

**COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE ABRIL DE 2018 (222/2018)**

**Test de conveniencia, test de idoneidad y error vicio de los contratantes de swaps\***

Comentario a cargo de:  
IGNACIO FARRANDO MIGUEL  
Catedrático de Derecho Mercantil  
Universidad Pompeu Fabra

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE ABRIL DE 2018**

**RoJ:** STS 1283/2018 - **ECLI:** ES:TS:2018:1283

**ID CENDOJ:** 28079119912018100013

**PONENTE:** EXCMO. SR. DON FRANCISCO MARÍN CASTÁN

**Asunto:** De nuevo sobre el error vicio al contratar un swap aunque, en esta ocasión, con el añadido que los clientes fueron expresamente advertidos por la entidad de crédito, conforme a lo deducido del resultado del test de conveniencia, de que la suscripción del swap no era «*conveniente ni adecuada para él, atendiendo a sus conocimientos y experiencia sobre el producto o instrumento financiero de la misma*». A pesar de esta advertencia expresa, el Tribunal entendió que los contratantes habían sufrido un error vicio al no haber sido debidamente informados.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo:** 5.1. El fallo de la sentencia del Tribunal Supremo y el voto particular. 5.2. Presentación y doctrina anterior del pleno sobre esta cuestión. 5.3. Breve examen de la doctrina del Tribunal Supremo so-

\* Este trabajo se ha realizado en el seno del proyecto de investigación “*Protección del inversor en productos financieros. Situación actual y perspectivas de futuro*” (AEI/FEDER, UEDER2016-75423-P) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

bre la doble obligación de las entidades financieras: informar e informarse: 5.3.1. *La obligación de las entidades de suministrar información*: (a) Información completa y adecuada. (b) La entidad financiera debe facilitar activamente dicha información. (c) Ha de facilitarse con carácter previo a la contratación (d) Y el examen del cumplimiento de esta obligación informativa no debe ser formal sino sustancial. 5.3.2. *La obligación de las entidades de crédito de informarse sobre sus clientes*. 5.3.3. *La disociación entre el incumplimiento de las obligaciones informativas y el error vicio*. 5.4. Las consideraciones (y omisiones) del Tribunal sobre el alcance de los deberes de información y el error vicio. 5.5. El elemento distorsionador: la advertencia formulada por la entidad financiera de que el swap no es un producto que le conviene y el voto particular en la sentencia. 5.6. Conclusión. **6. Bibliografía.**

## 1. Resumen de los hechos

Cada una de cinco sociedades limitadas, dedicadas a la promoción, construcción y explotación de plantas fotovoltaicas, contrataron el 20 y 27 de mayo de 2008 con el Banco Santander un «Contrato Marco de Operaciones Financieras» [=CMOF] y, asociado a este, un contrato de «confirmación» de *swap* o permuta financiera de tipos de interés («*Swap Flotante Bonificado*») con un nominal de 600.000 euros, con fecha de inicio el 2 de junio de 2008 y vencimiento en junio de 2010 (salvo una de ellas donde se estableció como fecha de vencimiento el 26 de mayo de 2010).

Junto a esa documentación contractual (esto es: el CMOF y el contrato de «confirmación»), se adjuntó un anexo relativo al funcionamiento del «Swap flotante bonificado» donde se hizo constar que las partes podrían acordar la cancelación anticipada, pero soportando los costes que resultaran «a precios de mercado».

El día de la firma de los contratos, o unos pocos días antes, se efectuaron los test de conveniencia MIFID a los clientes ofreciendo todos ellos iguales resultados: (i) antigüedad de las empresas inferior a un año; (ii) volumen de negocios inferior a 500.000 euros; (iii) antigüedad como cliente del banco inferior a un año; (iv) falta de especialistas o departamento especializado en instrumentos y mercados financieros; (v) falta de familiaridad con servicios, operaciones e instrumentos financieros; y (vi) no opera, o no han operado en los últimos cinco años, con instrumentos financieros.

Todas las sociedades suscribieron un documento de «*cláusulas adicionales*» donde manifestaban

[1] Que «*cada una de las partes manifiesta que no ha sido asesorada por la otra parte sobre la conveniencia de realizar esta Operación y que actúa sobre la base de sus propias estimaciones y cálculos de riesgo*»;

[2] Que «*el cliente declara que ha sido informado por Banco Santander del riesgo que asume en la realización de esta operación, atendiendo al*

*instrumento financiero sobre el que recae y que, una vez realizado su propio análisis, decide formalizarla»; y, en fin,*

[3] Que «[e]l Cliente declara que ha sido informado por Banco Santander de que la realización de esta operación NO es conveniente ni adecuada para él, atendiendo a sus conocimientos y experiencia sobre el producto o instrumento financiero de la misma, lo cual el Cliente reconoce y asume, y declara, asimismo, que, a pesar de ello, decide formalizar la presente operación a su solicitud y por su propia iniciativa».

A partir del segundo año de vigencia del contrato (2009) se giraron por el Banco Santander a dichas sociedades liquidaciones negativas individuales por importe de 11.335 euros (salvo a una de ellas a la que se giraron 10.429 euros).

## 2. Solución dada en primera instancia

El 8 de noviembre de 2010, la jueza sustituta del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Nules (Castellón) estimó íntegramente la demanda y, consiguientemente, declaró la nulidad de todos los contratos de permuta financiera o SWAP y los CMOF suscritos con el Banco de Santander.

En resumen, su razonamiento se sustentó en las siguientes cuatro ideas.

*Primero*, en el hecho de que dado que dichas sociedades clientes carecían de formación financiera y experiencia en la contratación de productos complejos como los *swaps*, resultaba inverosímil que las demandantes hubieran sido quienes hubieran solicitado el *swap* y no que fuera al revés, esto es, que fuera la entidad de crédito quien lo ofertó.

*Segundo*, y apoyándose en la SAP Asturias núm. 286/2010, de 23 de julio [ECLI:ES:APO:2010:1787]), considero que el Banco Santander incumplió sus deberes legales de información ya que, a pesar del resultado negativo del «*test de idoneidad*» [sic], ofertó a las demandantes un producto de riesgo sin advertirles previamente, mediante una información «*completa y detallada*», de sus características y riesgos específicos, «*especialmente que si los tipos de interés descendían ello podía suponerles la pérdida de cantidades importantes de dinero*», ni de la posibilidad de cancelarlo, lo que al momento en que se produjeron las liquidaciones negativas era inviable por las altas comisiones que se debían abonar. Añadió también que de la prueba resultaba que los representantes de las demandantes se limitaron a firmar los contratos, sin recibir copia de lo que firmaban ni explicación alguna cuando reclamaron tras las primeras liquidaciones negativas.

*Tercero*, en que dicha falta de información determinó la existencia de un error excusable, pues por la naturaleza compleja del producto y la ausencia de conocimientos financieros de los contratantes, en atención a la protección dispensada al minorista por la legislación aplicable (MiFID), era al Banco Santander

al que incumbía ofrecer esa información y asegurarse de que entendían lo que firmaban, constando, por el contrario, que los representantes de las sociedades demandantes firmaron la documentación contractual sin pararse a leerla y, en todo caso, sin capacidad para entender lo que firmaban aunque lo hubieran leído, dada su complejidad y falta de información previa.

