

06 APR 2021

# Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil

2017

Número 104 (Mayo-Agosto)

Sentencias, Resoluciones y Comentarios

2779

Comentario

## Comentario

### 1 **Contrato de leasing y derivado financiero (swap). Deberes de información previstos en el art. 79 bis LMV. Nulidad total o parcial del contrato. Apreciación del error vicio. \*)**

Comentario a la STS, de 2 febrero 2017 (RJ 2017, 389)

**SUSANA NAVAS NAVARRO**

*Catedrática de Derecho civil. Universitat Autònoma de Barcelona*

**ISSN 0212-6206**

**Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil 104  
Mayo - Agosto 2017**

#### Sumario:

- I. La contratación de un leasing o un préstamo junto con un derivado financiero (SWAP). Práctica de venta cruzada
- II. Nulidad parcial, nulidad total y preclusión en la alegación de hechos y fundamentos jurídicos. Deber de congruencia
- III. Sigue sin diferenciarse claramente entre el deber precontractual de informar y la realización de las evaluaciones MiFID
- IV. La infracción del deber precontractual de informar no conlleva la nulidad de pleno derecho del contrato
- V. Conclusión

#### RESUMEN:

No procede declarar tan solo la nulidad del derivado financiero (swap) por error vicio al representar un pacto accesorio de otro principal cual es el contrato de leasing. El incumplimiento del deber de información precontractual no supone la nulidad del contrato celebrado en aplicación del art. 6.3 CC.

**PALABRAS CLAVE:** Contrato de leasing - swap - error vicio - nulidad

#### RESUMEN:

It is not legally possible to declare just the invalidity of the financial derivative (swap) by mistake due to the fact it represents and additional agreement and not the whole contract. The non-fulfillment of the duty of pre-contractual information does not suppose the invalidity of the contract in application of art. 6.3 CC.

**PALABRAS CLAVE:** Leasing, swap - mistake - invalidity

## DERIVADO FINANCIERO (SWAP). PRÁCTICA DE VENTA CRUZADA

A partir de los casos llegados, en casación, al Tribunal Supremo, se pueden entrever, al menos, tres supuestos de contratación de un derivado financiero y, en particular, del conocido como *swap* : el primero consiste en la contratación de un *swap tout court* , es decir, sin necesidad de que exista otro contrato que le sirva de referencia o previas relaciones comerciales entre las partes contratantes (es el caso de la STS de 20 de enero de 2014, RJ 2014, 781, Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo); el segundo trata de la celebración de un contrato de *swap* dentro de un contrato marco (así, por ejemplo, la STS de 29 de octubre de 2013, RJ 2013, 8053, Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel) y, el tercero, en la práctica de venta cruzada consistente en celebrar, a propuesta usualmente, de la entidad de crédito, varios contratos, uno que consiste en un producto bancario (así, un préstamo hipotecario, un préstamo personal o un leasing) y otro que se trata de un producto financiero, de inversión o del mercado de seguros (por ejemplo, la celebración de un seguro de vida, de un plan de pensiones o un instrumento financiero). Según la modalidad de práctica de venta cruzada, podemos, a su vez, aludir a práctica combinada o vinculada. Esta tercera hipótesis, la práctica de venta cruzada, es el caso objeto de la sentencia que comento, si bien, por la exposición de los hechos, no se puede saber si se trataba de una práctica combinada o vinculada. Tan sólo se afirma que, en los contratos de leasing, se introdujo un derivado implícito para estabilizar el pago del interés variable siendo el Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de Valencia, el que considera al derivado como pacto accesorio al contrato principal que era el contrato de leasing. E igualmente parece entenderlo el propio TS cuando, en el fundamento de derecho IV, alude a que el error vicio no puede referirse a una sola cláusula que contiene un derivado, sino que debe referirse a todo el contrato. Y aquí radica, precisamente, la cuestión, *¿realmente nos hallamos ante un contrato principal (en el caso de autos, cinco contratos de leasing) y un pacto accesorio a éste (que incluye un swap)?*

