

**CIRCUNSTANCIAS DEFINITORIAS DE LA EXISTENCIA DE ERROR EN EL
CONSENTIMIENTO DEL CLIENTE MINORISTA AL SUSCRIBIR SWAPS DE TIPOS
DE INTERÉS**

José María Martín Faba
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 31 de marzo de 2017

Es doctrina consolidada, aunque reciente, de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que la inobservancia por parte de la entidad financiera de su obligación de informar al cliente no profesional de los riesgos inherentes a los contratos de swap de tipos de interés, fundamentalmente en lo que se refiere a la posibilidad de que se produzca un descenso prolongado del valor del índice de referencia que origine el devengo de liquidaciones periódicas negativas de elevada cuantía y sobre la incidencia económica de los importantes costes de cancelación, hace presumir que el consentimiento en la contratación del producto se prestó viciado por error. No obstante, el incumplimiento de este deber de información concreta no conlleva por sí solo la apreciación de error vicio, por ejemplo, si, como veremos, se acreditan una serie de circunstancias ligadas fundamentalmente a la cualificación profesional del cliente y a su pericia en la contratación de productos financieros complejos. Evidentemente, la consecuencia de la estimación de la acción de anulabilidad del swap por error vicio es la nulidad del producto (no del contrato marco, en su caso), con la consiguiente restitución de las prestaciones que cada una de las partes hubiera recibido.

Así las cosas, la mayoría de resoluciones del Tribunal Supremo dictadas en el año corriente¹ estiman que existe error vicio en la contratación de swaps de tipos de interés

¹ SSTS núm. 138/2017 de 1 marzo (RJ\2017\610); núm. 118/2017 de 23 febrero (RJ\2017\600); núm. 105/2017 de 17 febrero (RJ\2017\593); núm. 106/2017 de 17 febrero (RJ\2017\591); núm. 97/2017 de 15 febrero (RJ\2017\489); núm. 96/2017 de 15 febrero (RJ\2017\498); núm. 83/2017 de 14 febrero (RJ\2017\580); núm. 84/2017 de 14 febrero (RJ\2017\484); núm. 7/2017 de 12 enero (RJ\2017\13) y núm. 2/2017 de 10 enero (RJ\2017\1), entre otras.



si no quedó probado en cualquiera de las instancias que la entidad financiera, de forma suplementaria a la mera entrega y lectura de las estipulaciones contractuales y con anterioridad a la firma del contrato, explicó al cliente el riesgo de liquidaciones negativas en caso de bajada del valor del índice de referencia y de los costes asociados a la cancelación del producto. Es decir, que el mero cumplimiento por parte de la entidad financiera de su obligación formal de información (realización de los tests de conveniencia e idoneidad) no es un parámetro determinante de la libre prestación del consentimiento del cliente. Además, la apreciación de error vicio no se destruye porque el cliente sea un *abogado*, o porque sea o una *empresa con cierta relevancia en el tráfico mercantil*, o porque el riesgo de *operaciones complejas forman parte del propio desenvolvimiento del negocio empresarial*, o porque *se pretenda la existencia de una convalidación del swap viciado a causa de su cancelación anticipada, de liquidaciones positivas o del encadenamiento de diversos contratos*, entre otros argumentos.

Con todo ello, en algunas sentencias recientes el Alto Tribunal no ha apreciado la existencia de error vicio en el consentimiento prestado por el cliente no profesional. Por ejemplo:

- (i) En un² pleito en el que el administrador de la sociedad inversora era notario. Pues bien, en este caso para el Supremo quedó probado a través de la propia declaración del notario que este estaba perfectamente enterado de la mecánica y riesgos del producto ya que trataba de forma habitual y profesional con entidades bancarias y, además, intervino activamente para decidir qué productos reestructurar y qué nocionales establecer. Igualmente, en otro caso muy similar³ en el que quedó probado que el cliente estaba familiarizado con el manejo de productos financieros complejos y era conocedor del mecanismo del contrato. También, en un proceso⁴ en el que el Supremo consideró que el cliente conocía los riesgos del swap pues era un inversor experimentado que trabajó como analista en una empresa de capital riesgo durante seis años;
- (ii) En un litigio⁵ en el que quedó probado que el banco informó al cliente del riesgo de liquidaciones negativas en caso de que el Euribor fuese inferior al tipo fijo y además, de los costes de cancelación del producto. En fase de casación el

² STS núm. 99/2017 de 15 febrero (RJ\2017\492).

³ STS núm. 714/2016 de 29 noviembre (RJ\2016\6414).

⁴ STS núm. 66/2016 de 16 febrero (RJ 2016\549).

⁵ STS núm. 100/2017 de 15 febrero (RJ\2017\588).



Supremo no contradujo la valoración jurídica que la Audiencia realizó de los hechos probados, esto es, que el cliente reconoció en su declaración en el juicio que *“tras la presentación del producto por el banco, se celebró una reunión en la oficina de la empresa en la que se le explicó el producto, le dejaron documentación y el modelo de contrato, y tras leerlo, pidió aclaraciones sobre unas dudas, respondiéndole que podrían darse liquidaciones positivas y negativas, le advirtieron de los escenarios posibles y del funcionamiento positivo o negativo del producto. E igual sucedió con las sucesivas reestructuraciones. Asimismo, se le informó de que la cancelación tendría un coste”*;

(iii) En un proceso⁶ en el que el Alto Tribunal también confirma la valoración jurídica realizada por la Audiencia de los hechos acreditados, que tuvo en cuenta *“la prueba testifical y la documental, que incluía las presentaciones y los e-mail cruzados entre las partes, que pusieron de relieve que habían celebrado diferentes reuniones entre la demandante y los empleados del banco, en las que se explicó el funcionamiento del producto y sus riesgos”*⁷;

(iv) En otro litigio⁸ en el que el Supremo validó la decisión de la Audiencia, que llegó a la convicción, a través de la prueba testifical del comercial de la entidad, de que sí se explicó al cliente cómo funcionaba el producto y el riesgo de pagos en caso de bajada de los tipos de interés.

Nótese, que la principal circunstancia que maneja el Tribunal Supremo para determinar la inexistencia de error vicio en la contratación de un swap de tipo de interés es que la cualificación profesional del cliente minorista revele que tenía un conocimiento preciso sobre los riesgos consustanciales a un producto financiero complejo como el controvertido (posibilidad de liquidaciones negativas y elevado coste de cancelación). Pero aunque el cliente no sea diestro en mercados y productos financieros puede apreciarse la inexistencia de error en su consentimiento si se acredita, por cualquier medio de prueba (*v.gr.* declaración de parte, testigo o documental), que aquel quedó informado de la posibilidad de liquidaciones negativas y del coste de cancelación anticipada del producto. Consecuentemente, es de esperar que a raíz de la doctrina emanada de la STS de 7 de marzo de 2017 el control de transparencia sobre la cláusula suelo tome un devenir similar al examen sobre la existencia de error vicio en la

⁶ STS núm. 122/2017 de 23 febrero (RJ\2017\601).

⁷ En un sentido similar STS núm. 268/2016 de 22 abril (RJ 2016\1834).

⁸ STS núm. 731/2016 de 20 diciembre (RJ\2016\6276).



contratación de swaps, pues en ambos casos el banco podrá acreditar mediante diversos medios de prueba que tanto el consumidor como el cliente minorista conocían los riesgos inherentes a la condición general o al producto financiero.