciones de tipo de interés de referencia y el riesgo y cuantía del coste de cancelaciones. La obligación del banco es proactiva y no de mera disponibilidad (p. ej., STS de 6 de febrero del 2017).
6. Los deberes de información que competen a la entidad financiera no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que, como se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. Es precisa una «actividad informativa suplementaria» (p. ej., STS de 14 de febrero del 2017). No basta la simple «comprensión» de las cláusulas por el cliente (p. ej., STS de 1 de junio del 2016). No se trata de que el banco pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada (p. ej., STS de 24 de marzo del 2017).
7. En esencia, el tratamiento no es distinto tanto si se contrató antes como después de la reforma de la Ley del Mercado de Valores (2007) para incorporar la normativa MIFID (p. ej., SSTS de 21 de julio del 2016 y de 24 de noviembre del 2016). Para el Tribunal Supremo español, la normativa MIFID no tiene sustantividad propia, ni en éste ni en otros terrenos.
8. La no realización de los test de conveniencia e idoneidad que prescribe la normativa MIFID comporta la existencia de una presunción de error esencial y excusable (a partir de la STS de 20 de enero del 2014).
9. El error sobre la cuantía del coste de cancelación siempre produce un error esencial (a partir de la STS de 15 de septiembre del 2015). Las sentencias que acogen la demanda de

la nulidad por error que recae sobre la cláusula de cancelación aceptan que su formulación genérica impide que el demandante se haga una idea precisa del coste que podría suponer la cancelación.

10. En la contratación de *swaps* siempre existe conflicto de intereses entre entidad y cliente, a efectos de la normativa MIFID (a partir de la STS de 22 de octubre del 2015).
11. Por lo común, siempre se acaba entendiendo que la entidad está prestando o se ha comprometido a prestar un servicio de asesoramiento, lo que, además de exigir que se complete un test de idoneidad, eleva la categoría de los deberes fiduciarios de la entidad (p. ej., STS de 20 de abril del 2017).
12. Pero, en rigor, el control consiste en saber si el minorista hubiera alcanzado un conocimiento «suficiente», sin importar en último extremo que no se haya rellenado el test exigido por la normativa MIFID (p. ej., STS de 13 de marzo del 2017).
13. En la doctrina más reciente (comparar con las SSTS de 17 de febrero del 2014, de 15 de septiembre del 2015 y de 15 de octubre del 2015) el error contractual no se convalida ni por la cancelación del *swap* con objeto de impedir que se generen más pérdidas (SSTS de 1 de febrero del 2016 y de 19 de julio del 2016) ni por la existencia previa de liquidaciones negativas ni por la existencia de previas liquidaciones positivas para el cliente ni por la realización sucesiva de distintas permutas financieras (p. ej., SSTS de 17 de noviembre del 2015, de 9 de diciembre del 2015, de 1 de febrero del 2016, de 25 de febrero del 2016; STS de 20 de abril del 2017: «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»). Además, sólo cuando el contratante pudo salir del error en que se hallaba, empieza a contar el plazo del artículo 1301 (STS de 16 de diciembre del 2015).