Supuesto similar a éste, se encuentra en la STS de 1 de julio de 2016 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo) en la que el demandante, recurrente en casación, celebra un contrato de préstamo con el BBVA para la instalación de una planta de energía solar, que incluye un derivado implícito que consiste en un *swap*. El mismo relato fáctico vemos en la STS de 3 de junio de 2016 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo), en la que se concierta por el demandante con el BBVA un contrato de préstamo para el montaje de una huerta solar en el cual se incluye, al decir de la sentencia, un derivado implícito que consiste asimismo en un *swap*. El demandante solicitó la nulidad parcial del contrato, puesto que pretendía la nulidad del derivado implícito basándose en la doctrina del error vicio. El TS, en el fundamento de derecho IV, advierte que no procedía otorgar la nulidad parcial, sino que debía haber solicitado el demandante la nulidad de todo el contrato, lo que no se hizo ya en instancia. Luego, el deber de congruencia impedía atender su petición.

Así pues, la pregunta que planteo puede referirse del mismo modo a estas dos resoluciones recién mencionadas que, por otro lado, tienen que ver -las tres- con las empresas fotovoltaicas, como a cualquier otro caso en el que existe esta práctica comercial de ofrecer, en el mismo paquete, la celebración de varios contratos, los cuales, además, se concluyen en el mismo acto y, en muchos casos, se integran, por escrito, en el mismo documento.

En mi opinión, nos encontramos ante dos contratos autónomos e independientes entre los cuales existe en todo caso un vínculo económico, pero no jurídico (F. Mercadal Vidal / G. Hernández Paulsen, *La comercialización de swaps de tipos de interés por las entidades de crédito* , Bosch, Barcelona, 2012, pp. 49-50). En efecto, que se trate de una práctica comercial de venta cruzada no quiere decir que nos hallemos ni ante una unión de contratos, contratos conexos, vinculados, o, también denominados, contratos coligados, ni ante un contrato principal y otro accesorio. Procedo a argumentar mi parecer.

Según la definición núm. 42 del art. 4.1 de la Directiva MiFID II (2014/65/UE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la  [Directiva 2011/61/UE](#), DOUE, L 173/349, 12.6.2014), una práctica de venta cruzada es aquella en la que “ *se ofrece un servicio de inversión*

*conjuntamente con otro servicio o producto, como parte de un paquete, o como condición para el mismo acuerdo o paquete* ". Si se trata de formar parte de un paquete, entonces, se trata de un " *paquete combinado* " que, a tenor de las Directrices ESMA sobre prácticas de venta cruzada (Documento de 22.12.2015, ESMA 2015/1861), consiste en "un paquete de productos y/o servicios en el que cada uno de los productos o servicios ofrecidos se encuentra disponible por separado, y en el que el cliente mantiene la opción de adquirir cada componente del paquete por separado a la empresa". Si, en cambio, es condición para el mismo acuerdo, tendremos un " *paquete vinculado* " que, a tenor de las mismas Directrices mencionadas, se trata de "un paquete de productos y/o servicios en el que al menos uno de los productos o servicios ofrecidos en el paquete no se encuentra disponible por separado en la empresa para el cliente". Definiciones idénticas se contienen en la  [Directiva 2014/17/UE](#) del Parlamento europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, L 60/34, 28.2.2014) en caso de que una parte contratante sea un consumidor (art. 4 núms. 26 y 27), las cuales, se reproducen, a su vez, en el Anteproyecto de Ley XX/2016, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario que pretende incorporar la citada norma comunitaria (consulta en línea: <http://www.tesoro.es/sites/default/files/leyes/pdf/sleg7880.pdf>. Fecha de la consulta: abril 2017).

Se trata de "prácticas comerciales" propias de empresas de inversión, de crédito o del mercado de seguro que consisten en cualquier acto, comportamiento, manifestación o comunicación, incluida la publicidad y la comercialización que está directamente relacionada con la promoción, venta o suministro de uno o varios de sus productos a terceros, tengan éstos la consideración de consumidores o no. Esta descripción la tomo prestada del art. 2 letra d) de la  [Directiva 2005/29/CE](#) del Parlamento europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales en las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (L 149/22, 11.6.2005).