Y *cuarto*, que la nulidad de los contratos por error en el consentimiento comportaba la restitución de las recíprocas prestaciones, lo que se traducía en el derecho de las demandantes a percibir la diferencia entre los abonos hechos por la entidad financiera y los pagos efectuados por aquellas, con los intereses legales reclamados.

### 3. Solución dada en apelación

El 26 de septiembre de 2011, la secc. 3ª de la Audiencia Provincial de Castellón, [ECLI: ES:APCS:2011:1024] estimó el recurso de apelación interpuesto por Banco Santander y, revocando la sentencia de instancia, desestimó la demanda formulada por las sociedades actoras. La Audiencia no impuso costas en ninguna de ambas instancias.

Esta sentencia de apelación, aceptando que *«las mercantiles demandantes son, desde luego, clientes minoristas en el ámbito de regulación a que nos referimos»* expuso como argumentación de su decisión que la entidad de crédito había practicado el test de evaluación o *«cuestionarios MiFID»* y que, junto a los respectivos contratos, los representantes legales de las demandantes suscribieron *«sendas declaraciones escritas»* donde admitían haber sido informados por el banco de que se trataba de una operación no conveniente para ellas, atendiendo a sus conocimientos y experiencia sobre el producto y que, pese a ello, decidieron formalizar esas operaciones *«declarando (...cada una de ellas...) también que lo conoce y asume (...el riesgo...) y que pese a ello asume los riesgos de la operación»*.

Esta última circunstancia lleva a la Audiencia a sostener que *«[n]o es de recibo para sustentar la pretensión anulatoria que los legales representantes (...de las sociedad demandantes...) abriguen su pretendido desconocimiento en la confianza (muy ciega al parecer) que tenían depositada en la entidad bancaria o en el director de la sucursal, por lo que se relevaron de la elemental diligencia consistente en la verificación de cuáles eran los compromisos que contraían y los riesgos que asumían. Si esta fue la razón del error que alegan y este existió, no tendría el carácter de inexcusable en que puede fundarse la nulidad, pues era fácilmente vencible con un razonable cuidado»*. Añadiendo, además, que ante la ausencia de prueba de un engaño o comportamiento doloso por el Banco Santander, o de cualquier clase de intimidación, el hecho de no haber leído los documentos contractuales comportaba que *«el error que se alega era fácilmente superable y sólo achacable a quien lo invoca, que por ello ha de pechar con sus consecuencias»*.

Las pretensiones subsidiarias también se rechazaron porque, en cuanto a la cláusula de vencimiento anticipado, de ella no resulta ningún desequilibrio para una de las partes, ya que ambas podían *«promover el vencimiento anticipado, del mismo modo que ambas pueden resultar penalizadas y no solamente los clientes demandantes. En el mismo sentido, no se reserva al Banco la función de liquidar, sino que se dice que los cálculos liquidatorios los llevará a cabo la parte que haya cumplido»*. Y, en cuanto a las *«barreras aplicables»* al tipo de interés, que la sala considera que generan un desequilibrio entre las partes y podrían llegar a anularse si los clientes fueran consumidores, lo cierto es que la sala acaba rechazando la nulidad solicitada puesto que las demandantes no tienen esta condición legal.

#### 4. Los motivos de casación alegados

Tras el inicial Decreto declarando que la recurrente no había interpuesto tempestivamente el recurso de casación, y también tras la desestimación del recurso de revisión, la sala resolvió el 6 de mayo de 2015 el recurso de queja interpuesta por las recurrentes acordando *«continuar el procedimiento por sus trámites otorgando a los recurrentes el plazo legalmente establecido para la interposición del recurso de casación»*.

El recurso de revisión, con un solo motivo, se fundamentó en la existencia de interés casacional en la modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de la sala del Tribunal Supremo. En concreto, se solicita la casación de la sentencia de la Audiencia por su oposición a lo dispuesto en la STS 840/2013, de 20 de enero (ECLI: ES:TS:2014:354) cuya doctrina estableció que *«[e]n caso de incumplimiento de este deber (...se refería a una supuesto donde existió asesoramiento financiero...), 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 tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. La omisión del test que debía recoger esta 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, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vida el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo»*.

#### 5. Doctrina del Tribunal Supremo

##### 5.1. El fallo de la sentencia del Tribunal Supremo y el voto particular

La sala estima el motivo del recurso de casación, casa la sentencia recurrida y confirma la de primera instancia imponiendo solo las costas de segunda

instancia a la parte demandada *«dado que su recurso de apelación tenía que haber sido desestimado»*

El magistrado Sr. D. Antonio Salas Carceller formuló voto particular razonando que, al haber suscrito las demandantes el documento denominado «cláusulas adicionales» [vide supra n. 1] donde manifestaban que habían *«sido informado por Banco Santander de que la realización de esta operación NO es conveniente ni adecuada para él, atendiendo a sus conocimientos y experiencia sobre el producto o instrumento financiero de la misma, lo cual el Cliente reconoce y asume, y declara, asimismo, que, a pesar de ello, decide formalizar la presente operación a su solicitud y por su propia iniciativa»*, no cabe la declaración de nulidad por error vicio ya que la *«información dada por la entidad bancaria –inserta en el propio contrato, pero sin posibilidad de dar lugar a equívocos dada su claridad– aunque no se ajustara formalmente a la normativa aplicable, existe y es, además, clara y contundente al advertir al cliente de que el producto no es adecuado ni conveniente para su perfil»*.

Este magistrado también sostuvo que, en este caso, podría haber concurrido otro vicio del consentimiento, *«pero desde luego no el error –mucho menos un error excusable porque se contrata algo que, según se sostiene ahora, no se sabía en realidad lo que era y respecto de lo que la otra parte está advirtiendo a las demandantes que no le resultaba conveniente–»*; esto es, que dada dicha declaración, no cabe apreciar el requisito de la excusabilidad al haber sido advertidas de que *«el producto no era conveniente para ellas»*. Razón por la que, en fin, también afirma que aun aceptando la necesidad de que la entidad de crédito hubiera debido realizar el test de idoneidad, *«la estimación del motivo carecería de efecto útil en tanto que queda acreditado que incluso en el caso de incumplimiento por la entidad de sus obligaciones, no ha existido en el caso un error que pueda dar lugar a la anulación del contrato»*.

Concluyendo que *«ha quedado suficientemente acreditado que las entidades demandantes no actuaron por error, sino por otras circunstancias –que no se han puesto de manifiesto en este proceso– que les llevaron a celebrar voluntariamente un contrato en condiciones difícilmente explicables, pero que no puede ser anulado ahora por el hecho de no haber obtenido resultados económicamente favorables»*.

