

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA  
DEL TRIBUNAL SUPREMO  
DE 20 DE ENERO DE 2014 (354/2014)<sup>1</sup>**

**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 aso-  
ciados 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 cargo de:  
José Luis Colino Mediavilla  
Profesor Titular de Derecho Mercantil

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO  
DE 20 DE ENERO DE 2014**

**ID CENDOJ:** 28079119912014100002

**PONENTE:** *EXCMO. SR. DON IGNACIO SANCHO GARGALLO*

**Asunto:** La Sentencia de 20 de enero de 2014 es la primera en la que la Sala Primera del Tribunal Supremo resuelve sobre la anulación de un swap de intereses por error vicio del consentimiento

<sup>1</sup> Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación “El mercado de crédito tras la crisis económica y financiera: el nuevo sistema español y europeo de regulación y supervisión bancaria (II)”, DER 2014-54519-P, Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia, Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento, convocatoria 2014. Investigador principal: José Carlos González Vázquez.

con aplicación de la normativa sobre normas de conducta exigibles a las entidades prestadoras de servicios de inversión tras la incorporación a nuestro ordenamiento de las Directivas MIFID. Dada la finalidad protectora del cliente (conocimiento) perseguida con la imposición por las normas de una específica obligación de información, su incumplimiento incide en la apreciación del error vicio, pero, por sí solo, no determina necesariamente su existencia. La no realización del test (evaluación del conocimiento) no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo.

**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. Las sentencias anteriores del Tribunal Supremo sobre el error vicio en la contratación de un swap de intereses y su relación con la sentencia 840/2013. 5.2. Supuestos de los test de conveniencia e idoneidad e inclusión del primero en el segundo. 5.3. Relación entre las obligaciones de información y evaluación. 5.4. Incidencia del incumplimiento de las obligaciones de informar y de evaluar (no realización del test) en la apreciación o presunción del error. 5.5. ¿Hay un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre ausencia del test y desconocimiento-error? **6. Bibliografía utilizada.**

## 1. Resumen de los hechos

La sentencia 840/2013 parte de los siguientes hechos relevantes acreditados en la instancia:

- Una entidad de crédito y una SL establecen, con fecha 13 de junio de 2008, un contrato de permuta financiera (swap) de inflación, especulativo, que no estaba afectado a operaciones previas o coetáneas entre las partes, con un importe del capital nominal de referencia (nocial) de 400.000 euros, con un tipo fijo del 3,85%, con cinco periodos de cálculo anuales y fecha de extinción de la relación el día 30 de abril de 2013.
- El contrato fue ofrecido por la entidad financiera, por medio del subdirector de una de sus oficinas, aprovechando la relación de confianza que tenía con el administrador de la SL.
- No consta que el administrador de la SL tuviera conocimientos financieros específicos, ni que se cumplieran los requisitos legales para considerar a la demandante inversor profesional.

— No existe prueba de que se hubiera realizado el test de conveniencia ni el de idoneidad.

— La única información precontractual de la que queda constancia son dos emails cruzados entre los representantes de las partes, en los que no se informa del riesgo de la operación, sino que se explica el producto como si se tratara de un seguro financiero frente a la inflación.

— En la primera liquidación (1 de mayo de 2009) resulta una deuda para la SL de 12.343,10 €.

La SL presentó demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Gerona, en la que se pide que se declare “*la existencia de error por parte de mi principal y/o dolo por parte de la demandada... en la firma del contrato...*” y “*la nulidad total, y en consecuencia falta de eficacia del contrato...*”.

## 2. Solución dada en primera instancia

El juez de primera instancia dictó sentencia, con fecha 26 de abril de 2011, cuyo fallo dice: “*Que estimando la demanda... debo declarar y declaro la nulidad del contrato de instrumento financiero derivado (swap inflación) de fecha 13 de junio de 2008 por existencia de error invalidante en la actora*”. Se imponen las costas a la demandada.