Que varios productos o servicios se hallen vinculados, como práctica comercial, no quiere decir que se hallen, como he dicho, necesariamente vinculados jurídicamente. Podría pensarse que se trata de contratos conexos o vinculados solo cuando el fin perseguido por las partes solo puede alcanzarse con la celebración de más de un acuerdo de voluntades. La vinculación es de tipo causal. Según López Frías " *habrá conexión contractual cuando, celebrados varios convenios, deba entenderse que no pueden ser considerados desde el punto de vista jurídico como absolutamente independientes, bien porque su naturaleza o estructura así lo determinen, o bien porque entonces quedarían sin sentido desde la perspectiva de la operación económico-jurídica que a través de ellos quiere articularse* " ( *Los contratos conexos* , Bosch, Barcelona, 1994, p. 282). Me parece evidente que la práctica de venta cruzada es tan solo querida por una de las partes (la entidad de crédito u homóloga) y que la finalidad perseguida por el contratante es, en realidad, la concesión del préstamo o la celebración del leasing para poder financiar la instalación, desarrollo y puesta en marcha de una empresa fotovoltaica para lo cual no es necesaria la celebración de un swap. Es más, cada uno de los contratos existe jurídicamente de modo independiente al otro sin que desaparezca por ello ningún propósito global que pretendan alcanzar las partes con la celebración de ambos contratos porque éste sencillamente no existe como tal.

La STS de 2 de febrero de 2017 no califica el vínculo existente entre los contratos de leasing y los swaps respectivos como contratos conexos sino como contratos principales, los primeros, y pactos accesorios, los segundos. También parece ser éste el planteamiento de casos equivalentes en las SSTS de 1 de julio y de 3 de junio de 2016. Conviene pues detenerse en el análisis del mismo. El pacto accesorio tiene como presupuesto de nacimiento el pacto principal; sin éste, el primero no puede nacer a la vida jurídica. Ahora bien, una vez nacido puede seguir sus propias vicisitudes jurídicas. Así pues, la accesoriedad se refiere al nacimiento del pacto y, por ende, de la obligación que de él nace, que será considerada, a su vez, como obligación accesoría, no se refiere a su subsistencia ni a su extinción (F. Badosa Coll, *Dret d'obligacions* , Barcanova, Barcelona, 1990, p. 176). Sin embargo, un swap no necesita para nacer a la vida jurídica ningún contrato o pacto principal. Es un contrato autónomo e independiente, con su propia función económica (S. Zamorano Roldán, *El contrato de swap como instrumento financiero derivado* , Publicación Real Colegio de España, Bolonia, 2003, traductor y anotador P. Martínez-Gijón Machuca, pp. 221-225)

que sólo necesita fijar un nocional respecto del cual se girarán y liquidarán obligaciones dinerarias periódicamente cuya cuantía se concretará sobre la base de un índice que, en los supuestos de las tres sentencias (la que comento y las dos ya mencionadas de 2016) se trata de un índice fijo contra variable (J. A. Vega Vega, *El contrato de permuta financiera (swap)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 46 ss). En estos supuestos, el nocional coincide con el capital dado en préstamo o que es objeto del leasing. El swap, en estos supuestos, además, conlleva otro efecto jurídico que es un efecto modificativo del contrato mal llamado “principal”, un efecto modificativo que no implica la extinción del mismo, cual es la modificación del tipo de interés que pasa de variable a fijo. El “precio” sigue siendo un “precio” cierto (ex [art. 1449 CC](#)). Efecto éste que se puede conseguir también mediante un puro acuerdo novatorio cuyo efecto sea tan solo la modificación del criterio identificador que permita la determinación de las sumas a satisfacer por la parte deudora, esto es, el índice de referencia.

