

DEBERES DE INFORMACIÓN EN LOS CONTRATOS DE PERMUTA FINANCIERA: UN RECORRIDO POR LA JURISPRUDENCIA CIVIL DE 2012¹

Iuliana Raluca Stroie

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: La contratación de los swaps ha conocido un gran aumento empezando con el periodo justamente anterior al inicio de la crisis financiera, lo que ha llevado en actualidad a un gran número de reclamaciones por parte de los adquirentes. Este trabajo se propone hacer un recorrido por la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales españolas con el objeto de identificar los argumentos utilizados para declarar la nulidad o validez de los contratos, teniendo en cuenta la obligación que tienen las entidades financieras de informar adecuadamente sobre el producto a los adquirentes, personas físicas o jurídicas.

Palabras clave: contratos bancarios, swap, derecho de información, error en el consentimiento, nulidad

Title: Information duties on swaps contracts: a journey through the jurisprudence of the Spanish Provincial Courts

Abstract: The contracting of swaps has experienced great increase beginning with the period just before the start of the financial crisis, which generated a large number of complaints from the buyers. This paper proposes a journey through the jurisprudence of the Spanish Provincial Courts in order to identify the arguments used to declare the nullity or validity of the contracts, taking into account the obligation of financial entities to adequately inform about the product to the buyers, natural or legal persons.

¹ Trabajo realizado con la ayuda del proyecto "Grupo de investigación y centro de investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo" concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, DER2011-28562 (Resolución de 23 de diciembre de 2011).

Keywords: banking contracts, swap, right to information, error consent, nullity

Sumario: 1. Validez de los contratos de permuta financiera. 1.1. Validez del contrato en base al perfil profesional del adquirente. 1.2. Validez del contrato en base a la experiencia en contratación bancaria y al volumen de negocios de la empresa. 1.3. Falta de diligencia por parte del adquirente del Swap. 1.4. Conducta de los adquirentes contraria a la buena fe y a la doctrina de los actos propios. 1.5. Imposibilidad de confundir el swap con un contrato de seguro por la falta de contraprestación. 2. Nulidad de los contratos de permuta financiera celebrados con consumidores. 2.1. Nulidad de los contratos celebrados con los consumidores por falta de información o información defectuosa facilitada al cliente que no tiene ni los conocimientos ni la experiencia necesaria para contratar este tipo de productos financieros. 2.2. Iniciativa de contratar por parte de la entidad bancaria. 3. Nulidad de los contratos celebrados con entidades mercantiles. 3.1. Clientes sin experiencia o formación necesaria para contratar el swap. 3.2. Indeterminación de la cancelación anticipada. 3.3. Nulidad del contrato aunque se trate de clientes con una buena formación académica. 3.4. Entidades que han suscrito ese tipo de contratos con anterioridad o con una cifra de negocios considerable. 3.5. Clientes que se hayan beneficiado de asesoramiento externo. 4. Conclusiones.

Un "swap", o contrato de permuta financiera (también denominado Cap, floor, collar, clip, cobertura de tipos, stockpyme, IRS, etc), puede ser definido, según Sentencias como la de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc 14ª, de 26.07.2012 (JUR 2012, 289845), de 10 de mayo y 18 de junio de 2012, *como un instrumento financiero, que se articula como una permuta, conforme al cual dos partes acuerdan intercambiar flujos de caja futuros, de acuerdo con una fórmula preestablecida, que se liquida periódicamente por las diferencias. Sobre la base de la rentabilidad previsible que se fija en el propio contrato y de los topes de oscilación se pacta "que, para el caso de superarse el techo (knock out) el banco compensará al cliente mediante el pago del exceso (evitando así que el precio del dinero prestado en las operaciones generalmente vinculadas, se encarezca) y, en contrapartida, para el caso de superarse el suelo (floor), es decir, que el tipo de referencia caiga, el cliente, cuya operación, vinculada o no, está pactada a un precio, asegura al banco que no dejará de cobrarlo, abonando la diferencia".*

Estos productos financieros concebidos y ofrecidos por las entidades financieras en los periodos de tiempo coincidentes con los inicios de la crisis financiera, han sido objeto de contratación tanto por parte de los consumidores como de entidades mercantiles, y vinculados a otros contratos de préstamos hipotecarios o de crédito para paliar los efectos de las subidas de intereses. En la actualidad este tipo de contratos han generado un gran número de litigios solucionados por las Audiencias Provinciales en los últimos años. El objeto del estudio lo constituyen las numerosas sentencias dictadas en el año 2012 en las que el eje común de las alegaciones se refiere a la concurrencia de error en el consentimiento prestado por el cliente, lo que lleva a que el juicio se centre en la pretensión de nulidad del contrato. En la mayoría de los casos se constata una falta de información por parte de los bancos o la existencia de información defectuosa que puede crear en los adquirentes la falsa impresión de haber concertado un seguro ante los riesgos de las fluctuaciones del

tipo de interés respecto a otras operaciones crediticias contratadas con anterioridad. Los criterios que se tienen en cuenta en las sentencias analizadas para establecer si se trata o no de un error excusable en el consentimiento del cliente, se refieren básicamente a su formación y experiencia profesional, a la cifra de negocios si se trata de una entidad mercantil, y al contenido de las cláusulas contractuales, especialmente a la información relativa a la cancelación anticipada del contrato. Por consiguiente, lo fundamental en cada caso particular son los hechos del mismo y la condición del adquirente del producto.

Aunque en la mayoría de los casos la jurisprudencia menor declara la nulidad de los contratos en base a los distintos argumentos, más adelante señalados, el Tribunal Supremo, en la **Sentencia de 21 de noviembre de 2012, RJ 2012\11052**, enjuiciando un caso en el que la entidad actora celebró dos contratos de permuta financiera con unos nominales de 1.803.000 €, respectivamente 749.000 €, declaró la validez de los contratos argumentando que “en operaciones especulativas como la del supuesto de hecho analizado no es posible alegar error”, pero, “se podría haber solicitado la nulidad por la infracción de normas imperativas relativas a la información que debía proporcionar la entidad financiera o declarado la ineficacia sobrevenida de los contratos por la desaparición ex post de sus causas por una alteración de la circunstancias tomadas en consideración como base del resultado empírico perseguido por ambas partes”. No obstante, los argumentos de las Audiencias Provinciales que declaran la validez de los contratos nada tienen que ver con la doctrina del Tribunal Supremo y se basan prácticamente en el perfil del adquirente, en la cifra de negocios de la entidad, en la experiencia en este tipo de operaciones o simplemente en cualquier tipo de operaciones bancarias, en la falta de diligencia de los administradores e incluso en la doctrina de la buena fe y de los actos propios.

Antes de entrar en el estudio de cada uno de los casos es relevante mencionar en qué consiste el deber de información de los bancos y la normativa aplicable. En este sentido destaca la **SAP León de 12 de julio de 2012, AC 2012\1390**, que declaró la nulidad de los dos contratos denominados Stockpymes suscritos por los actores (clientes minoristas) a iniciativa del Banco el 1 de febrero de 2007 y 14 de septiembre de 2007 por el Importe Nocial de 60.000 € en ambos casos. Después de señalar los requisitos para que el error en el consentimiento pueda producir la nulidad contractual, la Sala argumenta que el contenido y la categoría de la información deben cumplir distintos requisitos en función de la clase de cliente de que se trate, requisitos contenidos en la Ley 47/2007, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en sus artículos 78 y s.s., y por los artículos 60 y s.s. del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre. La mencionada normativa, que traspuso al Ordenamiento Jurídico español la Directiva 2004/39/CE, conocida como Directiva MiFID, establece diferentes niveles de información en función del momento contractual y de la clase de cliente de que se trate. En este sentido se distinguen tres clases de clientes, clientes profesionales, contrapartes elegibles (entidades e intermediarios financieros) y clientes minoristas. Destaca la obligación que se impone a las

empresas de servicios de inversión de solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado.

Pero antes de que ese riguroso deber de información sea puesto en vigor con la Ley 47/2007, "aun no siendo legalmente exigible sí lo era conforme a la buena fe propia en toda contratación, ...sobre todo cuando quien ofrece el producto, como es una entidad financiera, actúa como asesora siendo también interesada, por lo que al asumir dicha doble condición, dicho deber de información debe estar aún más acentuado, ya que dicho asesoramiento supone y hace pensar al cliente en que no precisa de otro más objetivo o neutral", conforme declara entre otras la **SAP Albacete de 23 octubre de 2012, JUR 2012\368008**.

En definitiva, señala la Audiencia que al tratarse de un cliente minorista, con unos conocimientos básicos del mundo financiero, insuficientes para entender el alcance de contratos como los ofertados, no se ha demostrado por parte de la entidad bancaria que se haya ofrecido la información necesaria para conocer el tipo de producto financiero que se les estaba proponiendo contratar y el alcance que podía tener de producirse una bajada de los tipos de interés. Concretamente, "no se ejemplifica sobre los posibles escenarios de subidas y bajadas de tipos, a diferencia de lo que ocurre con la información que se proporcionó al ofertar la contratación de otro producto que habría de sustituir a los "Stockpymes", denominado "Riskpyme", en cuyo folleto informativo se describe con detalle la operación, se describen las ventajas y los inconvenientes, escenificándose incluso el caso de que el Tipo Variable de Referencia llegara a ser cero, dibujándose escenarios positivos (si el Tipo Variable de Referencia supera el nivel del Tipo fijo) y negativos (si el primero de dichos tipos es inferior al segundo), haciéndose, por último, una descripción detallada e inteligible de los riesgos de la Operación y una serie de útiles advertencias".