En su fundamento de Derecho número 3, como parte del resumen de antecedentes, la sentencia 840/2013 del Tribunal Supremo explica que el magistrado de primera instancia apreció la existencia de error en el consentimiento porque, en la fase precontractual, conforme a lo exigido por la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, debía haberse hecho, y no se hizo, el test de conveniencia, que incluye el estudio del perfil del cliente y la adecuación del riesgo asumido a dicho perfil, a la vista de la complejidad de la operación, de los cálculos y escenarios finales a los que se podía enfrentar el inversor. Y añade el Tribunal Supremo que la sentencia de primera instancia tiene en cuenta que el contrato fue ofrecido por la entidad de crédito, y que ésta incumplió los deberes legales de información sobre la complejidad del producto financiero ofrecido y contratado, así como de sus consecuencias. En este contexto, explica el Tribunal Supremo, el magistrado de primera instancia argumenta que el inversor incurrió en un error que afectaba a las condiciones mismas de la operación, en concreto a las consecuencias de los márgenes de inflación pactados en las liquidaciones, al riesgo concreto que asumía, y este error era excusable, al no tener la demandante la condición de inversor profesional y no haberse cumplido los deberes de información derivados de los preceptivos test.

### 3. Solución dada en apelación

La entidad de crédito recurrió en apelación la sentencia de primera instancia, correspondiendo la resolución del recurso a la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Gerona, que dictó sentencia de 12 de diciembre de 2011 en la que desestimó el recurso de apelación, confirmando íntegramente la sentencia de primera instancia, y condenando a la apelante al pago de las costas del recurso de apelación.

En su fundamento de Derecho número 3, como parte del resumen de antecedentes, la sentencia 840/2013 del Tribunal Supremo explica que la sentencia de apelación entiende que, teniendo la SL la condición de minorista, la entidad de crédito no realizó, debiendo hacerlo, el test de conveniencia para comprobar que el producto ofertado fuera el que más se ajustaba a las necesidades de su cliente, ni le informó antes de contratar de forma clara y comprensible acerca de los riesgos derivados del producto contratado, por lo que la sentencia de apelación concluye que el incumplimiento de estos deberes de información provocó en la SL un error en el consentimiento, que aparece viciado.

### 4. Los motivos de casación alegados

La entidad de crédito interpuso recurso de casación con fundamento en un único motivo: “*Infracción del art. 79 bis 6 y 7 de la Ley del Mercado de Valores y de los arts. 72 y 74 RD 217/2008, de 15 de febrero*”.

Nótese que las normas alegadas regulan específicamente los test-evaluación, mientras que la regulación de la obligación de información no se halla en ellas, sino en otros apartados del art. 79 bis de la LMV y en otros artículos del RD 217/2008.

En el fundamento de Derecho número 5 de la sentencia 840/2013 se detalla que tal motivo único de casación se concretó en dos cuestiones.

En primer lugar, se argumenta que la sentencia recurrida incurre en contradicción al referirse al test de conveniencia para fundamentar el error vicio y la anulación del contrato, puesto que entiende que se prestó un servicio de asesoramiento, lo que requería el test de idoneidad y no el de conveniencia. En consecuencia, hay que determinar cuándo hay asesoramiento en materia de inversión, para delimitar los supuestos de realización de los test de conveniencia e idoneidad, y, también, hay que decidir si es contradictorio y vulnerable de la normativa citada referirse, a los efectos de su incidencia sobre la apreciación del error, a la falta de evaluación de la conveniencia cuando, por haber asesoramiento en materia de inversión, el test que corresponde es el de idoneidad.

En segundo lugar, partiendo de que las normas no exigían, en aquel momento, formalidades específicas para la realización y constancia del test, se sostenía que la ausencia del test no podía sancionarse con la anulación del contrato, lo que requería determinar la incidencia de la no realización del test en la apreciación de la existencia de error vicio.

La sentencia 840/2013 también se refiere, en su fundamento de Derecho número 5, a que se pidió fijación de doctrina sobre *“la eficacia liberatoria para el banco de la comunicación realizada al cliente del resultado o conclusión desfavorable sobre la adecuación o conveniencia del instrumento financiero al perfil del cliente”*. No consta entre los hechos relevantes acreditados en la instancia que hubiera tal comunicación y la sentencia del Tribunal Supremo no entra en esta cuestión.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación e impone sus costas a la recurrente.