El hecho de que tanto el contrato de leasing (o de préstamo, en su caso) y el contrato de swap se reflejen documentalmente en el mismo escrito no supone que de uno nazca una obligación principal y del otro una obligación accesorio. Pueden existir diferentes acuerdos de voluntades en un mismo acto, conexión puramente documental sin que deba existir necesariamente un vínculo o conexión jurídica entre los diferentes acuerdos que aparezcan en el documento. Sencillamente se aprovecha el mismo vehículo. Que, además, nazca del swap un efecto, cual es el modificativo del tipo de interés en relación con otro contrato, no supone accesoriedad alguna puesto que del swap nacen asimismo otros efectos que, en principio, también son queridos por las partes como son las liquidaciones dinerarias periódicas que se van haciendo. Que la celebración de ambos contratos se haga de forma casi simultánea, en el tiempo, no impide que, desde un plano jurídico, no podamos diferenciar ambos acuerdos de voluntades sobre una causa y un objeto propios, diferentes e independientes entre sí ([art. 1261 CC](#)).

Todo lo expuesto supone que se pueda demandar la declaración de nulidad del swap, por error vicio, sin necesidad de demandar la nulidad del contrato de leasing al tratarse de dos negocios jurídicos independientes. No se trata de la nulidad de una cláusula o de la nulidad parcial de un contrato, sino de la nulidad total de un contrato, el de swap. Esta nulidad conlleva que el efecto modificativo del tipo de interés del contrato de leasing sea también nulo y, por tanto, que el contrato de leasing (o, según el caso, el de préstamo) vuelva a tener el interés variable que, en su momento, se pactó. Es la consecuencia de que la nulidad del swap provoque la restitución a la situación anterior al pacto. Por otro lado, los demandantes sí quieren que se mantengan los contratos de leasing, puesto que su voluntad está clara respecto de la financiación que desean para la instalación de plantas fotovoltaicas; lo que no quieren es el swap. Siendo esto así, la demanda, a mi entender, estuvo mal planteada en su origen porque, en efecto, no se trataba de nulidad parcial de un único contrato, sino que, como he puesto de relieve, se trataba de sendos contratos respecto de los cuales cabía solicitar la declaración de nulidad, si existe causa o vicio del consentimiento, de forma independiente. Así, si hubiera habido una falsa representación mental acerca de lo que contratar un swap significaba, desde el punto de vista económico, podría haberse solicitado la declaración de nulidad por error vicio de este contrato sin solicitar la declaración de nulidad del contrato de leasing. Es decir, error en el objeto o condiciones principales del mismo que hubieran dado motivo a celebrarlo ([art. 1266 CC](#)).

Obviamente, las demandas se plantean cuando las liquidaciones arrojan saldo negativo; mientras que cuando son positivas, el cliente minorista contratante del swap no ve error alguno. Es, entonces, como en el caso presente, y tanto otros, cuando se interesa por su cancelación y es, solo entonces, cuando se da cuenta cabal del coste de la misma. Si el error vicio recae exclusivamente sobre el acuerdo relativo a la cancelación, cabe plantearse si se está ante un acuerdo accesorio o ante un elemento esencial determinante de la voluntad de contratar el swap. La argumentación de los bancos discurre por el primer cauce, la de los clientes, innecesario indicarlo, por el segundo. La jurisprudencia suele entender que se trata de un elemento esencial que incide en el resultado económico del contrato y, por supuesto, cabe declarar la nulidad de todo el contrato de swap por vicio del consentimiento (B. L. García Angulo, *Nulidad de los contratos swap en la jurisprudencia*, Eolas ediciones, Madrid, 2011, pp. 117 ss). En mi opinión, es cuestionable este planteamiento en la medida que se entienda que el elemento esencial lo representan las liquidaciones dinerarias

respectivas siendo un elemento accesorio la cláusula de cancelación que no daría lugar a la anulación del contrato por vicio del consentimiento; si bien, en cuanto pudiera tener la consideración de cláusula penal, podría dar lugar a su moderación por el tribunal con arreglo a lo dispuesto en el [art. 1154](#)CC.

Sea lo que fuere, lo cierto es que no existe inconveniente dogmático para declarar la nulidad de una cláusula de un contrato, dándose los requisitos, por concurrir error vicio en relación con ella, sin que sea preciso declarar la nulidad de todo el contrato siempre que éste pueda subsistir sin aquélla (C. Martínez Escribano, Comentario a la STS de 15 de septiembre de 2015, CCJC núm. 100, enero-abril, 2016, pp. 597-618). En el supuesto que me ocupa, como en otros similares, es dudoso que el contrato de swap pudiera subsistir declarando tan solo nula la cláusula relativa a la cancelación anticipada del mismo. De hecho, éste es uno de los pactos más importantes del contrato.