1. Validez de los contratos de permuta financiera

Habíamos advertido con la mención a la STS de 21 de noviembre de 2012 que lo esencial para apreciar la nulidad del contrato es acreditar el incumplimiento de la obligación que asiste a las entidades financieras de informar adecuadamente a los adquirentes de los productos financieros objeto del análisis y por tanto, la consiguiente vulneración de normas imperativas. En los casos más recientes, que expondremos a continuación, se podrá observar la diversidad de argumentos utilizados por las Audiencias, que asocian el cumplimiento de la mentada obligación de información al perfil de la otra parte contratante. Es habitual que los argumentos utilizados por la jurisprudencia menor, mencionados al principio de este trabajo, sean utilizados conjuntamente para declarar la validez de un contrato de permuta financiera. Así sucede en el caso enjuiciado por la **Audiencia Provincial de Madrid (Sentencia de 23 noviembre 2012, JUR 2013\16683)**. El contrato de permuta financiera cuya nulidad se pretende en el juicio, figura unido a una escritura pública de ampliación y novación de préstamo hipotecario, concertado en el año 2000. La escritura fue otorgada en abril de 2007, siendo el importe del capital de

5.000.000€, con vencimiento al 30 de noviembre de 2019. El importe del nominal de la Operación era 3.750.000€, con fecha de vencimiento el 30 de abril de 2012. En la Póliza de operaciones sobre instrumentos financieros derivados, que no se encuentra firmada por ninguna de las partes, pero que si figura unida a la precitada escritura de ampliación y novación del préstamo hipotecario, se recoge que "el Cliente manifiesta expresamente que las Operaciones a que se refiere este contrato se adecuan fiel e íntegramente a su experiencia inversora y financiera, habiendo decidido el Cliente de forma libre e independiente formalizar dichas Operaciones, y declarando no haber basado su decisión en ninguna comunicación verbal o escrita por parte del Banco que signifique una recomendación o asesoramiento financiero o de inversión respecto a las Operaciones ". Después de aclarar que la LMV modificada por la Ley 47/2007 no resulta de aplicación al caso, la Audiencia señala que no aprecia la existencia del error en el consentimiento de la demandante por los siguientes argumentos: 1º aunque la actora deba ser considerada como una Pyme dedicada esencialmente a la promoción inmobiliaria y por tanto ajena al sector financiero, ello no implica por su parte un desconocimiento del sector, y más cuando resulta plenamente acreditado que para financiar su actividad, desde hacía tiempo, venía suscribiendo con la demandada distintos contratos, entre los que cabe destacar el préstamo con garantía hipotecaria que suscribió en el año 2000 luego ampliado y novado por el de abril de 2007; 2º al no resultar de aplicación al caso la normativa informativa (MIFID) que dimana de la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, no era necesario que antes de la suscripción del contrato la demandada sometiera a la actora al llamado test de conocimientos y experiencia para determinar si el producto que ofrecía era adecuado para su financiación y si conocía los riesgos que asumía; 3º la suscripción de un swap no tiene que estar necesariamente vinculada a otro contrato toda vez que cliente puede perfectamente concertar con el Banco su suscripción, tras considerar su conveniencia, en función con el montante total de las deudas contraídas con la entidad, calculando el capital nocional en función de su endeudamiento, independientemente de cual sea el importe real de todas deudas o solo una de ellas, de forma, que en el presente caso, resultaba por ello indiferente que el swap suscrito lo fuera por un capital (en este caso nocional) diferente al del préstamo con garantía hipotecaria; 4º la alegada incomprensión de los términos del contrato por el representante legal de la actora no puede ser considerada suficientemente integradora del invocado error en el consentimiento, porque con independencia de que no sea habitual la firma de un contrato en general, y menos un contrato bancario, sin que el contratante se asesore o comprenda su contenido, en modo alguno puede entenderse que el error sea esencial o excusable, en la medida que, aunque pudiera existir tal error (que en este caso no se demuestra) pudo fácilmente evitarse por el representante legal de la demandante, con una mínima diligencia consistente en la lectura de las cláusulas del mismo, calibrar su alcance antes de firmarlo, o en último caso posponer su firma hasta asesorarse de un técnico que le explicara su contenido, y en caso de no comprenderlo o encontrarlo perjudicial para sus intereses no firmarlo; 5º el hecho que la apelante haya dejado transcurrir dos años desde la suscripción del contrato hasta impugnarlo infringe la doctrina de los propios actos y en 6º y último lugar, de las cuentas de la sociedad del año 2008 se desprende que la misma tenía formalizados contratos de cobertura de

riesgos de interés asumidas mediante la firma de las cuentas por el administrador de la entidad demandante.

1.1 Validez del contrato en base al perfil profesional del adquirente

Los administradores de una mediana empresa son personas que deben tener los conocimientos necesarios para contratar un Swap y en caso contrario, empleando una mínima diligencia que se les requiere como administradores de empresa, siempre tienen a su disposición la posibilidad de contratar los servicios de una asesoría externa. La operación es "sencilla y accesible a cualquier profesional del comercio y en particular al demandante como administrador de una empresa de mediano tamaño", conforme declara la **SAP Huelva de 11 junio 2012, JUR 2012\350308**, y ello se desprende de los cuadros definidos como escenario y ejemplos cuantitativos de posibles pérdidas o beneficios, contenidos en el Anexo sobre el funcionamiento del SWAP. Añade la Sala que "los directores de sucursal bancaria no tienen los conocimientos precisos para explicar hasta el agotamiento el funcionamiento de la manera de calcular las liquidaciones derivadas del SWAP, ni las que favorecen a una parte ni a la otra; pero es que eso es irrelevante, como lo es que el cliente o el juzgador no terminen por conocer tal detalle". Asimismo considera que "la cláusula relativa a la cancelación anticipada no es motivo para considerar existente un vicio del consentimiento" ya que "su omisión únicamente determina que se pierda la facultad que se concede al cliente de desistir unilateralmente del contrato".

La **SAP Valladolid de 11 diciembre 2012, JUR 2013\10849** declara la validez del contrato Swap, cuya nulidad se interesa en el proceso, en base sobre todo al perfil profesional de la demandante. Argumenta en este sentido que no se puede considerar como minorista a una entidad con actividades mercantiles tan variadas como la promoción inmobiliaria, adquisición tenencia y administración de fincas urbanas, compra y venta de solares, viviendas y edificios de cualquier clase y edificación para la venta o explotación en régimen de arrendamiento y otros supuestos de cesión de uso. Aunque el producto haya sido ofertado por el Banco, la representante de la demandante, quien contrató en 2006 el Swap litigioso para asociarlo a una operación de leasing, era no solamente la apoderada de la entidad actora, sino "apoderada también de otra empresa dedicada a la promoción y construcción inmobiliaria y a la suscripción, adquisición y transmisión de títulos valores de toda índole ya sean de renta fija o variable con cotización en bolsas de comercio o sin ellas y llevaba la gestión y administración de tales títulos y suscribió además, un año después del primer contrato, un segundo swap".

SAP Asturias de 31 octubre 2012, JUR 2012\398140. El contrato de permuta financiera de tipos de interés fue suscrito por la entidad demandante y el banco demandado el 2 de mayo de 2008, a iniciativa de este último. El argumento fundamental para la desestimación del recurso planteado por la parte demandada y la declaración de inexistencia de error en el consentimiento de los actores a la hora de contratar se refiere al

perfil del representante legal de la empresa demandante, diplomado en empresariales que forma parte de un grupo de empresas, dotada de un departamento financiero al que se remite el contrato de permuta financiera para su supervisión y aprobación. Considera la Sala que de ser ciertas las afirmaciones del representante legal y de la persona que tiene a su cargo, también diplomado en empresariales, carecer de conocimientos financieros específicos, "es un defecto de organización de la entidad a la que prestan sus servicios que no puede repercutir negativamente en los terceros que con ellos contratan, por cuanto si la empresa tiene en su organigrama un departamento financiero entre cuyo cometido está el del examen y valoración de esta clase de productos, ha de inferirse que su personal está cualificado para su plena valoración, supliendo por sí los defectos de información, y si no lo está, precisamente debido a su labor profesional, ha de saber de la necesidad de completar, mediante el auxilio de terceros, su falta de conocimiento en cada caso". Por tanto, si se ha producido error en este caso, se trata de un error vencible que pudo ser evitado llevando a cabo una labor diligente la actora y como tal, si a ella le es imputable, carece de la eficacia invalidante.

SAP Madrid de 26 septiembre 2012, AC 2012\1747. El contrato de permuta financiera cuya nulidad se solicita en la demanda se celebró en febrero de 2008 por la demandante asistida de su letrada y la entidad bancaria demandada. La Sala rechaza las alegaciones de la parte actora relativas a la falta de facultades de la actora toda vez que de los documentos notariales se desprende que no sufría limitación alguna y también las relativas a la redacción en inglés de los términos del contrato, pues si bien la demandante no tenía esos conocimientos los tenía la abogada que la asistió y a quien se le informó debidamente de las condiciones del contrato y el funcionamiento del producto al final de cada año y a su vencimiento, distinguiéndose diversas hipótesis, resaltándose en el contrato la manifestación del titular que ha recibido las oportunas advertencias sobre los riesgos de este producto y en concreto sobre la posibilidad de que la rentabilidad del mismo sea negativa. Por tanto, argumenta el Tribunal que si se informó a los asesores de la demandante sobre las características del producto estructurado, que "no ofrece demasiada complejidad, ni tampoco amplios conocimientos financieros, y la actora conoció el producto, pese a que de forma inconcebible el term sheet se encuentra redactado en lengua inglesa..., ... en modo alguno puede declararse anulable por los vicios de consentimiento con cuyo asidero se accionó en la demanda".

SAP León de 23 julio 2012, AC 2012\1511. Los contratos de confirmación de permuta financiera de tipo de interés (swap de tipo de interés) de 24 de julio de 2007, y confirmación de permuta financiera de tipo de interés (swap bonificado 3x3 con barrera knock-In) le generaron a la mercantil actora unas pérdidas por valor de 1.703.501,81 €. Cabe destacar que la entidad demandante tiene por objeto social "la promoción y construcción de edificaciones por cuenta propia o ajena, compra venta, arrendamiento, adquisición o enajenación, por cualquier clase de título, de

toda clase de inmuebles", y se encuentra participada íntegramente por dos sociedades mercantiles, habiéndose constituido con un capital social y un capital desembolsado de 3.801.388,25 €, las cuentas anuales de la demandante correspondientes a los años 2006, 2007 y 2008, revelan, unos fondos propios de 16.688.641,16 €, 18.672.089,10 € y 17.684.799,40 € y un activo de 72.784.279,15 €, 91.473.926,81 € y 131.477.268,73 €, por lo que no puede ser calificada como cliente minorista, puesto que reúne las condiciones precisas, para ser calificada como cliente profesional, y por ende para poder presumir que dispone de experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente los riesgos. La empresa ha contado además con asesores externos en la negociación de los contratos a los que están vinculados los swaps.