## 5. Doctrina del Tribunal Supremo

### 5.1. *Las sentencias anteriores del Tribunal Supremo sobre el error vicio en la contratación de un swap de intereses y su relación con la sentencia 840/2013*

La sentencia 840/2013 no es la primera en la que el Tribunal Supremo resuelve sobre el error vicio del consentimiento en la contratación de un swap de intereses. Tal cuestión ya fue abordada por las sentencias 683/2012, de veintiuno de noviembre, y 626/2013, de veintinueve de octubre. En el momento de la firma de los contratos sobre cuya anulación se trata en tales sentencias, todavía no habían sido incorporadas a nuestro ordenamiento la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, relativa a los mercados de instrumentos financieros (MIFID) y la Directiva 2006/73/CE, de 10 de agosto, que aplica la Directiva 2004/39/CE, relativa a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva (sobre la evolución posterior del Derecho Comunitario, *vid.* Valpuesta Gastaminza, E., 2016, pgs. 272 y 273). Por lo tanto, regía la redacción de la LMV anterior a la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, así como el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios.

Sin embargo, ninguna de esas dos sentencias del Tribunal Supremo tuvo en cuenta tales normas especiales para resolver sobre la existencia de error vicio, situando su fundamentación en el ámbito de la apreciación, a la vista de los hechos probados, de la existencia en el caso concreto de los requisitos generales del error vicio, a efectos de determinar si procedía o no su subsunción

en el art. 1.266 del Código Civil, conforme a la doctrina jurisprudencial que le complementa. Con tal planteamiento, el Tribunal Supremo afirmó que, aunque la falta de información, o la información defectuosa, puede causar error en la formación de la voluntad de quien la necesitaba, no es correcto equiparar sin matices, a una y otro, al menos en términos absolutos, pues puede haber error pese a la información (por más que lo normal es que no sea así o que la equivocación resulte inexcusable), y a la inversa. En ambos casos, los hechos probados (experiencia inversora previa, ejecución de la relación anterior a la alegación de error...) condujeron al Tribunal Supremo a apreciar que no había error vicio del consentimiento. Interesa destacar que el Tribunal Supremo argumentó que cuando el cliente conoce el carácter especulativo de la operación y la entidad prestadora del servicio de inversión le informa de los riesgos en lo esencial, al ser el cliente consciente de la aleatoriedad de la relación que establece, asumiendo respecto a la proyección futura de la relación un riesgo de pérdida correlativo a la esperanza de obtener una ganancia, queda excluida una representación mental equivocada razonablemente segura y, además, es difícil admitir que fuera excusable, por lo que no puede existir error vicio. Por el contrario, en las Audiencias Provinciales, con excepciones, la tendencia dominante era estimar la existencia de error por insuficiente información (*vid.* Álvarez Lata, N., 2014, pg. 2).

La sentencia 840/2013 del Tribunal Supremo, de 20 de enero de 2014, es la primera que aborda la materia tras la incorporación de las referidas Directivas comunitarias, tanto mediante la reforma de la LMV por la Ley 47/2007, como mediante el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, que establece el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión. En lo que nos concierne, tal normativa supuso, en esencia, una mayor especificación del contenido detallado de la obligación de información que se impone a las entidades prestadoras de servicios de inversión y, además, el establecimiento de la obligación de evaluación (test). Lo relevante, en este momento, es subrayar que, a diferencia de las anteriores sentencias del Tribunal Supremo sobre el error vicio del consentimiento en la contratación de un swap de intereses, la sentencia 840/2013 afronta y resuelve la cuestión aplicando la referida normativa especial, bien que en el marco de los requisitos generales del error vicio conforme al art. 1.266 CC y la jurisprudencia que le complementa. Y lo hace no sólo en relación con el incumplimiento de la obligación de información, sino también pronunciándose sobre la incidencia de la no realización del test en la apreciación del error vicio del consentimiento.

También conviene poner de manifiesto que la normativa aplicable en el momento en que se perfeccionó el contrato de que se trata en la sentencia 840/2013 del Tribunal Supremo, ya había sido reformada antes de la emisión de dicha sentencia (así, el art. 79 bis LMV). La última intervención normativa ha tenido lugar mediante el Real Decreto Legislativo 4/2015, de

23 de octubre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores.