De nuevo, aparece, con esta sentencia que comento, la necesidad de replantear la doctrina del error como vicio del consentimiento a la luz de las apreciaciones jurisprudenciales acerca de la nulidad de los contratos relacionados con instrumentos financieros sobre la base de esa mácula (sobre ello, vid. mi comentario acerca de la hipoteca multidivisa en CCJC núm. 99, pp. 693-732).

## II. NULIDAD PARCIAL, NULIDAD TOTAL Y PRECLUSIÓN EN LA ALEGACIÓN DE HECHOS Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS. DEBER DE CONGRUENCIA

Aunque el TS lo hubiera atisbado en el sentido que expongo, no hubiera podido concederlo, como tampoco las instancias anteriores, en virtud de la norma procesal relativa a la preclusión en la alegación de los hechos y fundamentos jurídicos y de la cosa juzgada material. En efecto, el [art. 400.1](#) [LEC](#), respecto de la *preclusión en la alegación de hechos y fundamentos jurídicos*, prescribe que: “ *Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior* ”. A los efectos de litispendencia y cosa juzgada, los hechos y fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior, si hubiesen podido alegarse en éste, siempre y cuando, viene manifestando el TS, se trate del mismo demandado, pues, si se trata de un tercero ajeno al primer pleito no cabe la aplicación del [art. 400.2](#) [LEC](#), que es el que se refiere a ello (A. Salas Carceller, “La llamada preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos en el [artículo 400](#) de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 9\2014, BIB 2014, 4264).

La litispendencia, que se produce desde la interposición de la demanda ([art. 410](#) [LEC](#)), supone la inmodificabilidad del objeto del proceso, es decir, se prohíbe la *mutatio libelli*. Esto debe relacionarse con el [art. 78.2](#) [LEC](#) que impide la *acumulación de procesos*, a instancia de parte, cuando no se justifique que, con la primera demanda o, en su caso, con la ampliación de ésta o con la reconvencción, no pudo promoverse un proceso que comprendiese pretensiones y cuestiones sustancialmente iguales a las suscitadas en los procesos distintos, cuya acumulación se pretende. Se trata, por tanto, de evitar que, con la acumulación de procesos, se subsanen los errores que se cometieron en el proceso al que se pretende la acumulación de uno posterior.

A efectos de un proceso posterior, en el que se pidiera lo mismo que en otro anterior, debe tenerse muy en cuenta el *efecto de cosa juzgada* (material) recogido en el [art. 222.2](#) [LEC](#) que estatuye que: “ *La cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta Ley* ”. La cosa juzgada alcanza a aquellos hechos o títulos jurídicos que, habiéndose podido invocar, no se invocaron, aquellos que razonablemente y temporalmente pudieron ser discutidos. Así, si coinciden los sujetos y el *petitum* y el actor solicita lo mismo frente al demandado, aunque con una fundamentación jurídica diferente, la cosa juzgada impide la eficacia de ese segundo proceso teniendo en cuenta, además, que se aplica la preclusión referida en el ya mencionado [art. 400](#) [LEC](#). Por tanto, la elección equivocada de una determinada pretensión o de un fundamento jurídico concreto erróneo, unido

