

VUELTA ATRÁS EN LA DOCTRINA DEL TS SOBRE EL ERROR CONTRACTUAL EN UN SWAP ESPECULATIVO

Dra. Karolina Lyczkowska
Professional Support Lawyer en DLA Piper Spain
Centro de Estudios de Consumo

Fecha de publicación: 3 de marzo de 2014

Después de dos resoluciones en las que el TS no apreció la concurrencia del error en la contratación del swap (STS de 21 noviembre 2012 y STS de 29 octubre 2013¹), en la STS de 20 enero 2014 (JUR 2014\46494) el Tribunal cambia de tendencia y falla la concurrencia del vicio del consentimiento en una permuta financiera.

Se trata de una entidad mercantil (al igual que en las otras dos sentencias citadas) que concierta un swap con la Caixa Penedés sin que existieran previamente cualquier tipo de relaciones comerciales entre las partes, con la finalidad de evitar el incremento de costes de la actividad empresarial de la actora. La sentencia entiende que el swap se contrató en el marco de una situación de asesoramiento en materia de inversión, dado que el contrato fue ofrecido por la entidad de crédito como un producto que podía paliar los riesgos de inflación en la adquisición de las materias primas. Recuérdese que de acuerdo con las Guías publicadas por la CNMV, los criterios decisivos a estos efectos son la existencia de un elemento de opinión en una información sobre un producto concreto que se presenta o recomienda como idóneo para un determinado cliente². Una advertencia genérica por la que la entidad manifieste que no está prestando asesoramiento en materia de inversión en un determinada operación, aunque fuese firmada por el cliente, no cambia *per se* la naturaleza del asesoramiento.

La principal consecuencia de dicho asesoramiento a un cliente minorista es la obligación de realizar un test de idoneidad que requiere obtener información sobre los conocimientos y

¹ Cfr. comentario en CESCO de la sentencia: LYCZKOWSKA, *El TS pone coto a los especuladores que litigan sobre instrumentos financieros derivados*, <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/notasJurisprudencia/contratacion/19.pdf>

² Cfr. CARRASCO, LYCZKOWSKA, *Guía de obligaciones de información al inversor en el marco de la Directiva MIFID*, <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/30/35.pdf>

experiencia del cliente, así como su situación financiera y sus objetivos, para recomendarle los servicios y productos más adecuados para él (art. 79.bis 6 LMV). En el caso de la sentencia, no queda probado que se haya realizado esa prueba. No obstante, el TS no infiere de ello la palmaria existencia de error en el consentimiento, sino sólo una presunción, que puede destruirse si la demandada prueba que al contratar el cliente tuvo un conocimiento suficiente del producto y los concretos riesgos del contrato. Por tanto, implícitamente declara que no se exige ningún tipo de formalidades en los test del art. 79bis LMV, pudiendo cumplirse la obligación de suficiente y adecuada información de cualquier manera que deje patente que el cliente comprende el mecanismo del swap y es consciente de las posibles consecuencias negativas. Obsérvese que aunque el resultado del test fuera negativo, la entidad sólo queda obligada a advertírselo al cliente, pero no se le prohíbe comercializar el producto si pese a ello el cliente quiere seguir adelante³. En el caso de la sentencia, la entidad de crédito no ha probado que haya realizado los tests exigidos, ni que haya conseguido el consentimiento plenamente informado del cliente de otra forma, por lo que concluye que el cliente ha incurrido en un error esencial y al estar la entidad obligada a aportar dicha información, el error es excusable.

El cambio del criterio en relación con la existencia del vicio de consentimiento en la contratación de un swap especulativo por parte de una entidad mercantil no casa con la doctrina sostenida en anteriores sentencias sobre esta cuestión, en las que el Tribunal señalaba la excepcionalidad de la anulación por error e insistía en que cuando los móviles personales no se elevan a la causa del contrato, el error es irrelevante. Bien es verdad que tanto en la STS de 29 octubre 2013 como en la de 20 enero 2014 se indica que no cabe sostener que exista error cuando el funcionamiento del contrato se proyecte sobre el futuro con un importante componente de aleatoriedad, dado que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida correlativo a la esperanza de una ganancia, pero la STS de 20 enero 2014 finalmente falla la existencia del error, derivándola básicamente de la falta de destrucción de la presunción del error a partir del incumplimiento de la obligación de llevar a cabo los test de idoneidad y conveniencia. De esta forma, de facto se acaba trasladando la carga de la prueba de la concurrencia del error esencial y excusable que tradicionalmente correspondía al que alegaba haberlo sufrido, a la entidad de crédito que para salvar el contrato debe probar que el cliente no pudo haber incurrido en error, ya sea porque se han cumplido las obligaciones de realizar los tests de la LMV, ya sea porque se le ha informado de otra forma.

³ Cfr. CARRASCO, LYCZKOWSKA, *Guía de obligaciones de información al inversor en el marco de la Directiva MIFID*, <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/30/35.pdf>