

SWAPS***La experiencia previa en la contratación de swaps similares no excluye el error vicio del consentimiento***

[STS, Sala de lo Civil, núm 107/2022, de 9 de febrero de 2022, recurso: 1066/2019. Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo.](#)

Motivo de casación – Test de conveniencia e idoneidad – Error vicio del consentimiento (sinopsis de Fernando Zunzunegui y Andrea Goncé)

Motivo de casación: “[...] El motivo denuncia la infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código civil en relación con la jurisprudencia sobre el error en el consentimiento prestado [...]. Muy especialmente se denuncia la infracción de las sentencias 264/2018, de 9 de mayo y 542/2018, de 24 de septiembre, porque la sentencia recurrida llega a la conclusión de que existía conocimiento del producto swap en abril de 2008 a partir de la valoración de: i) la existencia previa de contratación de diversos swaps, de cancelaciones anticipadas y sucesivas contrataciones de otros, ii) de la existencia de liquidaciones negativas, y iii) de los términos de una carta que TAFECSA hizo llegar a Banco Santander el 30 de octubre de 2012. Como hemos recordado en otras ocasiones, constituye jurisprudencia constante que bajo la normativa MiFID, en concreto el art. 79 bis.3 de la Ley 24/1988, del Mercado de valores (en adelante, LMV), en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadores de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras 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. Aunque por sí mismo el incumplimiento de los reseñados deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio en la contratación del producto financiero, la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, incide en la apreciación del error [por todas, sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 559/2015, de 27 de octubre]. [...]”

Test de conveniencia e idoneidad: “[...] Sobre la base de la apreciación legal de la necesidad que el cliente minorista tiene de conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados, y del deber legal que se impone a la entidad financiera de suministrar a dicho cliente una información comprensible y adecuada sobre tales extremos, para salvar la asimetría informativa que podía viciar el consentimiento por error, **la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes:** i) Cuando la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, debe valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos [...], mediante el denominado **test de conveniencia** [...] ii) Cuando el servicio prestado es de asesoramiento financiero, además de la anterior evaluación, la entidad debería hacer un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto, por medio del llamado **test de idoneidad** [...]. No consta acreditado en la instancia que Banco Santander hubiera calificado al cliente, conforme al art. 79 LMV, como inversor profesional, razón por la cual debemos partir de la

consideración de que se trataba de un cliente minorista. [...] Como reconoce la sentencia de recurrida, no hay constancia de que se hubiera realizado el test de conveniencia, ni de que hubiera habido una información precontractual formalizada documentalmente de forma satisfactoria. [...] **El que se imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, el deber de suministrar al cliente inversor no profesional una información comprensible y adecuada de tales instrumentos [...] muestra que esta información es imprescindible para que el inversor no profesional pueda prestar válidamente su consentimiento. Del tal forma que el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata, pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada. Y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.** [...] De este modo, opera la presunción de error vicio. [...]” [Énfasis añadido]

Error vicio del consentimiento: “[...]En el presente supuesto, aunque los dos swaps de abril 2008 vienen precedidos de otras contrataciones de swaps, las posibles liquidaciones negativas y sus reajustes no prueban necesariamente que la administradora de TAFECOSA fuera concedora de los perjuicios que podían generarse en caso de una bajada drástica de tipos de interés, como los que de hecho ocurrieron a partir de 2009. Prueba de ello son las quejas que formuló a las gestoras del banco cuando se produjo la bajada drástica de tipos de interés en 2009. Por otra parte, de la carta enviada por la administradora de TAFECOSA al banco, de la que extracta algunos párrafos la sentencia recurrida, no se extrae que ella tuviera un conocimiento de los concretos riesgos de pérdidas que podrían llegar a generarse, cuando se contrataron los swaps en abril de 2008. **La previa experiencia en la contratación de swaps en algún caso puede poner en evidencia el conocimiento del producto y de los riesgos que entraña su contratación, pero en otros caso no, porque la sucesiva contratación y cancelación pueda ser debida a una "huida hacia delante", o porque aunque, como es el caso, hubiera habido ajustes, por los resultados habidos hasta entonces, en que todavía no había llegado la bajada drástica de tipos de interés que ocurrió en 2009, no se hubieran puesto de manifiesto los riesgos que esa bajada drástica podía derivar para quien contrataba las permutas financieras.** Por eso, en un contexto en que no queda acreditado que se hubiera prestado información previa por parte del banco sobre los riesgos concretos de la contratación de estos dos productos, ni que se hubiera realizado el test de conveniencia, en este caso la presunción de error no queda desbaratada por la serie de permutas financieras contratadas en los años previos a 2008, ni los reajustes que hubiera podido ofrecer el banco y aceptar su cliente, ahora demandante. [...] **La experiencia derivada de las previas permutas financieras no es suficiente porque, a la vista de sus liquidaciones, no se aprecian pérdidas muy relevantes que afloraran el grave riesgo que conllevaba la bajada de los tipos de interés, sin que concurren otras circunstancias que pusieran en evidencia que el cliente sí era consciente de ese riesgo.** El error sobre los eventuales riesgos del producto afecta a elementos esenciales y es relevante. La apreciación del error o defecto de representación de los verdaderos costes o riesgos asociados al producto contratado, lleva implícito que el cliente, de haberlos conocido, no lo hubiera contratado. [...]” [Énfasis añadido]

[Texto completo de la sentencia](#)