al efecto de cosa juzgada, puede impedir la obtención de un determinado resultado (I. Tapia Fernández, *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, La Ley, Madrid, 2000, pp. 143 ss). En este punto, debe recordarse que, a partir de la LEC de 2000, se sigue la teoría de la individualización y no de la sustanciación, en virtud de la cual la fundamentación de la demanda radica en la exposición de los razonamientos jurídicos, que apoyan la pretensión del actor, que es en la que se encuentra la *causa petendi* (art. 399.1 LEC), de suerte que si se altera la fundamentación jurídica se altera el objeto del proceso implicando incongruencia e indefensión en el demandado (A. Domínguez Luelmo, “El ejercicio ante los tribunales de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual: análisis de sus fronteras” en APDC, *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, A Coruña, 8 y 9 de abril de 2011, Ediciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2011, p. 135; I. Tapia Fernández, *El objeto del proceso*, pp. 22 ss). De hecho, la *causa petendi*, como se sabe, viene constituida por el fundamento fáctico (los hechos) y el fundamento jurídico. Éste, a su vez, viene conformado por el razonamiento jurídico (el fundamento) y la cita de normas y principios jurídicos aplicables al relato fáctico (fundamentación jurídica) (A. De La Oliva, *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pp. 51 ss, 71 ss). El conocido principio *iura novit curia* se refiere a este segundo elemento que conforma el fundamento jurídico en el que se basa la pretensión del actor; no a los razonamientos jurídicos. Esta configuración de la libertad del tribunal aparece consagrada en el art. 218.2 LEC, a tenor del cual, “*el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes*”. Por tanto, el tribunal no puede apartarse del razonamiento jurídico que hayan hecho valer las partes. En definitiva, el tribunal queda vinculado por los hechos alegados por las partes y por los fundamentos jurídicos que hayan hecho valer o se hayan querido hacer valer pues, en caso contrario, incurriría en incongruencia.

Precisamente, el deber de congruencia es uno de los fundamentos jurídicos (el tercero) en los que se basa el TS, en la sentencia de 3 de junio de 2016, cuando se pretende adicionar en la audiencia previa la pretensión de nulidad total del contrato de préstamo para la financiación de una huerta solar, cuando el pleito se inició, en instancia, solicitando la nulidad parcial de una de sus cláusulas, la que contenía el derivado financiero (swap). En esta dirección advierte el Alto Tribunal que: “*Por otra parte, la jurisprudencia de esta sala sobre el deber de congruencia de la sentencia es muy clara y puede resumirse, como hemos hecho en otras ocasiones, así: «El deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el petitum [petición] y la causa petendi [causa de pedir] y el fallo de la sentencia» (Sentencias 173/2013, de 6 de marzo). «De tal forma que para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido ("ultra petita"), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes ("extra petita") y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes ("infra petita"), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita. Se exige por ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de la demanda y, en su caso, de contestación a la demanda y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito» (Sentencia núm. 468/2014, de 11 de septiembre). En nuestro caso, es claro que la demanda pidió la nulidad por error vicio de unas determinadas cláusulas del contrato, en concreto las relativas al derivado financiero. No pidió la nulidad de la totalidad del contrato. Se trata de una pretensión distinta que ni cabe adicionar en la audiencia previa, sin excederse del margen previsto en el art. 426 LEC para las pretensiones complementarias y alterar con ello el objeto litigioso, ni puede ser juzgada y apreciada de oficio por el tribunal, como pareció dar a entender la magistrada que celebró la audiencia previa”.*

### III. SIGUE SIN DIFERENCIARSE CLARAMENTE ENTRE EL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMAR Y LA REALIZACIÓN DE LAS EVALUACIONES MIFID

Considerado el swap como un instrumento financiero derivado complejo (art. 79 bis 8 letra a Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que era la aplicable al caso de la sentencia de 2 de febrero de 2017 que comento; art. 217.3 Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se

aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015. En adelante, TRLMV) procede, por parte de la entidad de crédito, que cumpla con su deber de informar adecuadamente acerca del instrumento financiero que se pretende contratar lo que comprende las advertencias necesarias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos (art. 79 bis apartado 3 Ley 47/2007; arts. 209-210 TRLMV). No basta, por parte del cliente minorista, la comprensión gramatical de la información contenida en el deber precontractual de informar, sino que sobre la base de la doctrina asentada por la STJUE de 30 de abril de 2014 (C-26/2013), referida a una hipoteca multidivisa, la obligación de transparencia no se refiere exclusivamente a una comprensión gramatical, por parte del cliente (en ese caso, se trataba de un cliente consumidor), sino que se tiene que exponer, de manera transparente, el funcionamiento concreto del instrumento financiero, así como la relación del mismo con otros contratos (en nuestro caso, la explicación relativa a la modificación del tipo de interés del contrato de leasing), de forma que ese cliente pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo. En el caso del swap, particularmente, lo que concierne, entre otros datos económicos, los relativos a los costes de cancelación anticipada del mismo.