5.2. *Supuestos de los test de conveniencia e idoneidad e inclusión del primero en el segundo*

En relación con la diferencia entre los supuestos de los test de conveniencia e idoneidad, el Tribunal Supremo resuelve que, mientras el primero ha de realizarse cuando se presten servicios que no conllevan asesoramiento (la entidad opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada), el test de idoneidad debe realizarse en el supuesto de prestación de un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada, que ha de entenderse existente cuando la recomendación no tenga carácter general para el público, sino que se realice específicamente para el cliente tomando como base una consideración de sus circunstancias personales.

Respecto a si, a los efectos de apreciar la existencia de error vicio, es contradictorio, y vulnerador de la normativa aplicable, referirse a la falta de evaluación de la conveniencia cuando, por haber asesoramiento, el test que corresponde es el de idoneidad, el Tribunal Supremo resuelve en sentido negativo, afirmando que el test de idoneidad incluye al de conveniencia (evaluación del conocimiento-comprensión del cliente sobre el producto y sus concretos riesgos), al que añade la evaluación de la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, y que, cuando se trata de apreciar la existencia de error vicio, lo relevante es el primer aspecto (evaluación del conocimiento-comprensión) y no el segundo.

Para fundamentar su posición (fundamentos de Derecho 6-9), el Tribunal Supremo comienza por recordar que, en la comercialización de productos financieros complejos, tanto la posición más débil que, en términos informativos y de conocimiento, tiene el cliente minorista en comparación con las entidades prestadoras de servicios de inversión, como el conflicto de intereses en que se hallan tales entidades, por la concurrencia de las funciones de asesoramiento y comercialización, han dado pie a la cobertura de la necesidad de protección de tales clientes mediante la exigencia normativa de obligaciones cualificadas de información y evaluación-asesoramiento. En concreto, el Tribunal Supremo indica la normativa específica que atiende tal necesidad de protección, tanto en el ámbito del Derecho de la Unión Europea y de los principios generales del Derecho de Contratos, como en el ámbito específico de la normativa nacional aplicable al caso, que, teniendo en cuenta que el contrato tiene fecha de 13 de junio de 2008, son los correspondientes preceptos de la LMV, en la redacción dada por la Ley 47/2007, que incorporó a nuestro ordenamiento el contenido de las Directivas comunitarias sobre la materia, y el Real Decreto 218/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las

empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, que desarrolló la regulación legal y también estaba en vigor al estipularse el contrato.

A partir de tal ubicación de la materia y normativa aplicable, el alto tribunal hace referencia a los arts. 79 bis de la LMV y 64 del RD 217/2008, que establecen y regulan obligaciones de información para las entidades prestadoras de servicios de inversión, y analiza los arts. 79 bis.6 y 7 de la LMV, y 72-74 del RD 217/2008, tanto en relación con lo que establecen respecto a los supuestos de aplicación de los test de conveniencia e idoneidad, como en lo que concierne al contenido de ambos test, subrayando que mientras el primero consiste en una evaluación de la comprensión y conocimiento del producto, el segundo abarca tanto tal evaluación como otra, relativa a la idoneidad del producto para el cliente a la vista de su situación financiera y objetivos de inversión.

Por último, el Tribunal Supremo aborda la cuestión de cuándo un servicio constituye un supuesto de asesoramiento en materia de inversión, acogiéndose a lo dicho por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L. (C-604/2011) con fundamento en el art. 52 de la Directiva 2006/73/CE, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 de la Directiva 2004/39/CE, y que el Tribunal Supremo entiende aplicable al caso a la vista de lo acreditado en la instancia, pues *“el contrato de swap fue ofrecido por la entidad financiera, por medio del subdirector de la oficina de Palamós, 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”* (se ha señalado, y es cierto, que el hecho de que la entidad iniciase las comunicaciones no es la clave para la calificación del asesoramiento, *vid.* Álvarez Lata, N., 2014, pg. 6; no obstante, no parece que el Tribunal Supremo diga lo contrario, sino que pretende subrayar que hubo recomendación personalizada, en el sentido de que se consideraron las circunstancias personales del cliente).