## 5.2. Presentación y doctrina anterior del pleno sobre esta cuestión

Es fácil coincidir en que la litigiosidad judicial se ha multiplicado exponencialmente en un ámbito donde, hasta fechas muy recientes, nuestro Tribunal Supremo prácticamente nunca se había pronunciado. Me estoy refiriendo, claro está, al ámbito de la inversión en instrumentos financieros aunque también, por supuesto, a las disputas sobre la abusividad de ciertas cláusulas que venían hasta fechas muy recientes incluyéndose en los contratos de préstamos bancarios a consumidores, normalmente con garantía hipotecaria.

En estas páginas examinaremos el primero de aquellos ámbitos conflictivos y, más concretamente, la polémica que ha rodeado la inversión realizada en los swaps o contratos sobre permutas financieras de tipos de interés bajo la óptica de su anulación al concurrir error vicio (arg. artículo 1266 CC). Más

de 300 sentencias sobre esta materia con un elevadísimo grado de repetición han sido dictadas por nuestro Tribunal Supremo. Entre estas, y además de la que ahora examinamos, tres de ellas lo han sido por el pleno [STS (pleno) 840/2013, de 20 de enero; STS (pleno) 491/2015, de 15 de septiembre; y STS (pleno) 89/2018, de 19 de febrero]. Escenario este que, sin duda alguna, muestra a las claras la conflictividad que ha suscita (y todavía suscita) esta materia.

Antes de examinar la sentencia que aquí nos interesa conviene detenerse unos instantes para recordar, aunque sea muy brevemente, las tres sentencias anteriores del pleno sobre anulación por error vicio de swaps que deberían complementarse, aunque aquí no podemos detenernos en ellas, con las dictadas en sentido similar para otros productos financieros (*vide* STS (pleno) 244/2013 y STS (pleno) 460/2014 [bonos estructurados], STS (pleno) 769/2014 [*unit linked*]; STS (pleno) 489/2015 [participaciones preferentes], y STS (pleno) 102/2016 [depósitos estructurados]) o, incluso, resolviendo otras cuestiones en materia de swaps (*vide* STS (pleno) 89/2018 [*dies a quo* en el cómputo del ejercicio de la acción]).

La *primera* de aquellas decisiones es la STS (pleno) 840/2013, de 20 de enero (ECLI: ES:TS:2014:354) que, cambiando el rumbo de la anterior jurisprudencia [en especial: las STS 665/2012, de 15 de noviembre (ECLI: ES:TS:2012:7821) y la STS 683/2012, de 21 de noviembre (ECLI: ES:TS:2012:7843)], acostumbra a identificarse como la pieza esencial en la conformación de la actual doctrina del Tribunal Supremo. En esencia, esta decisión acepta, en primer lugar, que el incumplimiento de los deberes de información (en concreto: de los test o cuestionarios a los que luego aludiremos) no comporta automáticamente la concurrencia de error vicio en el cliente, ya que dicha omisión no impide que «*en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, (...pero, sin embargo, sí que...) lleva a 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*» (n. 13). Y, en segundo término, esa decisión también concluye que el error recae sobre el objeto del contrato cuando «*afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del swap*» ya 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*» (n. 12) [*vide* en comentario, COLINO MEDIAYILLA (2013-2014), *in totum*]. Con ser un esfuerzo importante, lo cierto es que la vinculación que esta sentencia realiza entre la omisión del test y la presunción de error vicio en el contratante ha sido muy discutida tal y como ha se ocupó de exponer la doctrina [*vide* GALLEGO CÓRCOLES (2017), págs. 542-547 y los allí citados].

La *segunda* es la STS (pleno) 491/2015, de 15 de septiembre (ECLI: ES:TS:2015:3868) donde se abordó una renovación de swaps y el pago de co-

misiones de cancelación acordándose casar la sentencia de apelación y anular el último *swap*. El Tribunal partió aceptando que si bien la normativa aplicable al caso era la anterior a la entrada en vigor del art. 79 bis LMV y el RD 629/1993, esa normativa previa a la MIFID (Directiva 2004/239/CE) también reconocía a los clientes el derecho a una información completa. En instancia se acreditó que el representante legal del cliente *«tenía conocimientos adecuados sobre el mercado financiero y en relación a este tipo de productos; que había concertado operaciones financieras similares con otras entidades; y que había realizado sucesivas novaciones del contrato swap»*. Sin embargo, achacó como defecto de información el relativo a la evolución de los tipos de interés y que le hubieran proporcionado *«los estudios que sobre la evolución de los mercados pudiera disponer el banco, así como al coste de la cancelación del swap»*. La sentencia del Tribunal Supremo, tras recordar la doctrina de la sala sobre el error vicio, rechazó que pudiera existir error vicio basado en el desconocimiento que en ese momento tenía la demandante sobre la evolución que iban a tener los tipos de interés debido a que *«el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, pues la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia»*. Sin embargo, el Tribunal sí que aceptó que concurrió ese vicio respecto del coste de la cancelación anticipada del swap ya que, en el caso, este dato debía formar parte *«de las condiciones o circunstancias que inciden sustancialmente en la causa del negocio»* y el cliente no recibió *«una referencia genérica y aproximada, que pueda permitir al cliente hacerse una idea de cuánto podría costarle la cancelación y el riesgo que con ello asume»*. Más en concreto, la sentencia sostuvo que dicha omisión informativa junto al hecho de que las anteriores cancelaciones no habían sido gravosas comportó que el cliente resultase sorprendido por *«el importe de esta penalización, que difícilmente podía haberse representado de antemano, cuando firmó el contrato, y que al hacer muy gravoso el desistimiento podría haber tenido una incidencia relevante a la hora de prestar consentimiento al contrato»* [vide en comentario, SACRISTÁN BERGIA (2015), *in totum*].

Y la *tercera* es la STS (pleno) 89/2018, de 19 de febrero (ECLI: ES:TS:2018:398) donde, además de cuestiones ya tratadas por la sala, se examina el *dies a quo* a partir del que se inicia el cómputo del plazo de la acción de nulidad por error vicio en la contratación de un *swap*. Y al respecto la sentencia acepta que, *«a los efectos del ejercicio de la acción de nulidad por error, la consumación de los contratos de swaps debe entenderse producida en el momento del agotamiento, de la extinción del contrato»* ya que es entonces cuando tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato. Junto a lo dicho la sala también recordó su doctrina sobre el incumplimiento de las obligaciones informativas en la contratación de instrumentos financieros, esencialmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los mismos, así como en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía y al elevado coste de cancelación, como factores que *«pueden hacer presumir el error en quien contrató*



*con dicho déficit informativo*». Consecuencia de lo anterior es, por un lado, la aceptación por la sala de que la acción no había prescrito y, por otro, que la entidad financiera no cumplió los deberes de información exigidos provocándose un error excusable e invalidante en el cliente al contratar el *swap*.