Así, la información concreta acerca del instrumento financiero que se recomienda o se pretende contratar no pertenece al contenido del test o evaluación de idoneidad o conveniencia sino al contenido del deber precontractual de informar (A. Carrasco Perera / K. Lyczkowska, “Doce tesis sobre las evaluaciones de conveniencia e idoneidad en el Protocolo Mifid”, [cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/536](http://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/536). Fecha de consulta: abril 2017). El TS suele distinguir correctamente entre el test de idoneidad y de conveniencia como muestran, entre otras, las siguientes sentencias: la [STS de 8 de julio de 2014](#) (RJ 2014, 4315), (Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana) o la [STS de 20 de enero de 2014](#) (RJ 2014, 781), (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo).

Si bien el TS tiene clara esta distinción entre ambas evaluaciones, cuando se trata de diferenciar entre los tests y el deber precontractual de informar sobre el concreto producto que el cliente desea contratar o los productos que, concretamente a él, le ofrece la entidad financiera, no parece tener la distinción tan nítida. Esta confusión se manifiesta en la sentencia que comento cuando afirma, en el fundamento de derecho II, que: *“la mera infracción de estos deberes (se refiere a los deberes legales de información), en concreto, en este caso el deber de recabar el test de conveniencia,....”*.

El contenido del test de idoneidad y/o de conveniencia se limita, como he indicado al hilo de mi comentario sobre la [STS de 30 de junio de 2015](#) (RJ 2015, 2662), (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena, publicado en CCJC núm. 99, pp. 693-732), a proporcionar información acerca del cliente a la entidad financiera. Las características específicas (incluidos sus riesgos de pérdidas, que es, por otro lado, lo que más parece preocupar al legislador y a los tribunales dentro de la posible información a suministrar al cliente) del producto o familia de productos financieros que se le ofrecen al cliente o por los que éste se interesa no pertenecen al contenido de esos tests sino al contenido del deber precontractual de informar ([art. 64](#) [Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero](#), sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, BOE núm. 41, de 16 de febrero). La ausencia del test puede tener alguna incidencia a la hora de dar las explicaciones verbales o por escrito adecuadas al cliente; es decir, que sean claras, precisas, transparentes y no engañosas. En todo caso, será el incumplimiento de este deber de transparencia, si se demuestra que provocó una falsa representación mental del producto concernido en el cliente, el que puede llevarlo, en su caso, a que impugne el contrato celebrado por error en el consentimiento ([art. 1266](#) [CC](#)).

Téngase presente que, en relación con paquetes combinados o vinculados, la legislación impone la necesidad de diferenciar claramente el coste económico que supone para la parte contratante cada uno de los componentes del mismo. En esta línea, las Directrices ESMA sobre práctica de venta cruzada advierten que debe revelarse la información completa sobre precios y costes, indicando en la Directriz 1, que se les tiene que facilitar a los clientes un claro desglose de todos los costes asociados a la adquisición del paquete y de sus componentes, por ejemplo, gastos de

administración, gastos de transacción o de amortización anticipada, así como posibles cláusulas penales que se les vayan a aplicar a cada componente o al paquete. Cuando los costes no puedan calcularse con precisión, se debe proporcionar a los clientes un coste aproximado de los mismos sobre la base de supuestos verosímiles y razonables. Esta información debe suministrarse con la suficiente antelación como para que el cliente pueda tomar una decisión informada (Directriz 2). A la información diferenciada de cada componente de modo claro, transparente e inteligible se refiere el [art. 12](#) de la [Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre](#), de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE núm. 261, de 29 de octubre) en relación con los servicios bancarios vinculados, la cual, por la fecha de celebración del contrato de permuta financiera objeto de la STS de 2 de febrero de 2017, no resultaba de aplicación.