SAP Barcelona de 18 julio 2012, AC 2012\1461. El "Contrato de Cobertura de Inflación" suscrito entre las partes el 20 de noviembre de 2008 sobre un capital de 1.000.000 € estaba vinculado a varios contratos de crédito. La demandante, una empresa dedicada a los transportes especiales, llegó a solicitar la nulidad del contrato antes de que se produjera la primera liquidación. La Sala considera acreditado que se produjo el test de conveniencia. La decisión de la Sala se basa en el volumen de negocio y la incidencia de la evolución del coste de la vida en el coste general de explotación. También rechaza las alegaciones relativas a la escasa formación escolar, del actor, pero el hecho de que administre una empresa de larga existencia indica la familiaridad con instrumentos financieros y la información que ofreció en el test aparece refrendada con su firma.

SAP Madrid de 3 julio 2012, JUR 2012\288580. El contrato suscrito entre las partes el 6 de noviembre de 2006 estaba vinculado a un préstamo hipotecario de 782.000 €, celebrado entre las partes 3 años antes. El contrato generó las siguientes liquidaciones: 1.457,11 € a favor del Banco, en fecha 30 de enero de 2008; 4.361,50 €, en fecha 30 de enero de 2009 y 4.337,66 €, el 30 de enero de 2010, estas dos últimas a favor del demandante y 20.095,85 €, en fecha 30 de enero de 2011, a favor del Banco. Constata el Tribunal que el demandante es arquitecto y administrador de un grupo de sociedades cuyo fin primordial es la decoración de interiores, procediendo a la compra de inmuebles, mediante préstamos hipotecarios, llevando a cabo su reforma y venta posterior y su esposa tiene un título de administrativo (F.P.), ocupándose de las cuestiones contables de las referidas sociedades, pero el préstamo ligado al contrato ahora controvertido ha sido para la adquisición de la vivienda del actor. La Audiencia considera acreditado que el actor obtuvo información suficiente del producto bancario que contrataba, en principio, en una reunión conjunta con otros clientes y luego individualizada a través de una entrevista complementada con la información escrita que le fue remitida vía fax, y señala que "no cabe apreciar inducción al actor por parte de la entidad bancaria para conseguir la celebración del contrato".

SAP Ávila de 21 junio 2012, JUR 2012\275935. La entidad actora solicita la nulidad del contrato marco de operaciones financieras y sus anexos confirmación de permuta financiera de tipos de interés de fechas 17/03/2005, 18/03/2005, 31/05/2006, 11/10/2006 y 25/04/2007. La Audiencia declara la validez del contrato al considerar que ambas partes se encuentran en situación de igualdad en relación a los conocimientos económicos respecto a las operaciones bancarias, matemáticas y contables ya que "la demandante no ha sido un particular que firma un simple contrato de adhesión y prueba de ello es el volumen de negocio desarrollado a lo largo del tiempo, con préstamos superiores a los 3 millones de euros y con ingresos anuales superiores a los 5 millones de euros, admitiéndose que el negocio tiene su origen en el siglo XIX y hasta la actualidad, por lo que tiene tanta antigüedad o más que el Banco, el primero en la compraventa de productos y en los créditos financieros para el negocio y el Banco en lo relativo a entrega de cantidades a cambio de precio".

1.2 Validez del contrato en base a la experiencia en contratación bancaria y al volumen de negocios de la empresa

La misma **SAP de Valladolid de 11 diciembre 2012, JUR 2013\10849**, antes mencionada, argumenta que no se puede alegar la falta de información por parte de la entidad actora teniendo en cuenta que se trata de una empresa con una extensa experiencia dados sus años de actividad y un importante volumen de negocios, habituada a la suscripción de todo tipo de contratos mercantiles y bancarios con notables facturaciones y un elevado endeudamiento y carece de sentido que se haya contratado un segundo swap de idénticas características en el mismo año en el que se intenta la cancelación del primero, teniendo en cuenta que antes de que empezaran la liquidaciones positivas, las 12 primeras fueron negativas.

SAP Sevilla de 27 julio 2012, JUR 2012\330629. El contrato se perfeccionó el 15 de enero de 2007 y se resolvió anticipadamente por la entidad financiera por incumplimiento de la ahora apelada, quien reconoce que las liquidaciones fueron positivas para ella en el último trimestre de 2007, en los tres primeros de 2008 y en el primero de 2009, y es cuando se producen las liquidaciones negativas de mayor importe en los siguientes trimestres de ese año y en el primero de la anualidad siguiente cuando insta la nulidad contractual. El Tribunal aprecia que no puede alegarse error en el consentimiento por parte de la actora, puesto que había contratado con anterioridad otros productos financieros del mismo tipo con otras entidades financieras por importe de más de 11.000.000 €, suscripción de bonos convertibles por valor de 700.000 €, además de fondos de inversión y una imposición para disponer libremente de 22.500.000 €, lo que evidencia el conocimiento que tiene del mecanismo de los contratos bancarios.

SAP Castellón de 28 febrero 2012, AC 2012\414. El contrato de cobertura de tipo de interés en la modalidad denominada "collar

bonificado" fue concertado entre las partes el 9 de julio de 2008 sobre el nominal de 500.000 €. La Sala argumenta que aunque es cierto que la demandada no ha cumplido con su deber de ofrecer información precontractual, constando sólo la información contenida en los contratos, no hay constancia tampoco de que se guardara al respecto una antelación precisa en orden a la debida reflexión, dado que la solicitud de la operación es del día anterior al contrato y aunque se verificó el denominado test de conveniencia evaluatorio de la posición del cliente y de la operación en función de la misma, tuvo lugar el mismo día de la concertación del contrato y con un contenido insuficiente, "consideramos que no cabe derivar de ello, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que pudiere dar lugar, que la demandante no tuviera consciencia de la naturaleza del producto que contrataba y de sus riesgos". Para ello se basa la sentencia en que la operación no era extraña para la apelada, dado que en el test de conveniencia dio una respuesta positiva a la pregunta de si había realizado inversiones en coberturas tipo interés durante los tres años anteriores, en que la mercantil estaba especializada en seguros de crédito, siendo uno de sus objetos sociales la correduría de seguros, por lo que se impone cierta preparación en las materias financieras en sus órganos de dirección o gestión y en el afianzamiento personal de las posibles responsabilidades derivadas del contrato litigioso hasta la cantidad de 25.000 € por el administrador de la apelada formalizado además ante Notario.

1.3 Falta de diligencia por parte del adquirente del Swap

La SAP Salamanca núm. 664/2012 de 11 noviembre JUR 2013\11100 declara la validez del contrato. El representante de la entidad concertó un contrato marco con el Banco de Santander y posteriormente hasta seis contratos de swap al ir resolviendo uno tras otro y contratando uno nuevo a lo largo de siete años siendo el último de 21 de abril de 2009. Tras la contratación del primero y una vez el cliente tuvo cabal conocimiento de lo que había contratado deseaba cancelarlo pero el coste era alto y el banco le admitía cancelar pero contratar otro swap con mejores condiciones (para el banco). En el presente caso se realizó el test de conveniencia en el que se contesta por el demandante (el representante es el contable de la empresa) a la pregunta de si la empresa dispone de especialistas o un departamento especializado en instrumentos y mercados financieros diciendo que la empresa utiliza los servicios de asesores externos. Después de recordar la doctrina del error como vicio del consentimiento, la Sala argumenta que solo al actor le es imputable el posible error de consentimiento al contratar por no haber accedido a la debida información por sus asesores externos no habiendo tenido la diligencia adecuada a un buen comerciante para la contratación de productos de riesgo. Pues no es la misma diligencia al contratar aplicable a un particular minorista que a un empresario acostumbrado a relacionarse con bancos y banqueros y por ello en el presente caso no se estima que tras seis contratos swap se pueda afirmar que era un ignorante y que no recibió la adecuada información acerca del riesgo de los contratos suscritos.

La **Audiencia de Barcelona en la Sentencia de 7 septiembre 2012, JUR 2012\334845**, declara acreditado que la entidad demandante a través de su representante legal disponía de los conocimientos necesarios o asesoramiento externo, puesto que había celebrado con anterioridad al contrato de cobertura de tipos de interés suscrito el 8 de julio de 2008, otras operaciones de préstamo con la demandada. "La falta o no de información respecto al contrato a firmar, en su caso, debe imputarse a la falta de diligencia de la actora-contratante, si estimó insuficiente u oscura la ofrecida por la otra parte contratante".

SAP Valencia de 9 julio 2012, JUR 2012\371612. Los contratos de gestión de riesgos financieros fueron suscritos entre las partes en fechas 16 de mayo de 2005 y 21 de febrero de 2007. El primero, "Clip Bankinter 5" con vencimiento el 2 de junio de 2008, sobre un nominal de 300.000 €, generó 12 liquidaciones todas ellas favorables a la parte actora. El segundo, "Clip Bankinter 07 3.3", con fecha de vencimiento el 14 de septiembre de 2010, también sobre un nominal 300.000 Euros, generó liquidaciones trimestrales a favor de la entidad actora hasta diciembre de 2008, produciéndose liquidaciones negativas (a favor de la entidad bancaria) a partir del primer trimestre de 2009 hasta la finalización de la vigencia del contrato el 14 de septiembre de 2010. Ante las declaraciones del representante legal de la actora, quien reconoce que no leyó los contratos dad la confianza que tenía en el Banco, o que leyó algunas cláusulas por encima, considera la Sala que el error es imputable a quien lo alega, puesto que no ha empleado una diligencia media o regular que podía haberlo impedido.