### 5.3. Breve examen de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la doble obligación de las entidades financieras: informar e informarse

El texto de la LMV (y hoy en día: el TRLMV) impone a la entidades que prestan servicios de inversión diversas obligaciones de carácter informativo. En términos muy generales, y en lo que aquí ahora nos interesa, la ley establece una *obligación de suministrar información* al cliente al objeto de que este disponga de los elementos de juicio necesarios para adoptar la decisión de inversión que más les convenga. Y, junto a esta, también le somete a una *obligación de informarse acerca del cliente* aunque en este caso, y como veremos, la obligación se modula atendiendo al servicio que se solicita a la entidad financiera.

#### 5.3.1. La obligación de las entidades de suministrar información

La redacción del art. 79bis LMV, aplicable en la fecha de la contratación, (20 de mayo de 2008) disponía que todas las entidades que prestasen servicios de inversión *«deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes»* (n. 1) proporcionándoles *«de manera comprensible, información adecuada sobre (...) los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa»* (n. 3-I).

Añadiendo también, a inmediata continuación, que *«la información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias»* (n. 3-3)

Este precepto se desarrolló reglamentariamente a través del RD 217/2008, de 15 de febrero (que sustituyó al RD 629/1993, de 3 de mayo) ordenándose en su art. 64 que se proporcionase a los clientes *«una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional. En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas»* (n. 1). A lo que, además, y entre otros extremos, también se indicó que, *«en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:*

(a) *Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión»* (n. 2).

(a) *Información comprensible, completa y adecuada*

Así pues, y atendiendo a esta imposición informativa en favor de los clientes, no extraña que la jurisprudencia del Tribunal Supremo haya adoptado como doctrina constante que la información que la entidades financieras deben facilitar a los clientes tiene que ser «*comprensible*» [vide, entre las últimas, STS 665/2018; STS 652/2018; STS 632/2018; STS 603/2018; o STS 602/2018] además de, por supuesto, «*completa y adecuada*» ya que sólo así aquellos podrá conocer y evaluar correctamente los riesgos de la suscripción del swap «*con conocimiento de causa*» [vide, entre muchas, STS 37/2018; STS 366/2017; STS 364/2017; STS 250/2017; STS 246/2017; STS 199/2017; STS 176/2017; y STS 2/2017].

Esta exigencia comporta que dicha información necesariamente habrá de incluir «*orientaciones y advertencias*» sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros que se ofrecen al cliente [vide, entre las últimas, STS 603/2018; STS 550/2018; STS 546/2018; STS 545/2018; STS 523/2018; STS 504/2018; STS 452/2018; STS 447/2018; STS 446/2018; o, por acabar, STS 444/2018] «*advirtiendo debidamente al cliente sobre los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés*» [vide, entre las últimas, STS 603/2018; STS 546/2018; STS 333/2018; STS 320/2018; o, en fin, STS 222/2018].

Obligación ésta que no solo implica advertir al cliente «*de forma clara y sin trivializar, que su riesgo no es teórico, sino que, dependiendo del desarrollo de los índices de referencia utilizados, puede ser real y, en su caso, ruinoso*» [vide así, entre las últimas, STS 37/2018; STS 335/2017; STS 322/2017; o STS 132/2017], sino que también supone realizar una «*previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial, pues solo así el cliente puede valorar con conocimiento de causa si la oferta de la entidad bancaria, en las condiciones de tipo de interés, periodo y cálculo propuestos, satisface o no su utilidad o conveniencia negocial*» [vide así, STS 738/2015; STS 743/2015; o STS 550/2015]. Es decir, y en palabras del propio Tribunal Supremo, la entidad está obligada a ofrecer información con «*posibles evoluciones de los tipos o sobre sus consecuencias en caso de cancelación*» [vide, STS 582/2018; STS 580/2018; o, en fin, STS 282/2018] o, lo que es lo mismo, «*ejemplos cuantificados económicamente sobre los posibles escenarios posibles, (...ya que esta es la...) única forma de poder conocer con exactitud los riesgos inherentes al contrato*» [STS 582/2018, de 17 de octubre (ECLI: ES:TS:2018:3514) y, en doctrina, GARNICA (2019)].

Con todo, resulta es claro que esas exigencias no comportan que la entidad financiera deba o pueda «*adivinar la evolución futura de los tipos de interés*», sino solo que debe extremar su diligencia ofreciendo al cliente «*una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada*» [vide, entre las últimas, STS 632/2018; STS 603/2018; STS 550/2018; STS 546/2018; o STS 545/2018].

Nuestro Tribunal también se ha cuidado de advertir que ese estándar de información «*completa y adecuada*» no se cumple con el clausulado general de los propios contratos de *swap* ya que «*la mera lectura de las estipulaciones contractuales no es suficiente y se requiere una actividad suplementaria del banco (...) tendente a la explicación de la naturaleza del contrato, el modo en que se realizarán las liquidaciones, los riesgos concretos que asume el cliente, como son los que se concretaron posteriormente en las elevadas liquidaciones negativas practicadas, y la posibilidad de un alto coste de cancelación anticipada*» [vide, entre las últimas, STS 603/2018; STS 546/2018; STS 452/2018; STS 233/2018; o, por acabar, STS 202/2018]. Tampoco con un «*aviso genérico*» [vide STS 546/2018] o «*una simple advertencia en el condicionado general del contrato presentado a la firma*» [vide, entre las últimas, STS 37/2018; STS 353/2017; o, en fin, STS 322/2017].

Como repite nuestra jurisprudencia en expresión que ha hecho fortuna, «*los deberes de información que competen a la entidad financiera (...) no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que como se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial*» [vide, entre otras muchas, y por ceñirse a las últimas, STS 632/2018; STS 603/2018; STS 550/2018; STS 546/2018; STS 545/2018; o STS 504/2018].

Y, por supuesto, no hay cumplimiento si se desinforma como ocurre cuando se indica sin más explicación que el *swap* es una suerte de «*aseguramiento*» [vide, entre otras, STS 504/2018; STS 30/2018; o STS 31/2016], obviando aclarar que no era un seguro al poder comportar liquidaciones negativas. O se recurre a expresiones que no son verdaderas explicaciones, «*ni siquiera una sugerencia de los riesgos del producto ni de los elevados costes de su cancelación*» [p.e.: expresiones como «*usted paga siempre fijo y recibe variable*» como ocurrió en la STS 506/2018, de 19 de septiembre (ECLI: ES:TS:2018:3237)]

(b) *La entidad financiera debe facilitar activamente dicha información*

La repetida obligación informativa que soporta la entidad financiera se configura como una «*obligación activa y no de mera disponibilidad*» ya que «*sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional (...por lo que...) el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante (...con lo que...) la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios*» [vide, entre las últimas, STS 664/2018; STS 603/2018; STS 546/2018; STS 523/2018; STS 452/2018; STS 333/2018; STS 320/2018; o también, STS (pleno) 222/2018].

Lo que, en fin, también comporta que la carga de la prueba de que se proporcionó dicha información incumbe a la entidad quien deberá acreditar «*que el cliente conocía los riesgos que asumía al contratar, tanto como consecuencia de variaciones bruscas de los tipos de interés como por lo que se refiere al coste de cancelación*»

[*vide* así, STS 506/2018, y también en igual sentido, entre otras, STS 603/2018; STS 587/2018; o STS 354/2018].

