

## Actualidad profesional

# El Supremo declara nulos SWAPS fotovoltaicos por falta de información al cliente



**Laura Gurrea Martínez**  
Abogada, economista, auditora y  
titulada mercantil.

**N**uevamente la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo reitera su doctrina jurisprudencial consolidada en relación a los contratos de permuta financiera de tipos de interés. En esta ocasión, por comercializar swaps a empresas del sector fotovoltaico junto con el crédito para financiar la inversión en tales proyectos, sin tener en cuenta el deber de información establecido por la normativa MiFID.

### ¿Cómo funcionan los SWAPS?

Al igual que las cláusulas suelo, los swaps limitan el tipo de interés que se paga por el crédito –al alza o a la baja– pero con la diferencia de ser un producto en sí mismo, y no una cláusula general de la contratación. Este producto fue comercializado por las entidades financieras como una especie de “seguro” frente a las subidas de los tipos de interés, al “blindar” el coste de la financiación a un interés máximo y mínimo. De esta forma si el tipo de interés subía, el cliente recibía una liquidación favorable por el swap que le contrarrestaba el efecto de la subida del tipo de interés del crédito al

que estaba vinculado. Sin embargo, si el tipo de interés bajaba, era el cliente quien debía de pagar a la entidad financiera.

### ¿Por qué el Supremo declara nulos los SWAPS?

Este producto financiero al ser considerado de alto riesgo para clientes minoristas –básicamente, formado por consumidores, pequeños empresarios y pymes– está amparado por la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros (denominada MiFID), traspuesta a nuestro ordenamiento por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el anterior artículo 79 bis.3 de la Ley de Mercado de Valores (actualmente, arts. 210 y ss. del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores). Debido a la asimetría de información que existe entre los inversores no profesionales y las entidades financieras, para comercializar productos complejos, se le impone a la entidad el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación. Y es que, siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesa sobre la entidad financiera no se limita a cerciorarse de que el cliente minorista conoce bien en qué consiste el producto que contrata y los riesgos asociados al mismo, sino que además debe evaluar que, en atención a su concreta situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, es lo que más le conviene (SSTS núm. 460/2014, de 10 de septiembre, 769/2014, de 12 de enero de 2015, 725/2015, de 22 de diciembre y 102/21016, de 25 de febrero, entre otras).

### ¿Quiénes se han visto afectados por los SWAPS?

Son muchos los consumidores profesionales y PYMES que se han visto perjudicados por la contratación de

estos productos. Uno de los sectores más afectados ha sido el fotovoltaico. Con la introducción de la nueva normativa que regulaba la actividad de producción de energía eléctrica como régimen especial (RD 61/2007, de 25 de mayo) se propició que numerosas empresas iniciaran un proyecto de inversión en el sector fotovoltaico. En el momento de solicitar el crédito, las entidades financieras les recomendaban que contrataran un swap para “protegerse” de las subidas de los tipos de interés del crédito solicitado, sin informar de la manera adecuada a estas empresas sobre los riesgos concretos que les supondría la bajada de los tipos de interés y el elevado coste que implicaba la cancelación anticipada del contrato de permuta financiera.

Según nuestro Alto Tribunal, en estas recientes sentencias del sector fotovoltaico (SSTS nº 83 y 84 de 14 de febrero de 2017 y nº 96 y 97, de 15 de febrero de 2017) si no se prueba que el cliente fue debidamente informado y advertido, expresa y suficientemente, sobre los riesgos asociados a la posibilidad de las liquidaciones negativas, ni tampoco sobre la posibilidad de un elevado coste de cancelación anticipada, se entiende que la entidad financiera no ha cumplido con los deberes de información que le impone la normativa reguladora del mercado de inversión y, en consecuencia, se presupone que existe error como vicio en el consentimiento (conforme a lo declarado en la STS 840/2013, de 20 de enero de 2014), lo que conllevará la nulidad del contrato de swap o permuta financiera, con la consiguiente restitución los importes de las liquidaciones percibidas por cada una de las partes como consecuencia de las liquidaciones practicadas en los contratos de swap, así como los intereses legales devengados por cada cargo y abono practicados por la entidad financiera; esto es, la compensación de las deudas sufridas con sus intereses.

Ahora bien, no todas las resoluciones han sido favorables, pues hay supuestos en los que, por apreciarse el carácter de experto del inversor (o del director financiero de una sociedad inversora), así como cuando el swap se ha concertado como una operación especulativa sin operación conexas, se excluye el error en el consentimiento (STS 714/2016, de 29 de noviembre).

#### **¿Qué hacer si estoy afectado por un SWAP?**

Si se ha visto afectado por la adquisición de un producto financiero tipo SWAP y necesita asesoramiento profesional, [contáctenos](#). En **Dictum Abogados** estudiamos su caso de forma personalizada

y analizamos todas las vías posibles para garantizar el éxito de las acciones a emprender.