1.4 Conducta de los adquirentes contraria a la buena fe y a la doctrina de los actos propios

Aunque no es muy habitual este argumento, la SAP de Castellón de 22 octubre 2012, JUR 2013\19839 lo utiliza para desestimar el recurso de la entidad adquirente del producto financiero de cobertura de tipo de interés. Los demandantes suscribieron un préstamo hipotecario con la entidad bancaria demandada el 18 de agosto de 2005, por importe de 129.000 €, con la finalidad de adquirir una vivienda. El 10 de marzo de 2008, la entidad hoy demandada se subrogó en el crédito hipotecario, suscribiéndose una ampliación del referido préstamo hasta la suma de 164.081,56 €, con cuotas revisables en función de la actualización de tipos de interés. Al mismo tiempo, la entidad financiera demandada ofreció la suscripción de un producto denominado "contrato de cobertura de tipo de interés máximo con mínimo" indicando que aseguraba a los demandantes respecto de eventuales e hipotéticas subidas de los tipos de interés. El contrato se suscribió en abril de 2008. En octubre de 2008 se produce una primera liquidación positiva por importe de 85,85 € que se reitera en meses sucesivos, hasta el mes de abril de 2009, cuando se realiza un cargo en su cuenta corriente por importe de 252,75 €, informándoles el banco que cuando el tipo de interés desciende por debajo del 4% son los actores los que tienen que pagar a la entidad bancaria, por lo que los demandantes

y demandada mantuvieron conversaciones para tratar de resolver el contrato de cobertura de tipo de interés, ofreciendo la entidad demandada condonar el 25% del coste de cancelación. Los actores solicitan en la demanda la devolución de la cantidad de 10.562,50 € generada por la cancelación del contrato y las cuotas por la bajada de los tipos de interés. La Audiencia declara acreditado que los demandantes prestatarios tenían la condición de clientes minoristas, dada la profesión de mecánico del actor y de ama de casa la de la actora, que había desarrollado como último trabajo el de cajera de un centro comercial, por lo que la entidad demandada estaba obligada a informar detalladamente y de forma comprensible los riesgos del contrato de intercambio de tipos de interés, lo que no cumplimentó debidamente. No obstante, argumenta que lo fundamental para la solución del caso es que los demandantes asistidos de su letrado, acordaron de mutuo acuerdo con la entidad demandada resolver el contrato litigioso, pactándose una condonación del 25 % del importe a satisfacer por los demandantes prestatarios por la cancelación anticipada del contrato, lo que significa que están ahora solicitando la declaración de nulidad del contrato que previamente a la interposición de la demanda habían resuelto de mutuo acuerdo con la parte demandada. Por consiguiente, se trata de una conducta contraria a la buena fe y a la doctrina de los actos propios pues la resolución contractual de mutuo acuerdo es perfectamente válida, no pudiendo decirse que la parte actora haya incurrido en error al resolver el contrato cuando en dicho acto estuvo asistido de su abogado. El acuerdo resolutorio del contrato constituye un acto de confirmación tácita del contrato cuya nulidad se interesa en el presente proceso, al tratarse la acción ejercitada de un supuesto de anulabilidad o nulidad relativa del contrato, como es el error en el consentimiento invocado como fundamento de la demanda, por lo que quedó extinguida la acción de nulidad.

En el mismo sentido la **SAP Las Palmas de 26 septiembre 2012, JUR 2012\364991**. La entidad mercantil actora había suscrito el 14 de enero de 2007 con el Banco de Sabadell, SA los contratos denominados swaps con barrera desactivante y cap global, swap de inflación y swap de tipo de interés cancelable. Por parte de la entidad actora firmó los contratos su representante que era director financiero y apoderado de la entidad hasta noviembre de 2008 cuando fue despedido. La Audiencia estima el recurso de la entidad demandada declarando la inexistencia del error invalidante. Argumenta en este sentido que si bien no se puede entender que el mandato del apoderado incluía la suscripción de esos productos o derivados financieros por ser de alto riesgo, no se puede alegar la extralimitación en su actuación por la ratificación posterior, por lo órganos de administración de la sociedad apelada. Además, los contratos fueron celebrados por una persona que con anterioridad había suscrito otros contratos de permuta financiera de tipos de interés con otra entidad bancaria, Bankinter, quedando plenamente acreditado de los test de idoneidad y conveniencia a que fue sometido obrantes en autos, que tenía pleno conocimiento de estos productos financieros. Otro de los argumentos de la Sala se refiere a la falta de objeción por parte de la entidad demandante hasta marzo de 2009 que es cuando aparece la primera

liquidación negativa por importe 3.721 euros, interesando la nulidad de las operaciones y retroacción de los cargos en julio de 2009. En consecuencia, las liquidaciones derivadas de tales productos quedaron registradas en la contabilidad de la actora, remitiéndose por el Banco recurrente periódicamente los extractos y reflejándose en aquella los apuntes contables, tanto positivos como negativos, por lo que con anterioridad a finales del año 2008, que es cuando se produce el cambio de su director financiero, la entidad actora y ahora apelada "conocía o debía conocer el origen de las liquidaciones cuestionadas y por ende la existencia de los contratos bancarios de las que derivaban y tras su despedido tampoco se objetó nada hasta que las liquidaciones fueron negativas", lo que significa que "aprobó al menos tácitamente la actuación de su director financiero".

1.5 Imposibilidad de confundir el swap con un contrato de seguro por la falta de contraprestación

Tampoco se trata de un argumento muy utilizado por la jurisprudencia menor, pero si por la **SAP Barcelona de 5 julio 2012, AC 2012\1364**. La entidad demandante, una clínica dental había suscrito tres "swaps" en fechas 11 de octubre de 2006, sobre un importe nominal de 500.000 € y cinco años de duración, 31 de octubre de 2007 (este en sustitución del anterior pero sobre un importe nominal de 800.000 e igual vigencia de 5 años) y 28 de octubre de 2008, sobre un importe nominal de 500.000 € y tres años de duración habiendo generado los últimos dos un saldo negativo por importe de 25.541,77 €. Los swaps contratados por la entidad actora guardaban relación con las operaciones crediticias convenidas en noviembre de 2005 (crédito hipotecario de 276.000 €) y junio de 2007 (préstamo hipotecario de 240.000 €) por dicha sociedad con el banco. La Audiencia rechaza las alegaciones de la parte actora de estar en la creencia que había contratado un seguro, puesto que "todo contrato de seguro lleva consigo el pago de una contraprestación denominada prima a cargo del tomador-asegurado...y ya se ha visto que las liquidaciones de los swaps en los dos primeros años le fueron favorables". También señala la Audiencia que la asimetría entre los importes de los préstamos y el valor nominal de los swaps tiene "una doble finalidad contractual, de cobertura pero también especulativa, lo que es inherente a todo producto financiero". El contrato contenía además en el anexo un cuadro con los diversos escenarios que podrían darse en función de la evolución del Euribor por encima o por debajo del tipo barrera del 3,93%, con lo que se ofrecía al cliente una información bastante de la aleatoriedad inherente a la operación, con la consiguiente posibilidad de que las liquidaciones le fueran favorables o adversas. Tampoco admite la Sala la alegación de la parte actora acerca de la falta de transparencia del producto porque no va acompañado del cuadro de amortización de la permuta. "Ese cuadro no podía acompañarse de ninguna manera ya que justamente la aleatoriedad del producto radica en las oscilaciones de una variable (Euribor) cuya evolución futura nadie conoce. Y lo mismo cabe decir de la previsión convencional de que la cancelación anticipada del producto "se realizará a precio de mercado", ya que la liquidación fruto de esa cancelación habría de realizarse con las

variables existentes en ese momento". Finalmente, recuerda el Tribunal que la propia administradora de la mercantil demandante rellenó el formulario de conveniencia declarando que la facturación de la empresa se sitúa entre 0,5 y 5 millones de euros, que es cliente de la demandada con más de tres años de antigüedad, que utiliza los servicios de asesores externos en materia de instrumentos financieros y que se halla familiarizada con esos productos ya que es titular de alguno de ellos, con el que habría operado en los dos últimos años.

Finalmente, llama la atención la argumentación de la Sección 18ª de la Audiencia de **Madrid, Sentencia de 26 junio 2012, JUR 2012\265429**, al declarar que un producto contratado con el propósito de mitigar las fluctuaciones de tipo de interés de un préstamo hipotecario no constituye una operación especulativa, y de riesgo de inversión financiera, "sino de aseguramiento de un tipo de interés, aunque no pueda valorarse como contrato de seguro", por lo que "no existe obligación de entrega de información escrita por parte de la entidad bancaria, quien no podemos negar que algún tipo de información ha tenido que suministrar a los actores, puesto que de lo contrario estos no hubieran suscrito el contrato". Asimismo, reconoce que el contrato redactado "no con una excesiva claridad sí que figura el mantenimiento del tipo fijo de interés en el caso de subidas del Euribor, y también al establecerse la palabra viceversa palabra que es fácilmente entendible por cualquier persona al no tener la condición de un término técnico en materia de finanzas, que en caso de reducción de los tipos de interés evidentemente la parte contratante debe satisfacer ese diferencial a la entidad bancaria, con lo cual se da por perfectamente cumplido lo que pretenden las dos partes, al suscribir el contrato de swaps, de un lado la actora garantizarse el riesgo de posibles subidas y de otro lado la entidad bancaria garantizarse las pérdidas que puede sufrir como consecuencia de la bajada de los tipos de interés».