(c) *Ha de facilitarse con carácter previo a la contratación*

La jurisprudencia también destaca que dicha información «*adecuada y completa*» deberá facilitarse al cliente «*con carácter previo a la contratación*» o, como también se dice, con carácter «*precontractual*» [*vide*, y por ceñirnos a las últimas, STS 587/2018; STS 580/2018; STS 524/2018; STS 523/2018; o STS 320/2018] ya que, si no fuera así, poca utilidad tendría a la hora de decidir con suficientes elementos de juicio acerca de la contratación del swap.

(d) *Y el examen del cumplimiento de esta obligación informativa no debe ser formal sino sustancial*

Y, en fin, nuestros tribunales también se han cuidado de expresan con toda claridad que el examen del cumplimiento de dicha obligación informativa no debe llevarse a cabo desde una perspectiva formal sino que, por el contrario, dicha tarea debe llevarse a cabo atendiendo a la sustancia de la información facilitada ya que «*lo determinante no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo*» [*vide*, entre las últimas, STS 632/2018; STS 603/2018; STS 582/2018; STS 550/2018; STS 545/2018; STS 504/2018; o STS 452/2018].

### 5.3.2. La obligación de las entidades de crédito de informarse sobre sus clientes

Por otro lado, el citado art. 79bis LMV (hoy en día sustituido por el art. 212 y ss. TRLMV 2015) también establecía que «*las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes*» (n. 5) atendiendo al servicio de inversión o instrumento financiero que pretenden contratar.

En el caso de que se presten servicios de inversión distintos del asesoramiento o de la gestión de carteras (esto es, y como más común: cuando nos encontremos ante la petición originada por el cliente de adquirir ciertos instrumentos financieros), la normativa exige como regla general que la entidad financieras debe solicitarle «*que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente*» (n. 7-I). Esta información, que permitirá a la entidad «*evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar*» [*vide* así, STS 264/2018] la obtiene mediante la presentación de un cuestionario de preguntas denominado *test de conveniencia* cuya finalidad última, como veremos a continuación, radica en permitir a la entidad conocer si es preciso advertir al cliente de que la operación que pretende no parece resultar ajustada a su interés.

Consecuentemente, cuando el cliente no facilite la información necesaria para efectuar ese juicio de adecuación, bastará con que la entidad le advierta de que dicha omisión «*le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él*» y, caso de que considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, cumplirá su obligación advirtiéndole de esta circunstancia (art. 79 bis.7 LMV). En ambos casos, dichas advertencias podrán realizarse «*en un formato normalizado*» (art. 79 bis.7 III LMV).

Ahora bien, si se presta alguno de aquellos servicios de inversión (esto es: asesoramiento en materia de inversiones o gestión de carteras) la entidad financiera estará obligada, además de practicar el *test de conveniencia* [vide así, STS (pleno) 840/2013], a obtener «*la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente (...) en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan*» (n. 6). Esta completa información la obtiene mediante la práctica de un cuestionario denominado *test de idoneidad* que, en resumen, persigue dotar a la entidad financiera de los elementos de juicio necesario para desarrollar adecuadamente su labor asesora o de gestión de carteras. Por ello, cuando el cliente no facilite la información necesaria para que la entidad pueda formarse dicho juicio, «*no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente*» (art. 79 bis.6 LMV).

De esta forma resulta claro que la normativa concibe esta faceta informativa acerca de las características del cliente como una herramienta indispensable para que la entidad financiera pueda prestar adecuadamente el asesoramiento requerido (o la gestión de la cartera del cliente) o, tratándose de otro servicio, para cumplir con la obligación que soporta de determinar y advertir al cliente de que lo que le está requiriendo (p.e.: la adquisición de ciertas acciones u otros instrumentos financieros) no resulta ajustado a su interés según, repetimos, el juicio de la entidad financiera que formula esa advertencia.

Así pues, y aunque nos avanzamos en la argumentación, el distinto ámbito de ambos tests hace que el incumplimiento de uno u otro debe tener resultados distintos. El incumplimiento del *test de conveniencia*, o su cumplimiento formal pero con un resultado defectuoso (p.e.: cuando la entidad califica como adecuado para un cliente profano un servicio de inversión o instrumento financiero de elevado riesgo, etc.), incide directamente en la información que necesariamente debe facilitar al cliente; en concreto: la opinión de un profesional cualificado sobre la adecuación del producto solicitado a sus intereses.

Por el contrario, el incumplimiento, o de nuevo: el cumplimiento defectuoso, del *test de idoneidad* cuando este fuera necesario, comportará que la entidad presta sus servicios profesionales vulnerando lo dispuesto en la normativa y, por supuesto, con manifiesta negligencia al no haberse dotado de los elementos de juicio necesarios para que «*recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan*» [vide así, STS (pleno) 840/2013].

### 5.3.3. La disociación entre el incumplimiento de las obligaciones informativas y el error vicio

Nuestra jurisprudencia viene repitiendo constantemente que el déficit informativo (y aquí incluimos ambas facetas: *informar* e *informarse*) puede incidir en el conocimiento que el cliente tenga acerca de los riesgos concretos que resultan de la celebración del contrato de *swap*. En concreto, en la posibilidad de que se produzcan liquidaciones negativas debidas a las variaciones en el tipo de interés y/o en el hecho de que la cancelación anticipada del contrato puede ascender, de resultas de dichas variaciones, a una cifra muy abultada [*vide* sobre este doble riesgo, STS (pleno) 840/2013 y STS (pleno) 491/2015; y también, por ceñirnos a una de las últimas, STS 632/2018].

Por el contrario, y como es evidente, si se ha informado correctamente al cliente (esto es, se le ofreció información «*comprensible, completa y adecuada*» antes de contratar) la simple incertidumbre acerca de la evolución del mercado no puede calificarse de riesgo del contrato ni, consecuentemente, provocar un vicio del consentimiento ya que, como es obvio, dicho riesgo es «*connatural al componente aleatorio del contrato de Swap, en el que las liquidaciones a favor o en contra del cliente van a depender de la evolución de los tipos de interés escogidos como referencia*» [*vide*, por todas, STS (pleno) 491/2015; o, entre otras muchas, la STS 743/2015].

