

SWAPS

Nulidad por error

[STS, Sala de lo Civil, Madrid, núm. 387/2014, del 8 de julio de 2014, recurso: 1256/2012, Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana, Presidente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.](#)

Incumplimiento del deber de información y apreciación del error (Estimación) – Doctrina fijada por la Sala 1ª del TS en el marco normativo de la Directiva MiFID – Distinción entre el test de conveniencia y el test de idoneidad – Deber de información – Presencia de asesoramiento (sinopsis de Fernando Zunzunegui y Paloma Corbal)

Incumplimiento del deber de información y apreciación del error: “(...) El cliente debe ser informado por el banco antes de la perfección del contrato de los riesgos que comporta la operación especulativa, como 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 (...). 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 hay un servicio de asesoramiento financiero que puede resumirse en los siguientes puntos: **1.** El incumplimiento de los deberes de información no conlleva 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 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, 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 este 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.”

Doctrina fijada por la Sala 1ª del TS en el marco normativo de la Directiva MiFID: “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 (...). Se dijo, y se mantiene, que 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 elevado estándar de información exigible a la empresa que presta el servicio de inversión (...).”

Distinción entre el test de conveniencia y el test de idoneidad: “(...) La normativa MiFID impone a la entidad financiera (...) 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 (...) a efectuar un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente para poder recomendarle ese producto. (...) La misma sentencia 840/2013 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 (...), en el que se suma el test de conveniencia (sobre conocimientos y experiencia en materia financiera del cliente) 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: “Para discernir si un servicio constituye o no un asesoramiento en materia financiera (...) no ha de estarse tanto a la naturaleza del instrumento financiero como a la forma en que este es ofrecido al cliente, (...) según la doctrina fijada por la STJUE de 30 de mayo de 2013 (...), conforme a la cual tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap realizada por la entidad financiera al cliente inversor *“que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público”*. (...) La circunstancia de que el banco recurrente (...) ofreciera el swap a los clientes con la finalidad de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 19 del RD 2/2003, para informarles, como deudores hipotecarios que eran (...), 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 (...), pues (...) se ofreció el swap a los demandantes (no que se les informara de diversos instrumentos de cobertura disponibles) como conveniente para cubrir las posibles oscilaciones del tipo de interés de su hipoteca.

[Texto completo de la sentencia](#)