2 Nulidad de los contratos de permuta financiera celebrados con consumidores

2.1 Nulidad de los contratos celebrados con los consumidores por falta de información o información defectuosa facilitada al cliente que no tiene ni los conocimientos ni la experiencia necesaria para contratar este tipo de productos financieros

En el caso de los contratos celebrados con los consumidores la jurisprudencia es unánime al declarar la existencia del error como vicio del consentimiento, pues la finalidad primordial de la adquisición de tales productos es protegerse contra posibles subidas de los tipos de los intereses del préstamo hipotecario a interés variable. A las entidades financieras se les requiere una "diligencia profesional específica a la entidad de inversión, que se ha de materializar en un deber de información riguroso y adaptado a las características de la operación a contratar y de la persona a quien se dirige", conforme declara la **SAP Asturias de 16 julio 2012, AC 2012\1453**. En los casos en los que se declara la nulidad del contrato por

falta de información o información deficiente facilitada al cliente, los tribunales basan la argumentación en la iniciativa de la entidad bancaria para contratar, que ofrecen el producto como una especie de seguro o garantía contra la subida de tipos de interés sin que los adquirentes se den cuenta del alcance de los riesgos hasta que se generan las primeras cantidades negativas. La misma Audiencia de Asturias en la **Sentencia de 17 diciembre 2012, JUR 2013\10821** declara la nulidad del contrato de permuta de tipos de interés, concertado por los actores, personas físicas, y el banco demandado en fecha 3 de julio de 2006. El contrato estaba ligado una línea de crédito con garantía hipotecaria y el valor de las liquidaciones negativas que los demandantes reclaman al Banco suman la cantidad de 4.511,04 €. La Audiencia señala que "cuando el acreedor hipotecario, en este caso el Banco, es al propio tiempo vendedor de la permuta, el contrato tiene una evidente finalidad de cobertura, razón por lo que muchas veces en la práctica las entidades ofrecían estos productos financieros bajo la apariencia de un contrato de seguro, que desde luego no lo es, aunque sólo sea porque el riesgo que pretenden cubrir desaparece en caso de que los tipos bajen, perjudicando en exclusiva al comprador de estos productos, mientras que en el supuesto de que suban, interesa igualmente al Banco vendedor, dado que por mucho que lo hagan, el exceso sobre el tipo fijo pactado no le afectaría". Por tanto, teniendo en cuenta que en el presente caso se trata de personas que no tienen el conocimiento requerido para estos tipos de operaciones, declara la nulidad del contrato, al no quedar acreditado que la demandada haya facilitado la información necesaria a los actores.

La discrepancia surge en estos casos a la hora de establecer la condición de consumidor del adquirente. La sentencia de la **AP Asturias de 16 de julio 2012**, antes mencionada, declara acreditado que el swap no se concertó con la demandante en atención a su condición de empresaria o comerciante (en la demanda se menciona que era titular de un negocio de zapatería), sino en atención principalmente a su endeudamiento como particular adquirente de una vivienda, pues era el importe del préstamo hipotecario la deuda de mayor importe que la demandante mantenía con el Banco a la hora de contratar el "swap" y, por tanto, la que absorbía la mayor parte del importe nominal del "swap". En el mismo sentido la **SAP de Murcia de 21 noviembre 2012, AC 2012\131** declara que la Ley de 19 de julio de 1984 "no excluye de la condición de consumidor a las personas jurídicas (art. 1.2) cuando fueren destinatarios finales del bien, de manera que no teniendo el producto financiero adquirido relación con el objeto social de la mercantil, y siendo la misma la destinataria final del mismo, no habría obstáculo alguno para otorgarle la condición de consumidor" pero señala que la calificación de la adquirente como consumidora es irrelevante para estimar su pretensión una vez que se considera acreditado que existió un defecto en el consentimiento invalidante del negocio en el que se prestaba.

Por el contrario, la **SAP Girona de 28 febrero 2012, JUR 2012\149493**, rechaza la condición de consumidor del adquirente que suscribe una póliza de préstamo para "financiar instalaciones fotovoltaicas" cuya explotación

económica pretende o la **SAP Asturias de 23 noviembre JUR 2013\4935** que señala que "el cliente concierta la operación con la finalidad de gestionar el riesgo de tipo de interés de sus deudas contraídas para satisfacer necesidades de su actividad empresarial o profesional y no necesidades suyas personales".

2.2 Iniciativa de contratar por parte de la entidad bancaria

Otro de los aspectos considerados por los Tribunales se refiere a la iniciativa de contratar el producto que salvo algunas excepciones, pertenece a las entidades bancarias. En este sentido la **SAP Palencia de 15 noviembre 2012, JUR 2012\404258**. La pretensión rectora interesó la nulidad del swap con sus consecuencias conexas relativas al acuerdo alcanzado para su cancelación anticipada, subsidiariamente su anulabilidad y acumuladamente que la entidad bancaria apelada les restituyera la suma de 11.410,89 €, consecuencia de los 6.410,89 € satisfechos por ellos a través de las liquidaciones negativas, más los 5.000 € entregados en la cancelación anticipada. La Audiencia considera acreditado que los actores, un matrimonio que había suscrito anteriormente con la entidad demandada un préstamo hipotecario de 300.000 € habían sido inducidos en error por esta última al ofrecerles el producto como un seguro ante las posibles subidas de tipo de interés, puesto que "resulta incomprensible como unas personas se dirijan a una entidad bancaria para la concesión de un préstamo hipotecario por 300.000 €, con la decidida voluntad de cancelarle transcurrido aproximadamente un año a partir de su concesión, así efectuándose el 13-10-2.008, para paralelamente atarse motu proprio, si no es por una negativa influencia exógena, a un producto como dicho swap o "clip Bankinter 07 10.3" por un plazo tres años y medio (hasta el 11-3-2011, que excede con creces por tanto del previsto para la cancelación del préstamo hipotecario, con consecuencias económicas gravosas para ellos". Es con la cancelación del Swap, con posterioridad a la cancelación efectuada para el préstamo hipotecario, cuando los actores se dan cuenta del error.

La **SAP Valladolid núm. 333/2012 de 12 noviembre, JUR 2012\396598** declara la nulidad del contrato Swap suscrito entre las partes el 3 de octubre de 2006, y que supuso unas pérdidas para el actor de 5.544,96 €. Los demandantes, un matrimonio que tenía suscritos dos préstamos con garantía hipotecaria, concertaron el contrato litigioso a iniciativa del Banco demandado.

SAP Asturias núm. 509/2012 de 12 noviembre, JUR 2012\399559: La Sala declara la nulidad del contrato de permuta financiera de tipo de interés ("IRS"), ofrecido por el Banco como una especie de seguro o garantía contra la subida de tipos de interés, vinculado a un préstamo hipotecario a interés variable, y que fue celebrado entre las partes el 20 de julio de 2006. El saldo negativo generado por dicho contrato ascendía a la cantidad de 7.554,21 €, y el coste de la cancelación anticipada hubiera supuesto el desembolso por parte de la actora (persona física) de la cantidad de 19.427,62 € a favor del Banco demandado.

SAP Valladolid de 19 septiembre 2012, AC 2012\1732: Los contratos de permuta financiera de tipos de interés-IRS fueron celebrados a instancia del banco demandado, en el marco de una solicitud y concesión de un crédito hipotecario para la adquisición de una vivienda. El ofrecimiento se realizó como un formula de cobertura de tipos de interés por lo que el cliente, sin experiencia previa alguna en la contratación de productos financieros derivados, no pudo darse cuenta de los riesgos que implicaría, pues sólo un ejemplo de subidas de tipo partiendo de una cantidad de 100.000 euros, un tipo de Euribor del 6% y el tipo bancario del 5%. Supuesto en que el banco pagaba.

SAP Asturias de 22 octubre 2012, JUR 2012\370094: El contrato de permuta financiera de tipos de interés fue concertado por las partes el 30 de diciembre de 2008, para conjurar el riesgo de una evolución al alza del interés variable del contrato de préstamo hipotecario celebrado con anterioridad, transformando transitoriamente el contrato en un préstamo a plazo fijo. La sentencia de la Audiencia se basa en el perfil de consumidor del cliente y su falta de experiencia inversora, en el hecho que el contrato se suscribió a iniciativa del Banco y la falta de determinación del precio en caso de cancelación anticipada. Argumenta en este sentido que si bien el contrato explica suficientemente la mecánica de funcionamiento de la permuta financiera, no puede aceptarse que el Banco hubiera agotado el deber de información que debía proporcionar al cliente antes de recabar su consentimiento.

SAP Madrid de 24 septiembre 2012, AC 2012\1740: El Swap vinculado a un préstamo hipotecario se celebró en el presente caso con un consumidor, con una duración de 33 años y a iniciativa del Banco demandado. En el apartado de información al cliente se recoge que en virtud del contrato se podrá cubrir el riesgo de producirse una subida de tipos de interés, y también, que de no producirse dicha subida de tipos de interés, el cliente pagaría el nominal del préstamo o cuota fija, sin que suponga un beneficio para el cliente. La Audiencia constata la existencia de la mala fe en la actuación de la demanda en cuanto rechaza un requerimiento de subrogación en el préstamo de otro Banco, aludiendo que dicho contrato está vinculado al contrato de intercambio de tipos.