También resulta evidente que el defecto informativo cometido por la entidad financiera no ha de incidir necesariamente en el conocimiento del cliente acerca de los riesgos asociados a la contratación del swap. Y esto es así ya que resulta fácil coincidir en que la información facilitada por la entidad no es la única fuente de información a la que puede acceder el cliente. Por lo que, y ahora más allá de otras perspectivas (p.e.: la responsabilidad administrativa en la que incurre la entidad al no ofrecer la información a la que está legalmente obligada; la responsabilidad contractual derivada de un asesoramiento defectuoso, etc.), lo cierto es que cuando el cliente tenga conocimiento previo de los riesgos que resultan de la celebración de ese contrato de *swap*, no resultará correcto aceptar que su representación mental sobre el mismo fue defectuosa. Nuestra jurisprudencia nos ofrece ejemplos de lo dicho al sostener, por ejemplo, que al haber contratado el cliente el *swap*, «*con conocimiento de lo que contrataba y de sus riesgos, lo que excluye no sólo la concurrencia del error vicio, sino también la responsabilidad por las pérdidas derivadas de dicha contratación*» [*vide* así, STS 264/2018]. O, y entre otras muchas más, al sostener que aun no habiéndose probado que la entidad facilitase la debida información al cliente, éste «*contrató con conocimiento de las características del producto y de sus riesgos*» por lo que, en definitiva, «*antes de contratar los swaps que ahora se impugnan, conocían el riesgo de pérdidas*» [*vide*, STS 523/2018; o STS 524/2018, citando las STS (pleno) 840/2013; STS 264/2018; STS 99/2017; o, por finalizar, STS 32/2017].

Al respecto, nuestro Tribunal Supremo sostiene que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto com-

plejo y de riesgo como es el *swap* no es la general sino que, por el contrario, es exigible «*la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos*» [vide, por ceñirse a las últimas, STS 664/2018, STS 603/2018; STS 602/2018; STS 582/2018; o, en fin, STS 580/2018] ya que, como también se repite, su «*comprensión cabal exige conocimientos expertos en el mercado de valores*» [vide, por todas, STS (pleno) 244/2013].

Y así, el simple hecho de haber contratado productos bancarios no complejos (préstamos, créditos, líneas de descuento, etc.) no convierte al cliente en un experto en el mercado de valores o en persona experimentada en ese tipo de productos financieros complejos [vide, STS 452/2018; y, entre otras muchas, STS 448/2018; STS 452/2018; o STS 10/2017]. Asimismo, y como es evidente, haber contratado simultánea o posteriormente otros swaps tampoco es acreditativo de la experiencia que permite presumir que se conocen los riesgos [vide así, STS 603/2018; STS 578/2018; o, en fin, STS 10/2017].

Tampoco el hecho de que el contratante sea una empresa [vide, entre muchas, STS 603/2018; STS 602/2018; STS 582/2018; STS 580/2018; STS 564/2018; o STS 386/2018] o un empresario [vide, STS (pleno) 244/2013; o STS 444/2018] es un factor determinante ya que, de nuevo, «*la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo, como es el swap, no es la del simple empresario, sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos*» [vide, por todas, STS 564/2018]. De la misma forma, y como se repite hasta la saciedad, la circunstancia de que el contratante sea una empresa no implica que sus administradores disponen del conocimiento financiero experto al que nos referimos [vide, entre otras, STS 676/2018; STS 602/2018; STS 580/2018; STS 506/2018; STS 11/2017; STS 2/2017; STS 692/2015; o, en fin, STS 676/2015]. Ni siquiera cuando nos encontremos ante un administrador de varias compañías [vide, por ejemplo, STS 564/2018].

Contar con un asesor en temas contables [vide así, entre otras, STS (pleno) 244/2013; STS 506/2018; STS 496/2016; STS 386/2015; o STS 673/2015], o con un director financiero, máxime si no se acredita que se trate de un experto en la contratación de productos complejos [vide así, por muchas, STS 603/2018; STS 587/2018; STS 292/2017; o, en fin, STS 11/2017], tampoco es motivo que permita concluir que llevó a cabo esa contratación con el repetido conocimiento de las características del producto y de sus riesgos.

Y, en fin, tampoco la circunstancia de poseer capacitación profesional en cualquier otro ámbito distinto al específico de los productos complejos (p.e.: Derecho, Medicina, o, incluso, Economía Ciencias Empresariales, etc.) permite «*presumir (...la...) capacidad de tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente los riesgos*» [vide, STS 603/2018; STS 399/2017; STS 397/2017; STS 354/2017; STS 292/2017; STS 276/2017; STS 244/2017; así como la tantas veces citada, STS 633/2015] ni, mucho menos por supuesto, cuando esos estudios no los poseía el contratante sino su cónyuge o hijo [vide, STS (pleno) 367/2017; y, por acabar, STS 386/2018].

Todas estas decisiones que acabamos de citar inciden en la idea de que si la base del error vicio es la representación mental inadecuada que el contratante inexperto se hace sobre una de las circunstancias esenciales del contrato (art. 1.266 CC) que, consiguientemente, incide en su voluntad como causa para contratar [*vide*, por todos, VELA TORRES (2017), pág. 418-419], el simple déficit informativo no ha de provocar *per se* y automáticamente el error vicio en el cliente ya que, como es obvio, podría ocurrir que este no precise de dicha información para formarse una representación correcta del contrato que se le propone por la entidad, con o sin asesoramiento por esta [*vide* así, STS (pleno) 840/2013].

Y es por ello que, a los efectos de dilucidar si se produjo un error vicio, solo cabe concluir que la práctica de los repetidos test resulta irrelevante cuando el cliente conocía *ex ante* los riesgos que asumía al contratar un *swap*.

#### 5.4. Las consideraciones (y omisiones) del Tribunal sobre el alcance de los deberes de información y el error vicio

Ha de aceptarse que el régimen jurídico aplicable para resolver el litigio se encontraba en la LMV, en su redacción dada por la Ley 47/2007 que, entre otras, incorporó a nuestro ordenamiento la MIFID. También es indiscutible que al caso resultaba aplicable el RD 217/2008, que entró en vigor el 16 de febrero de 2008. De la misma forma ha de compartirse la afirmación de que el *swap* era (y es) un instrumento financiero de los calificados como «*complejos*» por la normativa aplicable (arts. 79 bis.8 y 2.2 LMV). Y, en fin, tampoco ofrece duda que las sociedades que suscribieron dichos *swaps* con el Banco Santander tenían la condición de «minoristas» o clientes no especializados (art. 78 bis.1 LMV).

Ante este escenario, las demandantes alegaron en el motivo de su recurso que, siendo necesario, no se practicó el *test de idoneidad*. Extremo que fue expresamente reconocido en la sentencia al afirmar que solo se practicó el test de conveniencia «*simultáneamente a la firma de los contratos en tres de los cinco casos*» ya que las restantes dos demandantes «*lo hicieron unos pocos días antes*».

