

SWAPS

Doctrina del Tribunal Supremo

[STS, Sala de lo Civil, Madrid, núm. 384/2014, de 7 de julio de 2014, recurso: 892/2012, Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán, Presidente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.](#)

Nulidad por error (Estimación) – Deber de evaluación del cliente – Presencia de asesoramiento financiero – Deber de ofrecer un instrumento de cobertura de riesgo de incremento de los tipos de interés (sinopsis de Fernando Zunzunegui y Paloma Corbal)

Nulidad por error: “Esta Sala ya se ha pronunciado sobre las cuestiones que se suscitan en el presente recurso en la STS nº 840/2013, del Pleno, de 20 de enero de 2014 (...), dictada en un proceso sobre nulidad de un contrato de *swap* por error vicio en el consentimiento, en lo esencial idéntico al presente (...). La doctrina fijada en esa sentencia en el marco normativo de la Directiva MiFID (...) es plenamente aplicable al presente recurso (...) y determina su desestimación (...). Según se declaró en la STS nº 840/2013, la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y los clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado, que tiene su último fundamento en el principio de la buena fe negocial, a la que ya se había referido esta Sala en la STS nº 244/2013, también del Pleno, de 18 de abril de 2013, (...) en la que (...) se analizó el alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor y, en concreto, el elevado estándar de información exigible a la empresa que presta el servicio de inversión. (...) Esta Sala debe reiterar en la presente sentencia los criterios de interpretación y aplicación de esa normativa y la incidencia de su incumplimiento en la apreciación de error vicio del consentimiento. Conforme a esta línea jurisprudencial, el cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa, como una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el artículo 7 CC, y para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que esta sea imparcial, clara y no engañosa, sino que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias (...). El criterio de la sentencia recurrida al apreciar error excusable determinante de la nulidad del contrato se ajusta en lo esencial a la citada doctrina de esta Sala que, (...) partiendo de que el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo y directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, permite presumir el error cuando como es el caso la entidad bancaria no realizó, siendo preceptivo, el test de idoneidad.”

Deber de evaluación del cliente: “Para articular adecuadamente ese deber legal que se impone a la entidad financiera con la necesidad que el cliente minorista tiene de ser informado (...) y salvar así el desequilibrio de información que podría viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses que se da en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, en la prestación de asesoramiento financiero para

su contratación, como son la realización del *test de conveniencia* -cuando la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente previamente formada, dirigido a evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar-, y *el test de idoneidad*, cuando el servicio prestado es de asesoramiento financiero dirigido, además de a verificar la anterior evaluación, a efectuar un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente para poder recomendarle ese producto. (...) En la STS nº 840/2013 esta Sala se refirió a la diferente función de ambas evaluaciones, distinguiendo la finalidad del test de conveniencia -que va dirigido a la valoración de los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con el objetivo de que la entidad financiera pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera y pueda determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa (...), de la finalidad del test de idoneidad -que procede (...) cuando se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de cartera mediante la realización de una recomendación personalizada-, en el que se suma el test de conveniencia (...) a un informe sobre su situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y sus objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan (...).”

Presencia de asesoramiento: “(...) El director de una de sus sucursales se desplazó al despacho de la administradora de las tres sociedades para hablarle de las ventajas de un nuevo producto denominado **swap** financiero (...) que representaba la ventaja de ser una cobertura de tipos de interés y que tenía como finalidad asegurar que en las operaciones de préstamos hipotecarios las pérdidas derivadas de la subida del tipo de interés variable se compensaban con las ganancias del **swap**, pero de lo que no se informó a la administradora fue de que si el tipo se situaba en un nivel inferior del tipo fijo serían los clientes quienes pagarían a la entidad bancaria (...). Para discernir si un servicio constituye o no un asesoramiento en materia financiera -lo que determinará la necesidad o no de hacer el test de idoneidad- no ha de estarse tanto a la naturaleza del instrumento financiero como a la forma en que este es ofrecido al cliente, valoración que debe realizarse (...) según la doctrina fijada por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L. (...). En la STS nº 840/2013 se fijó (...) la doctrina relativa a la incidencia del incumplimiento de ese deber en la apreciación del error vicio del consentimiento cuando haya un servicio de asesoramiento financiero, doctrina que se reitera en la presente sentencia y que puede resumirse en los siguientes puntos: **1.** El incumplimiento de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo. **2.** El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto, en este caso el **swap**. **3.** La información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros (...)- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información. **4.** El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente. **5.** En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el **swap**, como si, al hacerlo, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo; y la omisión del test que debía recoger esa valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento;

por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo. (...) En el caso ahora sometido a enjuiciamiento hubo un servicio de asesoramiento financiero ya que el banco recurrente efectuó un ofrecimiento personalizado del **swap** a los demandantes, por lo que estaba obligado a efectuar el test de idoneidad tal como se declara en la sentencia recurrida.”

Deber de ofrecer un instrumento de cobertura de riesgo de incremento de los tipos de interés: “(...) La circunstancia de que el **swap** fuera ofrecido a los clientes (...) para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 19 de la Ley 36/2003 (...), con el fin de informar a las mercantiles (...), como deudoras hipotecarias que eran con un préstamo a tipo de interés variable a largo plazo, de los instrumentos de cobertura del riesgo de incremento de los tipos de interés disponibles, no excluye que ese ofrecimiento fuera una recomendación personalizada determinante de la existencia de asesoramiento financiero en los términos en que se define por la STJUE (...), pues el hecho declarado en la sentencia recurrida es que la entidad bancaria ofreció el **swap** . No se declara en esa sentencia el hecho (...) de que la entidad bancaria ofreciera información sobre posibles instrumentos, productos o sistemas coberturas de riesgo que tuviera disponibles, por lo que esta Sala no tiene que pronunciarse sobre la significación jurídica de un hecho no declarado en la sentencia recurrida.”

[Texto completo de la sentencia](#)