Pero se da también el caso –si bien no se puede hablar de una iniciativa de contratación del swap- en el que son los clientes los que solicitan al banco una solución ante el incremento notable de las cuotas de sus préstamos hipotecarios. La **SAP Madrid núm. 496/2012 de 12 noviembre, JUR 2013\7174** ha solucionado uno de estos casos cuando los demandantes (transportista y ama de casa) acuden al banco para solicitar asesoramiento y una solución ante la subida de los tipos de interés de los dos contratos de préstamo hipotecario que habían suscrito con la demandada. Ante dicha petición se les ofrece por parte del Banco un nuevo producto financiero como cobertura de los tipos de interés, sin entrega de documentación o explicación previa alguna, suscribiendo el 1 de julio de 2008 con Banesto un

primer contrato sobre operaciones financieras, por importe nominal nacional de 260.000 € y vencimiento el 1 de julio de 2013; y el 16 de julio de 2008 suscribieron un nuevo contrato por importe nominal nacional de 103.500 € y fecha de vencimiento el 1 de julio de 2013. A los demandantes no se les informó de que, a la vista de las condiciones particulares -estando el Euribor a 12 meses a la fecha de los contratos al tipo del 5,32%-, sólo serían económicamente beneficiosos los contratos de swap que iban a suscribir cuando el Euribor 12 meses subiera por encima del 5,80%. Al recibir los actores una liquidación negativa por los contratos de swap a pesar de haber subido los tipos de interés, acuden a la oficina bancaria y el director de la sucursal -quien les ofreció los Swaps- tiene que realizar una consulta a otros departamentos de la entidad bancaria para responder a aquéllos sobre la razón de la liquidación negativa. En octubre de 2009, los actores denuncian ante Banesto que la actuación del director de la oficina ha sido negligente y que habiéndose producido la venta de una las viviendas el 29 de mayo de 2009, siendo supuesto de vencimiento el reembolso íntegro del préstamo hipotecario, debía procederse a la resolución de uno de los Swaps sin embargo, el banco continuó cargando las liquidaciones del contrato de swap después de la amortización del préstamo hipotecario. Lo mismo sucede con el segundo préstamo, en marzo de 2010 como consecuencia de la venta del segundo inmueble, siguiendo el banco cargándoles en la cuenta corriente las liquidaciones posteriores. La Sala, después de aclarar, citando la SAP de Asturias de 22 de febrero del 2011, que el hecho de que el cliente, "cuestione la validez del contrato a partir del momento en el que los saldos comienzan a ser negativos no supone la convalidación por el comportamiento anterior, pues es sólo entonces cuando alcanza a comprender el error sufrido, más aún si se tiene en cuenta que sólo en ese momento conoce el elevado coste que le supone la cancelación anticipada de esos productos, y que hasta entonces ignora al no haber sido informado con un mínimo de precisión", señala que la falta de información previa sobre la forma de cálculo del coste asociado a la cancelación anticipada y otros extremos, determinante del desconocimiento absoluto del cliente de las consecuencias en el caso de decidir el vencimiento anticipado de la operación, es considerado como supuesto de nulidad del contrato por ser un elemento determinante en la formación del consentimiento.

Como ya habíamos señalado, la mayor discrepancia en las resoluciones judiciales surge cuando se trata de las personas jurídicas, pues la misma normativa establece distintos niveles de información en función del momento contractual y de la clase de cliente de que se trate, pero con todo esto existen sentencias, como se podrá observar más adelante, que declaran la nulidad de los contratos aunque se trate de clientes con una formación inmejorable, entidades que han suscrito ese tipo de contratos con anterioridad o con una cifra de negocios considerable, y por último de clientes que se hayan beneficiado de asesoramiento externo.

3 Nulidad de los contratos celebrados con entidades mercantiles

Se aprecia la existencia del error invalidante cuando el adquirente no tiene la formación necesaria para comprender las consecuencias y riesgos que se pueden derivar de la contratación de un swap, aunque se trate de administradores con mucha experiencia en la empresa que tengan una buena formación académica, pues no pueden ser considerados técnicos en la materia. El hecho que no se haya realizado el test de idoneidad al cliente y la indeterminación de las consecuencias en caso de producirse la cancelación anticipada también influyen en las decisiones judiciales y la contratación del mismo producto con anterioridad o una gran cifra de negocios no pueden ser motivo de declarar la validez de los contratos.

3.1 *Clientes sin experiencia o formación necesaria para contratar el swap*²

En el caso enjuiciado por la Audiencia Provincial de Salamanca (**Sentencia de 11 diciembre 2012, JUR 2013\11102**) el Banco ofreció al cliente, empresario de la construcción, la posibilidad de cerrar una cobertura para protegerse de las fluctuaciones de los tipos de interés, y estabilizar sus costos financieros, cuando aquel acudió a la entidad para renovar una póliza de crédito. El contrato se suscribió el 12 de marzo de 2005 sin determinarse el precio de la cancelación del producto remitiéndose a un precio acorde con la situación de mercado y además se reserva el Banco la facultad durante toda la vigencia del periodo de comercialización de revocar la oferta del producto ofreciendo en este caso a los clientes un producto alternativo. Los argumentos que utiliza la Sala para declarar la nulidad del Swap se refieren a que el actor era cliente habitual del banco y nunca había operado con productores de riesgo e inversión, por lo que, no es profesional con conocimientos para decidir sobre inversión bancaria y valorar correctamente los riesgos de los productos que le fueron ofertados. Además, en el contenido de una de las cláusulas se menciona que "en caso de que la evolución de estos tipos de interés sea contraria a la esperada o se produzca cualquier supuesto extraordinario que afecte a los mercados, se podría reducir e incluso anular el beneficio económico esperado por el cliente en el presente contrato" lo que alude a la posibilidad de no obtener beneficios como situación más negativa. Por consiguiente, la falta de información o la información errónea facilitada por la demandada y el hecho que el actor no tiene la condición de experto financiero llevan a la conclusión que el error debe considerarse excusable en el presente caso.

SSAP Valladolid núm. 418/2012 y núm. 349/2012 de 19 noviembre, JUR 2013\2644: La Sala declara la nulidad del contrato de Gestión de Riesgos Financieros denominado "Clip Bankinter 06- 14.5", suscrito por las entidades litigantes con fecha 20 de diciembre de 2006 y vencimiento al 28 de diciembre de 2011 y que generó un balance final

² SSAP Barcelona 15 noviembre 2012, JUR 2013\5026, Huesca de 15 noviembre 2012, JUR 2013\2192, A Coruña 19 octubre 2012, JUR 2012\370502, Salamanca de 2 octubre 2012, JUR 2012\372541, Cádiz de 11 septiembre 2012, JUR 2013\8076, Palencia de 4 julio 2012, AC 2012\1173, Asturias de 29 octubre 2012, JUR 2012\374843, Zaragoza de 18 septiembre 2012, AC 2012\1727

negativo de 29.459,08 €. Los argumentos de la sentencia núm. 418/2012 se refieren básicamente a la falta de condición de experto financiero del demandante, al contenido de las cláusulas generales y particulares del contrato que alude a la posibilidad de no obtener beneficios como situación más negativa para el cliente y no a que se produzcan pérdidas, como en la práctica aconteció y finalmente, que quedaban totalmente indeterminadas las consecuencias de una posible cancelación anticipada a petición de una u otra parte, que les permitiera desligarse del contrato en caso de evolución desfavorable. En el mismo sentido, la sentencia núm. 349/2012 de la misma Audiencia en relación a un contrato suscrito entre las partes con fecha 27 de mayo de 2008 y que generó un saldo negativo para el cliente minorista de 8.398,22€.

3.2 Indeterminación de la cancelación anticipada

Además de los argumentos ya mencionados, las sentencias que declaran la nulidad de los contratos por apreciar error en el consentimiento del adquirente, señalan como relevante la indeterminación de las consecuencias de una posible cancelación anticipada del contrato. En este sentido³ la **SAP Asturias núm. 513/2012 de 12 noviembre, JUR 2012\398372**. El demandante, representante legal de una pequeña empresa dedicada al mármol, sin ningún conocimiento financiero especial, interesa la declaración de nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros suscrito con la demandada el 6 de marzo de 2007 y los productos contratados al amparo del mismo, Clip Bankinter 07 3.3/Act.I de 25 de junio de 2009 a iniciativa de esta última. Además de los argumentos relacionados con la complejidad del contrato su manifiesto riesgo, la desigualdad de prestaciones que se fijan para las partes en caso de subidas y bajadas de los tipos, la falta de conocimiento en la materia del actor, y el perfil de la empresa que representa, la Audiencia destaca que es fundamental en la resolución del caso el hecho que revela que el consentimiento del actor no fue formado correctamente puesto que con mucha posterioridad a la perfección del contrato, en diciembre de 2009 no recibe una información del costo elevadísimo que supone la cancelación anticipada del producto, cifrado entonces en 92.675, 16 €, información que debe ser objeto de información previa para evaluar el riesgo que representa una firma del contrato como el que nos ocupa, que penaliza en tan importante suma el desistimiento o resolución anticipada, por lo que la existencia de liquidaciones positivas de escasa cuantía no permite adoptar la solución contraria a la expuesta que aboca a la nulidad interesada.

SAP Valladolid de 6 noviembre de 2012, JUR 2012\397024: El contrato de gestión de riesgos financieros, denominado Clip Bankinter 07 13.3, vinculado a un préstamo hipotecario, fue suscrito por las partes

³ SSAP Palencia de 17 septiembre 2012, AC 2012\1725 y 21 febrero de 2012, AC 2012\695, Murcia de 11 octubre 2012, JUR 2012\371118, León de 1 octubre 2012, JUR 2012\370535, Coruña 19 octubre 2012, JUR 2012\370502

litigantes el 18 de octubre de 2007 y generó unas pérdidas para la entidad demandante por valor de 8.821,73 €. La Audiencia aprecia una grave insuficiencia respecto del deber de información que correspondía al Banco, que va desde no proporcionar al cliente estudio o indicación alguna sobre la previsible evolución de los tipos de interés o sobre los análisis económicos de que dispusiera, a no cerciorarse de los conocimientos financieros que tenía el cliente, y no alertar sobre las importantes consecuencias económicas adversas que podía tener ese producto financiero, que se ocultaban o diluían bajo el eufemismo de que podrían no existir beneficios para el cliente hasta dejar totalmente indeterminada las consecuencias de una posible cancelación anticipada a petición de una u otra parte, que les permitiera desligarse del contrato en caso de evolución desfavorable, con una total falta de información acerca de la notable trascendencia económica negativa que podía tener esa cancelación para el cliente, todo ello unido a la falta de conocimientos financieros del cliente, llevan a la declaración de nulidad del contrato litigioso.

3.3 Nulidad del contrato aunque se trate de clientes con una buena formación académica

La **SAP Murcia de 26 noviembre 2012, JUR 2013\9569** declara la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés suscrito por las partes el 22 de septiembre de 2008, y que generó para la entidad actora, una empresa dedicada al asesoramiento, una liquidación negativa por importe de 84.531,32€ se celebró a iniciativa del banco como accesorio a un contrato de préstamo hipotecario. Argumenta que la entidad bancaria no cumplió con su deber de información requerido para un cliente minorista, que aun cuando su actividad sea de asesoría distinta de la financiera, no es técnico en la materia sino una persona ajena al mundo financiero.