Tras reconocer que entre ambos cuestionarios existen diferencias (así es: uno [conveniencia] mide conocimientos y experiencia sobre productos concretos y, el otro [idoneidad], situación financiera y objetivos de inversión, para «*recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan*»), el Tribunal acepta que en el caso examinado debería haberse practicado el test de idoneidad y, para ello, después de citar algunas decisiones de la sala de dudosa aplicación al caso (p.e.: STS 677/2016, STS 589/2016, STS 244/2017, o STS 425/2017), acaba correctamente recurriendo a la doctrina de la STJUE de 30 de mayo de 2014 (ECLI:EU:C:2013:344) donde se aceptó que existía asesoramiento cuando *la entidad financiera recomienda la suscripción del instrumento financiero al cliente presentándolo «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». Razonamiento que, en el caso que examinamos, hubiera sido mucho más completo caso de haberlo engarzado con la identificación de la conducta atribuible a la entidad que, a modo de ejemplo, es precisamente lo que hizo la STS (pleno) 840/2013 al destacar que hubo un ofrecimiento realizado por el subdirector de la oficina «aprovechando la relación de confianza que tenía con el administrador del cliente inversor, como un producto financiero que podía paliar el riesgo de inflación en la adquisición de las materias primas» (n. 9 de esta última sentencia).*

Desde otra perspectiva, también se echa a faltar que la sentencia examinada no haya aprovechado la ocasión para repetir su doctrina sobre la nula trascendencia de las manifestaciones suscritas por el cliente que, realmente, resultan «vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos» en vez de, como hace, limitarse a calificarla de «absurda». En concreto, nos referimos al valor de la declaración realizada en las «cláusulas adicionales» del contrato por la que se ponía de relieve que «cada una de las partes manifiesta que no ha sido asesorada por la otra parte sobre la conveniencia de realizar esta Operación y que actúa sobre la base de sus propias estimaciones y cálculos de riesgo».

En efecto, la sentencia examinada solo conceptúa de absurda dicha declaración (añadiendo la frase lapidaria «como si las demandantes pudieran asesorar a un gran banco en materia de swaps») en vez de recordarnos la ineficacia de esas menciones predisuestas «que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predisuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos» [vide así, y entre otras muchas, STS 692/2015, STS 651/2015, STS 26/2016, STS 331/2016, STS 594/2016, STS 595/2016, STS 699/2016, o, por acabar, STS 223/2017]. O con otras palabras también cargadas de razón, de volver advertirnos que «la misma declaración incorporada al contrato en el sentido de que cada parte manifiesta que conoce los riesgos y no ha sido asesorada por la otra evidencia un incumplimiento de tales deberes» de información [vide así, STS 580/2018]. Una oportunidad perdida.

De la misma forma, también es llamativo que la sentencia examinada no extraiga ninguna conclusión sobre la omisión de la práctica del *test de idoneidad* que es, en definitiva, el sustento del único motivo del recurso. Nada se dice al respecto más allá de repetir su exigencia en casos donde se presta asesoramiento financiero al cliente.

Pero es más, la sentencia aquí examinada concluye la existencia de error vicio en la contratación del *swap* apoyándose en la STS (pleno) 840/2013 pese a que sea muy dudoso que pueda establecerse un paralelismo entre el caso aquí examinado donde, repetimos, se practicó el *test de conveniencia* informándose al cliente de que se desaconsejaba la operación propuesta, y el que se juzgó en la citada STS (pleno) 840/2013, donde la entidad no practicó ningún test (ni conveniencia ni idoneidad) pese a ser indudable el asesoramiento al cliente y, además, al hecho de que tan solo se cruzaron dos mail entre entidad y cliente con el agravante de la desinformación, ya que «se explic[ó] el producto como si se tratara de un seguro financiero frente a la inflación» [vide su n. 1].

Pocos puntos de conexión entonces. Pero menos aun cuando se observa que el núcleo de la doctrina de la STS (pleno) 840/2013 no debería ser aplicable al caso que aquí se examina. Y esto es así ya que, si «*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 (...esto es: el objeto del test de idoneidad...), como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo*» [vide, STS (pleno) 840/2013, repetida hasta la saciedad], resulta claro que lo único que se está considerando relevante, a efectos del juicio de error vicio que es lo que aquí interesa, es la práctica del *test de conveniencia* que, como se ha dicho, «*valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera*» [ídem] y que, en nuestro caso, fue precisamente el único *test* realizado por la entidad.

Y si esto es así, parece que la omisión del *test de idoneidad*, en su parte estrictamente relativa a la situación financiera y objetivos de inversión del cliente, no debe llevar aparejada la presunción en el cliente de «*la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento*» que, como se ha dicho, es el núcleo de la doctrina inicialmente impuesta por la STS (pleno) 840/2013. Y la razón es evidente, si el objetivo de este *test* no tiene por objeto informar al cliente (tampoco el de *conveniencia*, aunque, como antes hemos dicho, es cierto que caso que la entidad considere que la inversión no es conveniente para el cliente, sí que se activaría un derecho de información en favor de este último), su omisión en nada afectará al conocimiento que tiene el cliente sobre el *swap* y, en definitiva, a la apreciación de si concurrió error vicio en la contratación.

#### 5.5. *El elemento distorsionador: la advertencia formulada por la entidad financiera de que el swap no es un producto que le conviene y el voto particular en la sentencia*

La sentencia examinada considera que la advertencia formulada a las clientes en las «*cláusulas adicionales*» [«*el Cliente declara que ha sido informado por Banco Santander de que la realización de esta operación NO es conveniente ni adecuada para él, atendiendo a sus conocimientos y experiencia sobre el producto o instrumento financiero de la misma, lo cual el Cliente reconoce y asume, y declara, asimismo, que, a pesar de ello, decide formalizar la presente operación a su solicitud y por su propia iniciativa*»] no es motivo para separarse de la doctrina de la sala.

Por un lado, al considerar que dicho documento es «*estereotipado y predispuesto por el banco*» lo que, bien visto, tampoco merece un juicio negativo ya que ni su carácter repetitivo y sin variación con las cinco clientes (esto es, su naturaleza estándar que se permite por el art. 79 bis 7 III LMV), ni su (más que probable) predisposición por la entidad, desmerecen su valor como instrumento informativo. Circunstancia esta última que, en definitiva, es la que

dota de sentido al deber legal de que la entidad financiera efectúe en su caso dicha manifestación de inoportunidad. Por supuesto, otra cosa resultaría si el legislador hubiera optado por asociar como consecuencia normativa de dicho juicio negativo una consecuencia más severa como, por ejemplo, podría ser la prohibición de contratar o la adopción de medidas reforzadas de información (p.e.: la exigencia de un asesoramiento independiente para contratar, etc.). Pero este no es el caso.

*Por otro*, debido a que la sentencia recrimina a la entidad que en la advertencia manifieste que se «*daba por facilitada la información (...sobre el «riesgo que asume en la realización de esta operación, atendiendo al instrumento financiero sobre el que recae»...)*, pero sin especificar en qué había consistido esta». Como resulta sencillo compartir no parece aceptable que el cumplimiento de ese deber de advertencia se limite al juicio negativo sin expresar los motivos concretos que le llevan al mismo. De la misma forma que cuando la advertencia consista en la imposibilidad de evaluar la conveniencia de la operación por falta de datos sea lógico exigir que se identifiquen los datos que, requeridos, no se facilitaron por el cliente, en el caso de que el juicio sea negativo con más razón deberá identificarse la información que posee la entidad y sobre la que fundamenta su conclusión.

Por último queremos destacar que esa advertencia efectuada por la entidad financiera a las clientes es simplemente el parecer que la entidad manifiesta a la luz de los datos que le fueron facilitados y, coincidiendo con la sentencia, resulta evidente que no constituye un puerto seguro («*salvoconducto*») para la entidad de tal forma que, una vez realizada, exime de responsabilidad a la entidad «*para eludir el cumplimiento de (...sus...) estrictos deberes legales*».