Es correcto lo afirmado por el Tribunal Supremo, en cuanto a los supuestos de los test de conveniencia e idoneidad, determinando cuándo hay asesoramiento, y en cuanto a que el test de idoneidad incluye al de conveniencia. Ahora bien, no es menos cierto que, en rigor, lo que hace el Tribunal Supremo en las materias que comentamos en este apartado es, dicho llanamente, leer lo que establecen las normas con claridad y aplicarlo al caso. Ni siquiera la referencia a la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L. (C-604/2011) era estrictamente necesaria, pues lo que tal sentencia dijo, en el año 2013, con fundamento en el art. 52 de la Directiva 2006/73/CE, está establecido expresamente en nuestro ordenamiento nacional, por efecto de la incorporación del Derecho Comunitario, en el art. 5.1 g) del RD 217/2008 (en relación con el art. 63.1 g) LMV; art. 140 g) TRLMV), que omite el Tribunal Supremo.



Y es lógico que las palabras del Tribunal Supremo en esta materia se sitúen en el plano señalado, porque la parte del motivo de casación que se refiere a los supuestos de hecho de los test de conveniencia e idoneidad, y que plantea la posibilidad de que en la sentencia de apelación haya contradicción y vulneración de normas por la referencia al test de conveniencia cuando el aplicable es el de idoneidad, no es problemática a la vista de las normas. Más bien, en el marco del ejercicio legítimo del derecho de defensa, el planteamiento de tal cuestión parece obedecer a que, hasta esta sentencia, no había pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre tales materias en relación con las normas que incorporaron a nuestro ordenamiento las Directivas comunitarias y, también, a que la terminología utilizada en las normas, europeas y nacionales, abona el terreno para tratar de agarrarse a una aparente confusión entre test de conveniencia y test de idoneidad que, en realidad, no existe.

En este sentido, nótese que el art. 19.4 de la Directiva 2004/39/CE utiliza, refiriéndose al supuesto en que hay asesoramiento, el término “*convengan*”, mientras que el apartado 5, refiriéndose a los supuestos en que no lo hay, utiliza el término “*adecuado*”, pero luego la Directiva 2006/73/CE en su art. 35, que desarrolla el art. 19.4 de la Directiva 2004/39/CE, habla de “*evaluación de la idoneidad*”, mientras que el art. 36, que desarrolla el art. 19.5, habla de “*evaluación de la conveniencia*”. Lo mismo ocurre en Derecho interno, pues el art. 79 bis LMV dice en su apartado 6, para el supuesto de asesoramiento, “*convengan*”, y en su apartado 7 “*adecuado*”, mientras que el RD 217/2008 habla de “*evaluación de la idoneidad*” en su art. 72, refiriéndose al supuesto del art. 79 bis.6 LMV, y de “*evaluación de conveniencia*” en su art. 73, que desarrolla el supuesto del art. 79 bis.7 LMV (se mantiene esta cuestión terminológica, y se ve con claridad, en los arts. 213 y 214 TRLMV). Esto explica que en la propia sentencia 840/2013 que comentamos, el Tribunal Supremo, refiriéndose al test de idoneidad y no al de conveniencia, utilice las palabras “*convengan*” (fundamento de Derecho 8), “*convenía*” (fundamentos de Derecho 9 y 13) y “*conveniencia*” (fundamento de Derecho 13). Pero, como decimos, no hay dudas interpretativas, ni sobre los supuestos de aplicación de los test de conveniencia e idoneidad, ni sobre el contenido de cada uno de ellos y, en consecuencia, la inclusión del propio del test de conveniencia en el test de idoneidad.

En cambio, el esfuerzo expositivo a que se ve forzado el Tribunal Supremo para resolver estas cuestiones, realmente no problemáticas a la vista del tenor literal de las normas, es valioso porque pone de manifiesto la recta interpretación de la relación existente entre las obligaciones de información y evaluación que se imponen a las entidades prestadoras de servicios de inversión, cuya comprensión es necesaria para la resolución de la parte realmente relevante del recurso de casación: determinar la incidencia de la no realización del test en la apreciación de la existencia de error vicio. Veamos tal aportación del Tribunal Supremo en el siguiente apartado, porque la sentencia 840/2013 no la subraya dotándola de autonomía sistemática en un apartado, sino que la

expresa de la mano del hilo expositivo que antes hemos referido (intereses en juego, normas aplicables, obligación de información, y supuestos y contenido de los test de conveniencia e idoneidad).