SAP Asturias de 23 octubre 2012, JUR 2012\369795: La sentencia que impugna la entidad bancaria estima la demanda que contra la misma interpuso la actora, y declara nulo y sin efecto el denominado "clip hipotecario" suscrito el 29 de septiembre de 2008. Queda acreditada la falta de conversaciones, explicaciones, ejemplos de liquidaciones periódicas o acerca de la cancelación anticipada, y el hecho que la actora sea Licenciada, como asegura la demandada, no presenta la dimensión de cliente profesional, sino que se trata de una consumidora con toda la normativa proteccionista a su favor.

SAP Barcelona núm. 462/2012 de 11 octubre, JUR 2012\369025: El contrato de permuta suscrito verbalmente el 1 de octubre de 2008 entre las partes tuvo su origen en unas conversaciones telefónicas y era vinculado a un préstamo ICO suscrito con anterioridad. Lo destacable en el presente caso es que a pesar de reconocer la sentencia que la formación académica del representante legal de la entidad actora era inmejorable, (licenciado en Ciencias económicas y empresariales y MBA) para comprender las características del concreto negocio que iba a suscribir, y

que además ha contado con el asesoramiento previo a la contratación recibido por parte de una persona de su máxima confianza, el director de oficina de Caja Madrid por aquel entonces, declara la nulidad del contrato por quedar acreditado el incumplimiento por parte de la entidad bancaria "de su obligación de explicar, con todo lujo de detalles, el producto que había ideado y puesto en el mercado y todo ello antes de su formalización verbal". Ello es así porque la demandada carecía de un documento suscrito por la actora acreditativa de que hubiera recibido información completa sobre el "producto", pues sólo se le ofreció una "comunicación publicitaria", absolutamente genérica y por ello carente de valor informativo para la concreta operación concertada. En este sentido insiste la Sala que lo esencial para conformar la voluntad de la demandante, era el dato de inflación vigente y en especial la posible evolución futura del IPC, información de la que disponía pero según la grabación de la conversación telefónica no ha sido facilitada a la parte actora: "Esas previsiones, que BBVA ya manejaba en los meses de mayo y septiembre de 2008, podían ser correctas o no -a nadie se le exige que pueda adivinar el futuro- lo realmente importante para decidir el litigio es que no fueran expuestas al cliente en el mes de octubre de 2008 para que pudiera decidir con pleno conocimiento de causa". Por consiguiente, esa información revelaba la absoluta inutilidad del producto para lograr el fin propuesto en ese momento -cubrir una hipotética subida de la inflación por encima de la cifra señalada- y tanto es así que el propio banco, ya antes de la primera liquidación, intentó modificar las condiciones del contrato y además el contrato comportaba un coste inminente para una empresa que tenía que recurrir al préstamo para seguir adelante. Con la omisión de facilitar las previsiones de que disponía el Banco sobre la remisión de las tensiones inflacionistas en el cuarto trimestre del año 2008 y anualidades siguientes, se llevó a la demandante a efectuar desembolsos desde la primera liquidación (el 31 de marzo de 2009), "mientras que la demandada tenía asegurada la ganancia, rompiendo la igualdad y reciprocidad del contrato, que perdía una de sus notas características, cual es la aleatoriedad, al no depender ya los abonos o desembolsos de las partes de un acontecimiento incierto". Además de la información señalada, el Banco omitió también informar al cliente sobre otros extremos sumamente importantes como el coste implícito que la operación podía tener para el cliente, información impuesta por el art. 66 del Real Decreto 217/08 y la posibilidad de proceder a la cancelación anticipada de la operación con el coste que ello podía implicar. Citando las SSAP de Toledo de fecha 2/11/11 y 7/7/2012, la Audiencia concluye que "mientras el demandante tenía un deber general de informarse (para dar lugar a la excusabilidad del error), conforme a los parámetros normales de precaución en los negocios, el demandado tenía un deber, legalmente impuesto, de informar adecuadamente en los términos expuestos al demandante, más allá del principio general de responsabilidad negocial, en cuyo cumplimiento podía confiar en la buena fe del demandante, por ser deber imperativo que recaía sobre la contraparte a los fines de cumplir las precauciones o diligencia que determina la excusabilidad del posterior error, siendo que un incumplimiento por el demandado de dicho deber de información le hace

no merecedor así de la protección que le supone a sus intereses negociales la excusabilidad del error de la contraparte como invalidante de los pactos entre ellos."

3.4 Entidades que han suscrito ese tipo de contratos con anterioridad o con una cifra de negocios considerable

SAP Valencia de 31 octubre de 2012, JUR 2013\8000: El Contrato Marco de Operaciones, CMOF, objeto del juicio fue ofrecido por el Banco demandado a la Sociedad Limitada demandante como "una operación para no pagar más cantidad por intereses" a modo de un tipo de interés fijo, en abril de 2008. El mismo estaba vinculado a un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre las partes en marzo de 2003 por importe total de 900.000 euros a devolver en el plazo de quince años. En la sentencia se declara acreditado que la entidad demandada no efectuó el test de conveniencia al cliente, ni consta se entregase previamente folleto o instrumento explicativo sobre el funcionamiento de tal operación y que todas las liquidaciones practicadas han sido negativas para el cliente reconociendo el director de la sucursal, que en 2009 los administradores de la actora se quejaron ante los cargos de la operación y ante la decisión de cancelar el préstamo hipotecario, el Banco pidió 60.000 euros para cancelar la operación de la permuta financiera. En consecuencia, considera la Sala que no se ha facilitada al cliente la información adecuada, toda vez que la empresa actora no posee conocimientos y experiencia en productos financieros complejos sin que su condición y práctica comercial durante muchos años salvaguarde dicho requisito. Se trata "meramente de una sociedad patrimonial y el dato de la envergadura monetaria del préstamo otorgado en 2003, tampoco es sinónimo de conocimiento y experiencia en productos financieros complejos y de riesgo". La demandada toma la iniciativa para que dicha sociedad firme el contrato cuando tal iniciativa solo es desplegable una vez que se ha realizado y con resultado positivo el test de conveniencia.

SAP Alicante de 25 octubre 2012, JUR 2012\400313: La entidad mercantil demandante, había celebrado con el Banco CAM un contrato Interes Rate Swap 539, con nominal de 500.000 euros y de un contrato CAP 541 en marzo de 2007. La Audiencia Provincial de Alicante declara la existencia del error invalidante y la consiguiente nulidad del contrato en base a los siguientes argumentos: 1º no consta información por medio de folletos, exhaustivos o detallados, sobre cuáles eran las características de la operación ni tampoco sobre cuáles eran los riesgos que entrañaba la operación financiera proyectada ni desde luego, sobre los costos que pudiera tener la cancelación de la operación; 2º el cliente no puede ser considerado un experto en la materia, en cuanto tal calificación corresponde a los inversores institucionales y no al administrador de la mercantil demandante, porque "la experiencia en empresa no es, necesariamente, experiencia o conocimiento en materia financiera" y el hecho de haber contrato anteriormente productos similares no significa que en aquellas ocasiones se le haya facilitado la información necesaria; 3º por

información relevante entiende la Sala aquella que se facilita al cliente mediante simulaciones de operaciones en atención a diversas contingencias de los tipos de interés, a favor y en contra de cada uno de los suscribientes del contrato.

SAP Navarra de 25 octubre de 2012, JUR 2013\13874: La entidad mercantil demandada solicitó la declaración de nulidad de los contratos denominados "permuta financiera de tipo de interés" y "permuta financiera de tipo de interés (Swap flotante bonificado)", concertados entre las partes en fechas 30 de marzo de 2007 y 11 de abril de 2008, respectivamente, a iniciativa de la parte demandada, interesando que, como consecuencia de ello, se condene a la última a abonar a la actora la cantidad de 512.548,32 €, en concepto de perjuicio patrimonial, derivado de la suscripción de los citados contratos, vinculados a un contrato de préstamo hipotecario. El Tribunal argumenta que los términos de los referidos contratos y del contrato marco de operaciones financieras, que contiene numerosas definiciones, cálculos de cantidades a pagar, formas de pago, y fórmulas matemáticas, no constituyen información suficiente que hubiere podido permitir que la actora conociera el contenido y efectos de esos contratos y, particularmente, de que a cambio de la cobertura del incremento de tipos de interés, la actora asumía obligaciones eventualmente importantes, renunciando al posible ahorro de su gasto financiero en el supuesto de bajada de tipos de interés. Tampoco se contiene en el clausulado de los contratos la mínima información acerca del criterio a aplicar para la determinación del coste de la cancelación anticipada, "respecto de la cual solo se efectúa una vaga referencia para su cálculo, en atención a «las condiciones del mismo en ese momento»". Esta falta de información no puede salvaguardarse por el hecho de que el representante legal de la demandante hubiere intervenido en la contratación de los productos ya que si bien es cierto que el mismo tiene experiencia en las gestiones de la empresa desde hace varios años y ha contratado otros productos financieros, no significa que tenga particular experiencia y capacidad de comprensión respecto de operaciones financieras y productos de cierta complejidad, como los controvertidos, los cuales no son propios de su actividad ordinaria.

SAP Albacete de 23 octubre de 2012, JUR 2012\368008: La Audiencia de Albacete declara la nulidad tanto del contrato de permuta financiera celebrado con la entidad actora el 17 de abril de 2006 como la ineficacia de la garantía otorgada por una tercera entidad respecto de ese contrato en virtud de la falta de información o información defectuosa ofrecida por la entidad demandada y que exige la buena fe en todo tipo de operaciones exigente con dicha información para una persona de conocimientos medios como el representante legal de la actora. No se puede salvaguardar la nulidad del contrato por el hecho de que la demandante haya celebrado con anterioridad otros contratos similares, pues "ha de tenerse en cuenta que la naturaleza "compleja" de éste tipo de productos financieros, determina que haya de ofrecerse y posibilitarse al cliente una serie de información añadida y especial, por basarse en unas previsiones

económicas que no suele disponer en absoluto quien no se dedica específicamente a la economía”.