#### IV. LA INFRACCIÓN DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMAR NO CONLLEVA LA NULIDAD DE PLENO DERECHO DEL CONTRATO

La STS de 2 de febrero de 2017 recoge la doctrina asentada por la [STS de 20 de enero de 2014](#) (RJ 2014, 781), (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo), de [15 de diciembre de 2014](#) (RJ 2015, 56), (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo) y que se repite en sentencias posteriores como la STS de 30 de junio de 2015, en el apartado anterior citada, o la STS de 3 de junio de 2016, también mencionada en este comentario, acerca de la inaplicación del [art. 6.3 CC](#) a la celebración de un contrato que consiste en un instrumento derivado complejo por el incumplimiento del deber legal de informar que impone el art. 79 bis [Ley 47/2007](#) a la entidad de servicios de inversión. Las recurrentes alegan la infracción del [art. 6.3 CC](#) ya que estiman que aquélla al no proporcionarles la información pertinente se está incumpliendo una norma imperativa. El incumplimiento, según ellas, conlleva una sanción, cual es la establecida en el precepto civil: la nulidad (si bien, parcial) del acto contrario a dicha norma imperativa (en nuestro caso, la Ley 47/2007). Y, entienden, que el acto realizado en contra de esa norma es la celebración del contrato “de adquisición de un producto financiero complejo”, al que desafortunadamente, en mi opinión, tildan de “cláusula del contrato”. Luego, éste debe de ser declarado nulo.

En puridad, el acto realizado en contra de la norma imperativa no es la celebración del contrato, sino la omisión de información precontractual. Es decir, el art. 79 bis [Ley 47/2007](#) no impone el deber de informar sobre determinados extremos, que, si no se cumple, por aplicación del [art. 6.3 CC](#), sería ese comportamiento omisivo “nulo de pleno derecho”. La [Ley 47/2007](#) no impone que sólo pueda celebrarse el contrato cuando se ha cumplido con el deber de informar, en cuyo caso sí se podría plantear si el contrato celebrado, a pesar de la omisión de la información, es nulo. Afirmar que estas omisiones de información son “nulas de pleno derecho, salvo que se establezca un efecto distinto en caso de contravención” no tiene sentido, ya que no aportan, desde el punto de vista jurídico-civil, nada relevante. El incumplimiento de los deberes legales de informar conduce a calificar esa conducta de “infracción muy grave” (art. 99.2 bis [Ley 47/2007](#)) con la consecuencia de poder abrir un expediente sancionador a la entidad de servicios de inversión por la CNMV, para que imponga la sanción correspondiente (arts. 97 ss [Ley 47/2007](#)). Esto sí es una sanción; no, la nulidad.

La causa de la nulidad del contrato celebrado, de existir, hay que buscarla en otro lugar como, acertadamente, atisba el TS: no se niega que la infracción del deber precontractual de informar no tenga cierto efecto sobre la validez del contrato en la medida en que la falta de información pudiera contribuir a provocar un error en la contraparte (fundamento de derecho II). Pero la mera ausencia de la misma, por sí sola, no conlleva, como sanción, la nulidad de pleno derecho del contrato celebrado (en relación con esta cuestión, más extensamente, vid. mi comentario a la STS de 30 de junio de 2015, CCJC núm. 99, pp. 693-732).

#### V. CONCLUSIÓN

El planteamiento que hago acerca de la independencia entre el contrato de leasing y el contrato de swap tiene un doble efecto, por un lado, permite mantener la validez del primero, cuando ésta es la voluntad de las partes y, sobre todo, de la parte deudora y, por otro, evita comportamientos

oportunistas de aquel inversor que simplemente porque el resultado económico de la inversión realizada con el dinero tomado a préstamo o con la celebración del contrato ( *in casu* , el leasing) no era el que esperaba, pretende desvincularse de él para que la entidad de crédito o de servicios de inversión asuma íntegramente, dadas las consecuencias anudadas a la declaración de nulidad, el coste económico de su mala decisión (A. Carrasco Perera / K. Lyczkowska, “Doce tesis sobre las evaluaciones de conveniencia e idoneidad en el Protocolo Mifid”, [cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/536](http://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/536). Fecha de consulta: abril 2017).

---

## FOOTNOTES

---

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Catedrática de Derecho civil . Universitat Autònoma de Barcelona