### 5.3. *Relación entre las obligaciones de información y evaluación*

En el bloque de fundamentación que titula “alcance de los deberes de información y asesoramiento” (fundamentos de Derecho 6-9), la sentencia 840/2013 del Tribunal Supremo, contiene, derivada del análisis de las cuestiones expuestas, una expresión acertada, bien que sintética y partida en dos lugares, de la relación entre las obligaciones de información y evaluación que se imponen a las entidades prestadoras de servicios de inversión.

Por un lado, después de haberse referido a las normas que regulan la obligación de información, la sentencia 840/2013 del Tribunal Supremo comienza su fundamento de Derecho 8, titulado “evaluación de la conveniencia y de la idoneidad” con el siguiente párrafo: “Además, las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad”.

Por otro lado, en el fundamento de Derecho 9, después de haber expuesto cuándo un servicio constituye asesoramiento en materia de inversión, concluye tal fundamento, y también el bloque argumentativo indicado, con el siguiente párrafo: “Caixa del Penedés debía haber realizado un juicio de idoneidad del producto, que incluía el contenido del juicio de conveniencia, y ha quedado probado en la instancia que no lo llegó a realizar. Para ello, debía haber suministrado al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto, que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía, y haberse cerciorado de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más le convenía”.

En efecto, aunque las obligaciones de información y de evaluación que se imponen a las entidades prestadoras de servicios de inversión aparecen en las normas con cierta separación formal (menor en la LMV, y más acentuada en el RD 217/2008 y en el TRLMV), no hay duda de su conexión funcional ni, tampoco, de la mecánica operativa con que se relacionan (*vid.* art. 79 bis LMV; arts. 60, 62, 64 y 72-74 RD 217/2008; arts. 209-214 TRLMV). Es ilustrativo ver la sistemática con que se expone la materia en Tapia Hermida, A. J., 2015, pgs. 577 y 578. También es revelador leer el trabajo de Pulido Begines, J. L., 2013, pgs. 7-45).

Lo primero es que la entidad prestadora de servicios de inversión se informe sobre los aspectos personales (conocimientos y experiencias en el ámbito del producto de que se trate) y, en su caso (para el test de idoneidad), patrimoniales (situación financiera y objetivos de inversión) del cliente. En

segundo lugar, a la vista de la información recabada, la entidad debe suministrar al cliente una información sobre el producto (en particular sus riesgos concretos), que ha de ser adecuada, tanto atendiendo al tipo medio de la clase de cliente (minorista, en el caso) como a las particularidades o perfil subjetivo específico de un concreto cliente, para que lo comprenda y pueda decidir con conocimiento de causa. En tercer lugar, la entidad debe formular un juicio de valor (evaluación) sobre si, a la vista de la información recabada y, también, de la proporcionada (o a proporcionar), el cliente comprende el producto (sus riesgos) y, conociéndolo, puede decidir (conveniencia) y, en su caso, sobre si el producto es el más aconsejable para su estructura financiera y objetivos de inversión (idoneidad).

No obstante, debemos realizar una observación. Aunque parece que está implícita en la fundamentación de la sentencia 840/2013 del Tribunal Supremo, puesto que se desprende de la lectura de las normas, no habría estado de más subrayar la función de advertencia al cliente minorista, que es propia de la obligación de evaluar su capacidad para comprender el producto, y sus concretos riesgos, y tomar decisiones con conocimiento de causa. Es decir, si la evaluación es negativa (o no se puede realizar por no proporcionar el cliente la información necesaria), la entidad debe advertir de ello al cliente, conforme exige el art. 79 bis.7 LMV (que fue modificado después de la firma del contrato de que se trata en la sentencia que comentamos, en 2012, para añadir la obligación de la entidad de entregar al cliente una copia del documento que recoja la evaluación realizada, y para exigir que, respecto a los productos complejos, el documento contractual incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita por la que el inversor manifieste que ha sido advertido de que el producto no le resulta conveniente o de que no ha sido posible evaluarle. *Vid.* los apartados 2 y 5 del art. 214 del TRLMV y la Circular 3/2013, de 12 de junio, de la CNMV, sobre el desarrollo de determinadas obligaciones de información a los clientes a los que se les prestan servicios de inversión, en relación con la evaluación de la conveniencia e idoneidad de los instrumentos financieros).