3.5 *Clientes que se hayan beneficiado de asesoramiento externo*

SAP Valladolid 5 noviembre 2012, JUR 2012\397442: Los contratos de gestión de riesgos financieros fueron suscritos entre los demandantes, una empresa familiar dedicada al negocio de la hostelería, y la entidad bancaria demandada el 21 de noviembre de 2007 y 25 de agosto de 2009. El fallo desestimatorio del recurso planteado por el Banco apelante se basa en la falta de experiencia en los mercados financieros ni en inversiones o productos de riesgo de los demandantes -personas de una misma familia con estudios elementales- que decidieron ampliar su negocio familiar solicitando unos préstamos hipotecarios a tipo variable para la adquisición de unos locales, constituyendo sociedades para en un futuro gestionar la empresa beneficiándose de las ventajas que al efecto les ofrecía operar bajo la vestidura de personas jurídicas. Señala la Audiencia que por su desconocimiento e inexperiencia en materia mercantil, fiscal, societaria, contable y financiera recurrieron a los servicios de una asesoría profesional, que les facilitó la constitución de las sociedades, les negoció los préstamos, realizó un estudio sobre la viabilidad económica de la empresa, pero, para prevenir la posible tendencia alcista de los tipos de interés es el empleado del Banco quien admite tomó la iniciativa ofreciéndoles la contratación del swap desplazándose al efecto al restaurante. La Sala declara acreditado que en la negociación del contrato no intervino el asesor de la familia, quien se enteró de la existencia del mismo a posteriori, cuando comenzaron a llegar a los clientes liquidaciones negativas, ante lo cual les acompañó negociar con la entidad bancaria un nuevo crédito con el que hacerles frente dada la ausencia de liquidez que padecían. Como prueba de ello se considera el test realizado por el empleado del Banco y adjuntado al contrato en el que consta “que el cliente declaraba carecer de experiencia en la contratación de productos de esa naturaleza en los últimos años”. Concluye la Audiencia que “la información ofrecida por el Banco sobre aspectos sustanciales del contrato produjo en el cliente un conocimiento equivocado sobre el verdadero riesgo que asumía y es a partir del momento en el que los saldos comienzan a ser negativos, representando una importante pérdida, cuando aquel alcanza a comprender el error sufrido, más aún si se tiene en cuenta que sólo en ese momento conoce el elevado coste que le supone la cancelación anticipada de esos productos, y que hasta entonces ignora al no haber sido informado con un mínimo de precisión”.

SAP Islas Baleares de 4 octubre 2012, JUR 2012\371421: El contrato de permuta financiera de intereses se suscribió entre los litigantes el día 21 de mayo de 2008 y estaba ligado a préstamo hipotecario, de la misma fecha, con un capital de 1.140.000 €. Los actores alegan que no eran conscientes de que firmasen algo distinto al préstamo hipotecario hasta que en enero de 2010 advirtió un cargo de cuantía elevada de 3.431 €, adicional al importe mensual de la hipoteca y solicitó explicaciones al

Banco. La diferencia entre el total de las liquidaciones positivas y negativas generó un saldo a favor del banco de 18.865,55 €. La Audiencia argumenta que los actores son clientes minoristas y "la circunstancia de que se trate de un empresario con un volumen relevante de apuntes en su cuenta, y de que en el test de conveniencia se ponga una cruz en el apartado que diga que conozca los mercados de valores y entiende los riesgos que comporta, no conlleva un cambio de su calificación como cliente minorista, y más cuando, al mismo tiempo, afirma que no tiene experiencia en la contratación de dicho producto y que está dispuesto a asumir pérdidas por sus inversiones u operaciones financieras a cambio de mayor rentabilidad". Llama la atención que tampoco se puede salvaguardar el error por el hecho de que la empresa contara con un asesor fiscal externo, puesto que el mismo desconocía el contenido de las cláusulas del contrato y "la simple coincidencia del mismo con las empleadas de La Caixa en una comida en un restaurante copropiedad de los demandantes en los que no consta se tratase de dicho contrato, es irrelevante".

En algunos de los casos, no se trata simplemente que el contrato se celebre a iniciativa del Banco, como habíamos advertido en el epígrafe 2.2. al hablar de los contratos celebrados con los consumidores, sino que aquellos son una condición para que se conceda algún crédito, como en el caso de la **SAP Madrid núm. 612/2012 de 30 noviembre 2012, JUR 2013\14880**: En este caso el demandante es el Banco, que reclama el pago de la cantidad de 97.080,65€ correspondiente a una liquidación negativa de un contrato de permuta financiera. El contrato había sido suscrito entre la entidad bancaria demandante y la entidad demandada, cuya actividad era la gestión y explotación de varios inmuebles destinados al arrendamiento y tenía como empleados sólo 4 albañiles, en el mismo momento de firma de otros dos contratos (marzo de 2007), uno de crédito de 1.000.000 euros y un préstamo de 2.000.000 euros, proponiendo el Banco la firma del Swap como esencial para firmar el crédito y el préstamo. Después haber recibido una sola liquidación positiva en abril de 2008, por importe de 3.812€ y de quedar cancelada la póliza en el mismo mes y haber pagado parte del préstamo, al quedar la deuda por un importe de 1.365.480,98€, se solicitó por el demandado reconveniente la reducción de la cobertura. El Banco no redujo la cuantía, pasando una liquidación negativa por importe de 74.155,83 en abril de 2009, por lo que el demandado pidió la cancelación y se le contestó que le darían una solución, pero, en abril de 2010 recibió nueva liquidación negativa por importe de 93.418,50€ por el mismo valor nominal de 3.000.000€ cuando el préstamo estaba cancelado en marzo de 2010. La Audiencia, revocando la sentencia estimatoria de la demanda de primera instancia, declara la existencia del error en el consentimiento del representante de la entidad demandada y por consiguiente la nulidad del contrato controvertido. Argumenta que lo fundamental a la hora de valorar el cumplimiento por las partes de sus obligaciones es determinar el tipo de cliente que suscribe el contrato, su perfil y condiciones de la contratación, e información desplegada por el Banco. Por consiguiente, teniendo en cuenta que el cliente no tenía el perfil de inversor financiero, y que seguramente un hubiera celebrado el contrato

al saber que podía sufrir una pérdida económica relevante, y que el Banco no ha facilitado la información necesaria conforme a la Directiva MiFID – que si bien no resulta de aplicación al caso por la fecha en la que se celebró el contrato, puede ser de útil interpretación- y por último, la simultaneidad de la firma de todas las operaciones, queda acreditado que estamos ante un supuesto de error invalidante del consentimiento provocado por la parte actora y reconvenida.

SAP Madrid núm. 603/2012 de 30 noviembre 2012, JUR 2013\15695: Los mismos argumentos utiliza la Sala en una sentencia similar sobre un contrato celebrado el 4 de abril de 2008 por un plazo de cuatro años, y cuya liquidación negativa asciende a 15.916,38€. La entidad demandante es una PYME, que termina viéndose envuelta en una urdimbre de contratos bancarios cuyos gastos de cancelación (231.500€) se acercan al montante del total de los recursos financieros de la empresa (alrededor de los 350.000€).

4 Conclusiones

Es evidente la discrepancia de criterios en la jurisprudencia analizada para declarar si las entidades bancarias han facilitado la información adecuada a los adquirentes de productos financieros tan complejos, que si bien originariamente eran previstos para ser destinados a las grandes empresas, terminaron por ser adquiridos por particulares como solución ante las subidas de intereses en los contratos de préstamos hipotecarios u otros contratos de crédito. La cuestión prejudicial planteada por el Juzgado Mercantil de Barcelona (Asunto C-381/11), el 18 de julio de 2011, en un caso en el que los adquirentes tenían la condición de consumidores, podría haber sido el punto de partida para una jurisprudencia unificada en la materia, pero, el acuerdo transaccional alcanzado por las partes en el procedimiento principal dio lugar al Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 12 de enero de 2012, mediante el cual se ordenó el archivo del asunto. Será el Tribunal Europeo el que finalmente tendrá que establecer los criterios a tener en cuenta en la interpretación de los contratos de permuta financiera por los juzgadores nacionales, pues quedan otros dos asuntos pendientes planteados por el mismo Juzgado Mercantil de Barcelona, de los cuales uno tiene como parte demandante en el litigio principal a una persona física (Cuestiones prejudiciales de 30 de diciembre de 2011, Asunto C-665/11 y Asunto C-664/11) y también la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Madrid el 28 de noviembre de 2011, Asunto C-604/11. En los tres casos mencionados se requiere básicamente al Tribunal Europeo resuelva sobre las siguientes cuestiones prejudiciales:

“Si ofrecer a un cliente, un swap de intereses para cubrir el riesgo de variación del tipo de interés de otros productos financieros ¿ha de considerarse como un servicio de asesoramiento de inversión conforme la definición del art. 4.1.1), de la Directiva Mifid□?”

Si la omisión del test de idoneidad previsto en el art. 19.4 de la mencionada Directiva para un inversor minorista, ¿debe determinar la nulidad radical del contrato suscrito entre el inversor y la entidad de inversión?

En caso que el servicio prestado en los términos descritos no se considere de asesoramiento de inversión, si el mero hecho de proceder a la adquisición de un instrumento financiero complejo como es un swap de intereses sin realizar el test de conveniencia previsto en el art. 19.5 de la Directiva Mifid, por causa imputable a la entidad de inversión, ¿determina la nulidad radical del contrato?

El hecho que una entidad de crédito ofrezca un instrumento financiero complejo vinculado a otros productos de financiación, ¿es causa suficiente para excluir la aplicación de las obligaciones de formular los test de idoneidad y conveniencia que prevé el art. 19 de la Directiva Mifid y que la entidad de inversión debe de hacer a un inversor minorista?

Para poder excluir la aplicación de las obligaciones establecidas el art. 19.9 de la Directiva Mifid, ¿es preciso que el producto financiero al que esté vinculado el instrumento financiero ofrecido esté sometido a estándares de protección del inversor similares a los exigidos en la citada Directiva?"