

El Tribunal Supremo considera que el banco comercializó un swap para cubrirse de la bajada del Euribor. El Tribunal Supremo ha declarado que Banco de Sabadell comercializó un Swap Creciente con Barrera Desactivante, no como una cobertura para el cliente, sino para el banco en caso de bajada de los tipos de interés.

Recientemente se ha pronunciado la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en Sentencia nº 276/2017 de 9 de mayo, en relación con la nulidad de un contrato de Swap Creciente con Barrera Desactivante comercializado por Banco de Sabadell. La Sala ha estimado el recurso de casación interpuesto por una Sociedad Limitada, casando la Sentencia de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Madrid, y estimando el recurso de apelación interpuesto por los clientes, y condenando a la entidad financiera a la restitución de las cantidades percibidas con ocasión de las liquidaciones negativas giradas durante la vigencia del contrato, detrayendo las cantidades percibidas por el cliente por las liquidaciones positivas, más los intereses legales.

En primer lugar, debemos señalar que según la normativa del mercado de valores en su art. 78.8 y en el anexo I, sección C, punto 4 de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 relativa a los Mercados de Instrumentos financieros (MiFID), nos encontramos ante un producto financiero complejo y difícil de entender. Cuestión que ha dejado claro el Tribunal Supremo en recientes pronunciamientos (vid. STS nº 208/2017 de 30 de marzo, STS nº 174/2017 de 13 de marzo, STS nº 120/2017 de 23 de febrero, entre otras.). Además, no podemos obviar que antes de la entrada en vigor de la normativa MiFID, ya se recogía la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos y la obligación de recabar información sobre su perfil y objetivos de inversión (vid. STS nº 694/2016 de 24 de noviembre).

Así las cosas, y una vez se ha delimitado el marco de protección de los clientes, se ha de señalar que estos deberes de información impuestos a las entidades financieras por la normativa, no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial, o que en el supuesto de que bajaran los tipos de interés el cliente acabaría teniendo un coste



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

financiero superior al que habría tenido de no haber contratado la operación. Por lo que, ésta consiste en ofrecer al cliente una información completa, suficiente y comprensible sobre el alcance real de las posibles consecuencias de la fluctuación no solo al alza, sino también a la baja, de los tipos de interés, así como de los costes de la cancelación anticipada (Vid. entre otras, SSTS nº 562/2016, de 23 de septiembre , y nº 594/2016, de 5 de octubre). En este sentido, señala la Sentencia: "Estos deberes de información que pesan sobre la entidad prestadora de servicios financieros, en el caso de que el cliente sea minorista, se traducen en una obligación activa, que no se cumple con la mera puesta a disposición del cliente de la documentación contractual".

Por otra lado y sobre el hecho de que nos encontramos ante una sociedad mercantil, el Tribunal Supremo señala que es contrario a la Doctrina de la Sala, establecer que el hecho de ser una empresa no determina el carácter de experto del cliente, apuntando: "4.º) En cuanto a la relevancia que puede tener para excluir el error o apreciar su inexcusabilidad el hecho de que el cliente sea una sociedad mercantil, esta sala viene declarando que tal condición no supone necesariamente el carácter experto del cliente, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap no es la del simple empresario, sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos."

Además, la Sala da un paso más al señalar que el hecho de que la empresa hubiera buscado el asesoramiento de un tercero, supone un hecho determinante de una actuación no diligente del cliente, estableciendo: "En esta línea, puesto que son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable, es irrelevante a estos efectos que en la empresa existiera un administrador o empleado licenciado en económicas o que estos fueran los estudios del contable de la empresa (sentencias 244/2013, de 18 de abril , 633/2015, de 13 de noviembre , 673/2015, de 9 de diciembre , y 496/2016, de 15 de julio). Y ni siquiera la posibilidad de contar con asesoramiento es determinante de una actuación no diligente que excluya la excusabilidad del error pues la sentencia 310/2016, de 11 de mayo."