En efecto, dicha advertencia no sana los defectos informativos producidos al no facilitar información adecuada y suficiente al cliente para que adopte una decisión fundada. Bajo esta perspectiva dicha advertencia de la entidad sólo es una pieza informativa más a la que tiene derecho el cliente (art. 79 bis.7 II LMV). Pero su efectiva realización en ningún caso sustituye la estricta observancia del resto de la información que debe facilitar la entidad («*deber de informar*») [*vide supra* m. 6.2.1]. Con otras palabras, y ante la ausencia de una prohibición normativa de contratar caso de alcanzarse un juicio negativo, es el cliente quien debe estar informado y es él a quien le corresponde adoptar la decisión. Acción ésta que, se convendrá, no puede adoptarse con el debido «*conocimiento de causa*» si se pretende sustituir la información «*completa y adecuada*» sobre el instrumento o la operación por una simple advertencia no motivada de la entidad financiera acerca de que la «*realización de esta operación NO es conveniente ni adecuada para él*».

La sentencia contiene un voto particular del magistrado D. A. Salas Carceller quien sostiene que la firma de la comunicación en la que la entidad les manifiesta que, a su juicio, la suscripción del *swap* no les convenía atendiendo a sus conocimientos y experiencia, no puede provocar el error vicio «*mucho menos un error excusable (...)* porque se contrata algo que, según se sostiene

ahora, no se sabía en realidad lo que era y respecto de lo que la otra parte está advirtiendo a las demandantes que no le resultaba conveniente». En definitiva, dicho magistrado considera, a la luz de la doctrina del Tribunal sobre el error vicio, que «no merece la protección jurídica pretendida quien contrata en las condiciones en que lo hicieron las demandantes, siendo conscientes de que el producto no era conveniente para ellas».

En primer lugar, cabe formular un reparo a esta última conclusión ya que la formulación de dicha advertencia por la entidad no provoca que los clientes sean «conscientes de que el producto no era conveniente para ellas». Serán conscientes, eso sí, de que en opinión de esa concreta entidad financiera dicho producto o servicio no es conveniente, pero nada más.

Por otra parte, y en segundo término, ya hemos dicho que la omisión del *test de idoneidad* por la entidad no debe abrir la puerta al error vicio ya que, en definitiva, su ausencia sólo debe incidir en el ámbito del asesoramiento incorrecto, es decir: en el ámbito de la responsabilidad del contrato de asesoramiento, y no necesariamente en la esfera del error del cliente. Realmente es la falta de práctica del *test de conveniencia* o su práctica incorrecta, seguida de la contratación del producto la que provoca un déficit informativo propio (la falta de información sobre el juicio de la entidad) que, siguiendo la doctrina de la STS (pleno) 840/2013, puede llegar a comportar la presunción de que el cliente sufrió un error vicio en dicha contratación.

Por el contrario, cuando la entidad practicó el *test de conveniencia* y comunicó al cliente su opinión negativa, debidamente razonada, no cabe apreciar ningún déficit informativo por lo que, en este ámbito, es del todo razonable aceptar que no cabe achacarle ningún incumplimiento de esa naturaleza. Al contrario, la entidad cumplió adecuadamente con su obligación de informarse al practicar dicho *test* y, tras evaluarlo y comunicar su parecer al cliente, también es llano que satisface debidamente la exigencia legal de trasladar su parecer al cliente.

También resulta evidente que una vez concluida por la entidad su parecer negativo, y trasladado este al cliente, la normativa no imponía (ni impone actualmente) una prohibición de contratar como si ocurre, sin embargo, cuando la entidad no obtenga la información suficiente del *test de idoneidad* para recomendarle el instrumento financiero que mejor le convenga al cliente.

## 5.6. Conclusión

Así las cosas la única conclusión que puede extraerse es que, aun trasladado dicho parecer negativo al cliente, si este aun desea suscribir el *swap* no existe ningún inconveniente en dicha contratación. Siempre, claro está, que la entidad hubiera cumplido en su integridad la exigencia de *informar debidamente* al cliente [vide *supra* 6.2.1]. Si esto es así, la valoración negativa trasladada por la entidad al cliente no incide en la valoración del error vicio. Al contrario, refuerza la idea de que esa entidad cumplió debidamente

su deber al ofrecer todos los datos necesarios para informarle debidamente y, además, al trasladarse «*copia al cliente del documento que recoja la evaluación realizada*» con su parecer negativo.

Cuestión del todo distinta es si la entidad, pese a haber realizado el repetido *test de conveniencia* y haberle facilitado su parecer negativo al cliente, no hubiera cumplido debidamente con su deber activo de *informarle previamente*. En este caso el defecto no derivará de la práctica de los *test* sino, como es evidente, del incumplimiento del deber de ofrecer en forma *comprensible, completa y adecuada* al cliente la información necesaria para que se forme esa imagen correcta del instrumento que pretende contratar o, en doctrina del Tribunal, una correcta «*representación mental de la realidad*» que, de conseguirse, impedirá apreciar la concurrencia de error vicio.

Pues bien, en el caso examinado, la sentencia sólo concluye que la comunicación de la valoración negativa de la operación efectuada por la entidad, tras el *test de conveniencia*, no es un *bálsamo de Fierabrás* que sana la falta de información al cliente. Esto es, y como recapitula sentencia en su último párrafo antes de casar la sentencia de la Audiencia, «*la práctica de un test de conveniencia y la firma de un documento predispuerto como las del presente caso no eximen al banco del exacto cumplimiento de sus deberes de información, la prueba de cuyo cumplimiento en los términos exigidos por la ley, y la jurisprudencia que le complementa incumbe al banco*».

Otra cosa es que para este viaje tal vez no necesitamos que la sentencia despliegue un razonamiento basado esencialmente en los *deberes de informarse* de la entidad (esto es, en la práctica de los *test*) en vez de, como seguramente hubiera sido más oportuno y sencillo, centrarse en esta última idea; es decir, y por seguir con sus palabras, en la «*importancia crucial de la información previa sobre los concretos riesgos de los swaps*» o, dicho de otra forma, en la obligación que soporta de informar al cliente.

## 6. Bibliografía

- Carrasco Perera, A. y Lyczkowska: “Doce tesis sobre las evaluaciones de conveniencia e idoneidad en el protocolo MIFID”, 10 *Revista CESCO de Derecho del Consumo* 2014, pág. 51 y ss.
- Colino Mediavilla, J. L.: “Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014. Anulación de contrato de permuta financiera de intereses (swap), con fundamento en la existencia de error vicio del consentimiento por falta de conocimiento de los concretos riesgos asociados al producto contratado. Obligación de la entidad prestadora de servicios de inversión de informar y evaluar al cliente minorista, e incidencia de su incumplimiento en la apreciación o presunción del error”, *Comentario a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)* 2013-2014 (dir.: M. Yzquierdo).