Últimas sentencias del Tribunal Supremo sobre nulidad de 'swaps'

POR TATIANA PORTILLO Y CLAUDIA RAMAJO Abogadas de Litigación y Arbitraje de Pérez-Llorca

En el pasado mes de julio, el Tribunal Supremo dictó tres sentencias que han confirmado la nulidad de varios contratos de permuta financiera ('swaps') comercializados en su día por Caixa Penedés a varias empresas y a particulares. El Alto Tribunal ha confirmado la declaración de nulidad de esos 'swaps' debido a la existencia de un error en el consentimiento prestado por los clientes en su suscripción y sienta jurisprudencia sobre dos conceptos que aquí se analizarán: las diferencias entre comercialización y asesoramiento, y las incidencias que los incumplimientos contractuales pueden tener en los vicios en el consentimiento.

En el pasado mes de julio, el Tribunal Supremo dictó tres sentencias que han confirmado la nulidad de varios contratos de permuta financiera (*swaps*) comercializados en su día por Caixa Penedés –ahora Banco Mare Nostrum– a varias empresas y también a particulares (sentencias 2659/2014 y 2660/2014, ambas de 7 de julio de 2014, y sentencia 2666/2014, de 8 de julio de 2014).

El Alto Tribunal ha confirmado la declaración de nulidad de esos *swaps* debido a la existencia de un error en el consentimiento prestado por los clientes en su suscripción y, remitiéndose a su sentencia de 20 de enero de 2013, sienta jurisprudencia sobre dos conceptos que aquí se analizarán: primero, las diferencias entre comercialización y asesoramiento y los test correspondientes y, segundo, las incidencias que los incumplimientos contractuales pueden tener en los vicios en el consentimiento.

Con respecto a la primera de estas cuestiones, el Supremo indica que para determinar cuáles son los deberes legales exigibles a la entidad financiera debe discernirse si la venta de *swaps* constituye o no un asesoramiento financiero.

A estos efectos, no ha de estarse a la naturaleza del instrumento financiero, sino a la manera en que éste es ofrecido al cliente, según los criterios de la Directiva MiFID (directiva 2004/39/CE, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros), que son aplicables a estos supuestos por haberse suscrito los *swaps* tras la entrada en vigor de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que modifica la Ley del Mercado de Valores. Cuando un producto se presente al cliente como conveniente para él con base en sus circunstancias personales, se le estará asesorando; mientras que, cuando un producto se esté divulgando a través de canales de distribución destinados al público general, se estará simplemente comercializando.

Para los casos de comercialización, la entidad financiera deberá realizar un test de conveniencia dirigido a la valoración de los conocimientos y experiencia del cliente, para determinar si éste puede comprender los riesgos que implican los productos y tomar una decisión de inversión consciente. En cambio, cuando se trata de asesoramiento procederá realizar un test de idoneidad, que requiere la evaluación del cliente a la que nos referimos con el test de conveniencia, pero además, la realización de un informe sobre los objetivos de inversión del cliente.

Pues bien, las sentencias que comentamos concluyen que en los supuestos analizados ha existido asesoramiento financiero, ya que fue siempre el banco el que ofreció de forma personalizada a sus clientes la contratación de los *swaps*, sin que se haya realizado en ninguno de los casos el necesario test de idoneidad.

Sobre esta base, el Supremo sienta la doctrina relativa a la incidencia del incumplimiento del deber de información (ya sea en relación con el test de conveniencia o idoneidad) en la apreciación del vicio del consentimiento, que se concreta en los puntos que destacamos a continuación.

No ha de estarse a la naturaleza del instrumento financiero, sino a la manera en que éste es ofrecido al cliente

Asimismo, el cumplimiento del deber de información de la entidad financiera incidirá en la excusabilidad

En primer lugar, el incumplimiento de los deberes de información no implica necesariamente la existencia de vicio o error en el consentimiento, si bien puede incidir en la apreciación del mismo. Además, para que el error sea sustancial deberá recaer sobre los concretos riesgos asociados a la contratación del *swap*.

Por otro lado, para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, resulta imprescindible que reciba información que debe incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los productos. Lo que vicia el consentimiento no es el incumplimiento del deber de información en sí, sino precisamente la falta de conocimiento del cliente sobre el producto y sus riesgos.

E. SENRA

Asimismo, el cumplimiento del deber de información de la entidad financiera incidirá en la excusabilidad del error: el error del cliente será excusable cuando el banco haya incumplido su obligación de suministrar información del *swap* de forma comprensible y adecuada, provocando en el cliente un conocimiento equivocado de los riesgos del producto.

Finalmente, en caso de incumplimiento del deber de información, lo relevante para juzgar la existencia del error no es la evaluación sobre la conveniencia de suscribir el *swap* para el cliente, sino, si al hacerlo, éste tenía un conocimiento suficiente del producto y de sus riesgos.

En los casos analizados, el incumplimiento del deber de información –en concreto, la omisión del test de idoneidad– ha supuesto la falta de conocimiento suficiente de los clientes sobre el 'swap' y sus riesgos, confirmando el Tribunal Supremo que el déficit de información fue probado y que justificaba la nulidad de los 'swaps'.

Por otra parte, el Alto Tribunal ha aclarado una cuestión que los bancos habían alegado en sus respectivos recursos: que habían ofrecido los *swaps* con la finalidad de dar cumplimiento a la obligación legal de ofrecer un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés (artículo 19 del Real Decreto-Ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica). El Alto Tribunal ha aclarado que esta obligación implica una recomendación personalizada y, consecuentemente, la existencia de un asesoramiento financiero, que deberá realizarse según las exigencias de la Directiva MiFID.

En definitiva, el Supremo viene a consolidar así su doctrina respecto del vicio en el consentimiento, lo que determinará y condicionará los argumentos que puedan oponer las entidades financieras de ahora en adelante en los numerosos –aunque cada vez menos– procedimientos judiciales de nulidad de *swaps*.

El Tribunal ha aclarado una cuestión que los bancos habían alegado en sus recursos: que habían ofrecido los 'swaps' con la finalidad de dar cumplimiento a la obligación legal de ofrecer un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés. También ha aclarado que esta obligación implica una recomendación personalizada y la existencia de un asesoramiento financiero. En definitiva, el Supremo viene a consolidar su doctrina sobre el vicio en el consentimiento, lo que determinará los argumentos que puedan oponer las entidades financieras de ahora en adelante en los numerosos procedimientos judiciales de nulidad de 'swaps'.