Por otra parte, Banco de Sabadell no realizó un estudio previo sobre el perfil y los objetivos de inversión de su cliente, provocando que contratara un producto que no era idóneo a sus conocimientos y sus intereses, primando los del banco sobre los del propio inversor, incumpliendo el principio de mejor ejecución, señalando la Sentencia: "Nada se dice sobre que se hiciera un estudio previo de las condiciones económicas y empresariales del cliente para asegurarse de la adecuación de los productos ofrecidos a su perfil inversor (véase al respecto la propia conclusión del informe de la CNMV), cuando, como ha declarado con reiteración esta sala, no parece razonable la recomendación de un producto complejo y arriesgado como es el swap respecto de una pequeña empresa, para asociarlo a las posibles fluctuaciones del interés variable, por ejemplo, de un préstamo mercantil (en este caso, de un leasing suscrito con otra entidad para financiar la adquisición de una nave industrial), sin advertir de las graves consecuencias patrimoniales que podían derivarse -como de hecho sucedió- en caso de bajada del euribor."

Sobre la información precontractual suministrada y la iniciativa de la operación la Sala apunta: "Sin embargo, ese documento no es determinante de que el consentimiento se formara sobre una representación real del producto, sus concretas características y riesgos. Si se pone en relación con el resto de hechos probados cabe concluir que, aunque el cliente hubiera mostrado inicialmente su interés en contratar un producto que mitigara el impacto de la subida de tipos relativos a la operación de leasing , la decisión de contratar un determinado tipo de swap , en unas determinadas condiciones, fue tomada tras las sucesivas reuniones que mantuvieron los representantes de la demandante y los del banco, sin que en ningún momento haya demostrado esta entidad el contenido informativo de dichas reuniones, en concreto que, asumiendo su posición activa, apercibiera al cliente de forma clara y comprensible de los riesgos para caso de caída del euribor y del coste de cancelación."

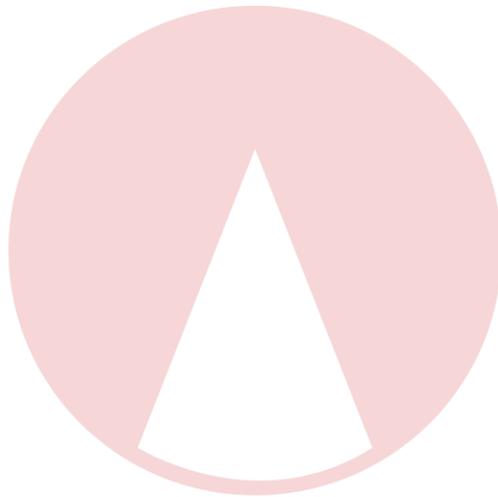
Finalmente, la Sentencia, en relación con la comercialización de este producto, que es complejo y especulativo, como un producto de cobertura establece que: "En conclusión, partiendo de los hechos probados, no puede considerarse que la entidad financiera cumpliera los deberes de información que establecía la legislación aplicable en la fecha de celebración del contrato de swap , pues no tiene sentido que para protegerse frente al riesgo de la subida de tipo de interés se contrate un producto que, como el swap , crea un importantísimo



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

riesgo para el cliente en caso de bajada de los tipos, que a su vez se añade al riesgo previamente existente derivado de su deuda, lo que, unido a los elevados costes de cancelación, indica que, más que una cobertura para el cliente en caso de subida de los tipos, era una cobertura para el banco en caso de bajada."



Alfredogarcialopez

ABOGADOS



Alfredogarcialopez
ABOGADOS



Alfredogarcialopez
ABOGADOS

5

Uría 13 4ºD 33003 OVIEDO
984 186 927
www.alfredogarcialopez.es/com



Alfredogarcialopez
ABOGADOS



Alfredogarcialopez
ABOGADOS

6

Uría 13 4ºD 33003 OVIEDO
984 186 927
www.alfredogarcialopez.es/com



Alfredogarcialopez
ABOGADOS



Alfredogarcialopez
ABOGADOS

7

Uría 13 4ºD 33003 OVIEDO
984 186 927
www.alfredogarcialopez.es/com