

El T.S. señala que la cancelación anticipada del contrato de swap no constituye un acto tácitamente convalidante. La Sala considera que el hecho de firmar un acuerdo entre el banco y el cliente en virtud del cual se cancelaban anticipadamente los contratos de swaps anteriores y se contrataban dos nuevos, no suponen una confirmación de los contratos viciados por error.

La Sentencia nº 344/2017 de 1 de junio del Tribunal Supremo, resulta muy relevante en cuanto al análisis realizado sobre la firma, por parte del cliente, de un acuerdo de cancelación anticipada y suscripción de dos nuevos productos. La Sala estima el recurso de casación interpuesto por los clientes, casando la sentencia de apelación y confirmando la sentencia dictada en primera instancia, en virtud de la cual se declaraba la nulidad del contrato de swap por error vicio en el consentimiento.

En primer lugar, la Sala hace una pequeña recesión de en qué radica la controversia, estableciendo que el punto de discrepancia radica en si el acuerdo que alcanzó el abogado de los clientes, en representación de los mismos, de cancelación anticipada de los swaps y suscripción de dos nuevas operaciones, sin coste de cancelación, en unas supuestas condiciones más beneficiosas, supone un acto confirmatorio de la voluntad. Pues bien, la Sentencia, declara lo siguiente: "En las condiciones en las que se produjo la cancelación de los dos swaps de 2008 y su sustitución por los del 2009 no cabe hablar de una confirmación de los contratos viciados por error vicio. (...) Para que el error excusable o invalidante del contrato se subsane mediante la confirmación del negocio jurídico por los propios y vinculantes actos de la persona que lo sufrió -de modo que dichos actos impidan un actuar posterior incompatible-es necesario el pleno conocimiento de la causa a la hora de fijar la situación jurídica".

Por otra parte, en relación con la cancelación anticipada del contrato de swap, el Tribunal Supremo considera que no es un acto convalidante, puesto que, el objetivo es evitar la sangría económica que suponen las sucesivas liquidaciones negativas, en este sentido: "La cancelación anticipada del contrato no constituye un acto tácitamente convalidante, en tanto que dicha conducta encuentra justificación en el riesgo cierto de que tal situación se vaya agravando y suponga un importante quebranto económico (sentencia 741/2015, de 17 de diciembre , citada por la posterior 164/2016, de 16 de marzo). Es decir, en evitar la «sangría económica que suponen las sucesivas liquidaciones negativas» (sentencia 503/2016, de 19 de julio). Esta sentencia declaró que, aunque se canceló anticipadamente el contrato, la finalidad de esa actuación no fue la confirmación del contrato viciado sino enjugar el riesgo de insolvencia que se cernía sobre los clientes si se seguían produciendo liquidaciones negativas (también la sentencia 57/2016, de 12 de febrero)."

Además, la Sentencia añade que esta cancelación anticipada sin coste alguno vino como condición sine qua non de la contratación de una nueva operación de swap en condiciones más beneficiosas, aspecto que luego no se cumplió. Así establece el Tribunal Supremo: "Nuevamente, al concertar estos segundos swaps no se informó correctamente de los riesgos que comportaban, que se actualizaron en seguida. El error en esta segunda contratación radica en representarse que, en las condiciones que se ofrecían por el banco, estos segundos swaps no iban a dar lugar a liquidaciones tan negativas como las que se generaron después, además de que vino forzada por el banco para poder cancelar los anteriores swaps."

Por último, se pronuncia sobre la incidencia del error vicio en la contratación de estos productos complejos, difíciles de entender y de alto riesgo, señalando: "5. De esta forma, los hechos acreditados en la instancia ponen en evidencia que el error vicio con que concertaron los demandantes las dos primeras permutas

financieras (marzo de 2008), concurrió nuevamente cuando se concertaron los dos swaps de mayo de 2009, que sucedían a los dos anteriores, pues estos dos últimos fueron aceptados como condición necesaria para acabar con la sangría derivada de los dos anteriores (2008) y bajo la creencia de que por las condiciones ofrecidas no se producirían liquidaciones tan negativas como las que se habían generado con los dos primeros. En realidad, lo que la Audiencia entiende por transacción, el acuerdo de cancelar los dos primeros swaps sin coste de cancelación y concertar dos nuevos swaps, estaba también viciado por el error. La apreciación del error o defecto de representación de los verdaderos costes o riesgos asociados a estas dos nuevas permutas financieras contratadas, lleva implícito que los clientes, de haberlos conocido, no hubieran accedido a contratarlas. Esto es, de haber sabido que estos dos nuevos swaps, que sustituían a los dos anteriores, podían llegar a generar liquidaciones tan negativas como las que generaron, no los habrían contratado."