Centro de Estudios de Consumo

www.uclm.es/centro/cesco
NOTAS JURISPRUDENCIALES

NULIDAD DEL CONTRATO DE SWAP POR VICIOS DEL CONSENTIMIENTO: CONFUSA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA MIFID

SAP de Asturias de 1 de julio de 2013 (JUR\2013\267859)[1]

Alicia Agüero Ortiz
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 23 de septiembre de 2013

En el presente litigio la AP de Asturias conoce del recurso de apelación interpuesto por Bankinter contra la resolución de instancia por la que el Juez declaraba la nulidad del contrato de intercambio de tipos/cuotas –*swap*-, suscrito entre aquella mercantil y unos consumidores, condenando a la entidad de crédito a restituir las cantidades abonadas en virtud de aquel contrato a los demandantes.

De conformidad con la fecha de suscripción del contrato, 7 de octubre de 2008, la AP de Asturias delimita el marco normativo aplicable, a saber, la LMV tras la modificación operada por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, así como la normativa MIFID. En virtud de estas normas, el contrato litigioso constituye un producto financiero complejo[2] (art. 79.bis.8 en relación con el art. 2.2 de la LMV), cuya oferta a clientes no profesionales debe ir acompañada, en la fase precontractual, del soporte informativo necesario para que el consumidor pueda aceptar el contrato con pleno conocimiento de causa. En particular, indica el juzgador que el cumplimiento de la normativa MIFID "*exige de forma imperativa informar de forma completa, cabal y perfectamente compresible para los consumidores del objeto, finalidad y, sobre todo, de la posibilidad de obtener un resultado negativo*". Declara que la prueba de haber cumplido fehacientemente este especial deber de información incumbía al banco, cosa que no probó[3], quedando constatada la desinformación acerca del carácter eminentemente

[1] Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación "Impacto regional de la reciente regulación sobre Derecho de Consumo: el régimen del arbitraje y mediación de consumo, el TR de la LGDCU y la Directiva 29/2005, de prácticas comerciales abusivas", de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera.

[2] Si bien las obligaciones de información no están vinculadas al carácter complejo del producto financiero. Cfr. "*Las participaciones preferentes son productos complejos pero eso nada importa*" Dr. Ángel Carrasco Perera y Dra. Karolina Lyczkowska. http://blog.uclm.es/cesco/files/2013/09/Las-participaciones-preferentes-son-productos-complejos-pero-eso-nada-importa.pdf

[3] No se expresa en qué consistió la prueba practicada por el banco, considerada insuficiente, respecto a la información facilitada al cliente.

especulativo y aleatorio del contrato, así como respecto al riesgo que comportaba para los actores en un escenario de bajada de los tipos de interés.

Asimismo, trae a colación la Audiencia Provincial la STS de 9 de mayo de 2013 sobre las cláusulas suelo, que exige para la formación de un consentimiento válido el perfecto conocimiento de las cláusulas no negociadas individualmente, de su transcendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente. A su vez, cita el auto aclaratorio de aquella sentencia por el que se especifica que un supuesto de falta de transparencia, que podría conllevar la abusividad de la cláusula, es la creación de una apariencia de contrato de préstamo a interés variable, cuando el índice de referencia o su evolución previsible para el profesional, lo convertirían en un préstamo a interés mínimo fijo, únicamente variable a la alza.

De todo ello concluye la AP, que basta el incumplimiento de alguna de las obligaciones de información previstas en la normativa MIFID, por ejemplo el test de idoneidad –aunque en este caso el test aplicable es el test de conveniencia[4]-, para declarar la nulidad del contrato. Por lo que, si no se aportó suficiente información al cliente sobre la evolución a futuro de los tipos de interés con ejemplos de lo que podría ocurrir, ni del coste de cancelación anticipada, ni se les hizo el test, el contrato deviene nulo por error del consentimiento debido a la inadecuada información recibida "*por muchas fórmulas o cláusulas estereotipadas, que en la práctica carecen de verdadera eficacia real, que se les haga firmar a los clientes*".

Finalmente, niega que el hecho de que los demandantes sean titulados universitarios tenga relevancia respecto a la cantidad de información a recibir de la entidad de crédito, aun cuando uno de los cuatro ítems integrantes del test de conveniencia es el nivel de estudios[5]. Tampoco considera el juzgador que la entrega del anexo explicativo constituyera información suficiente para otorgar un consentimiento válido.

Conclusiones

Podemos apreciar la confusión existente respecto a la normativa aplicable a los litigios suscitados por instrumentos financieros (preferentes, *swaps*, *warrants*, etc.). Prueba de ello es la aplicación, o al menos toma en consideración, de la STS de 9 de mayo de 2013 relativa a la declaración de nulidad de determinadas condiciones generales de la

[4] Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero.
[5] El test de conveniencia, aplicable a los clientes minoristas no sujetos a un contrato de gestión de carteras o asesoramiento de inversores, contiene cuatro ítems sobre los que se cuestiona al cliente: nivel de formación, actividad profesional, antigüedad profesional y tipos de servicios o productos financieros con los que está familiarizado el cliente.

contratación por abusivas, a un supuesto de nulidad contractual por vicios del consentimiento. Asimismo, no parece quedar claro cuáles son las normas aplicables para lo que se acude a una genérica y recurrente mención de la normativa "MIFID". Como consecuencia de esto, no se sabe si el test aplicable es el de conveniencia, el de idoneidad, o el de "perfil de los contratantes". Con todo, ello no parece preocupar a la AP que abiertamente muestra su desconfianza de cualesquiera cláusulas estereotipadas que se haga firmar al cliente, así como de la información que en aquellos test se extrae del cliente para proceder a su clasificación, como el nivel de estudios.