#### *5.4. Incidencia del incumplimiento de las obligaciones de informar y de evaluar (no realización del test) en la apreciación o presunción del error*

Respecto a la segunda cuestión que se plantea en el motivo de casación, el Tribunal Supremo sienta la siguiente doctrina: Dada la finalidad protectora del cliente (conocimiento) perseguida con la imposición por las normas de una específica obligación de información, su incumplimiento incide en la apreciación del error vicio, pero, por sí solo, no determina necesariamente su existencia. La no realización del test (evaluación del conocimiento) no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo.

El Tribunal Supremo dedica a fundamentar esta doctrina un bloque argumentativo que titula “*error vicio del consentimiento*” (fundamentos de Derecho 10-13). Llama la atención que, al plantear la cuestión a resolver, el Tribunal Supremo, además de ubicarla en el ámbito de las consecuencias del incumplimiento de los deberes de información sobre la válida formación del contrato, dice que en casación se cuestiona cuál es la incidencia del incumplimiento de las obligaciones de información y de valoración (evaluación) en la apreciación del error vicio. Sin embargo, como hemos expuesto en el apartado 4, el motivo único de casación se funda en las normas que regulan específicamente los test-evaluación (art. 79 bis 6 y 7 LMV y arts. 72 y 74 RD 217/2008), mientras que la regulación de la obligación de información no se halla en ellas, sino en otros apartados del art. 79 bis de la LMV y en otros artículos del RD 217/2008.

Partiendo de tal planteamiento, la sentencia 840/2013 del Tribunal Supremo, recuerda las normas del Código Civil que regulan el error vicio del consentimiento, y que la Sala primera del Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina jurisprudencial sobre tales normas que ya ha sido aplicada en dos ocasiones anteriores para pronunciarse sobre el error vicio en la contratación de un swap de intereses (sentencias 683/2012, de 21 de noviembre, y 626/2013, de 29 de octubre). No es necesario detenerse en el recordatorio que realiza la sentencia 840/2013 del análisis de los caracteres relevante/esencial y excusable que han de concurrir en el error vicio, pero sí conviene notar que al tratar la necesidad de que la representación mental equivocada se muestre razonablemente cierta, señalando que será difícil admitirla cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, con la consiguiente asunción del riesgo de pérdida correlativo a la esperanza de ganancia, la sentencia 840/2013 introduce una significativa precisión respecto a las anteriores sentencias del Tribunal Supremo diciendo: “*Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error*” (ya señaló la precisión, Álvarez Lata, N., 2014, pg. 6).

Recordada la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre el error vicio del consentimiento, la sentencia 840/2013 trata separadamente, en los fundamentos de Derecho 12 y 13 respectivamente, cómo incide en el error vicio, por un lado, el incumplimiento de la obligación de información y, por otro, el incumplimiento de la obligación de evaluación (no realización del test).

Respecto a la incidencia del incumplimiento de la especial obligación de información, exigida por la normativa sectorial, en la apreciación de la existencia de error vicio del consentimiento, la sentencia 840/2013 (ciertamente con una redacción mejorable, que incluso permite calificar de contradicto-

rio el término “*imprescindible*”, *vid.* Valpuesta Gastaminza, E., 2016, pg. 286) recuerda el Derecho aplicable, consistente esencialmente en que las entidades prestadoras de servicios de inversión están sometidas a la específica obligación de informar a sus clientes, entre otras cosas, sobre los instrumentos financieros, y han de hacerlo adecuadamente, en el sentido de que la información permita a sus clientes (tanto atendiendo al tipo medio de cada clase de cliente como a las particularidades o perfil subjetivo específico de un concreto cliente) comprender el instrumento financiero de que se trate, y en particular los riesgos asociados al mismo, para que, con tal conocimiento, pueda tomar decisiones con conocimiento de causa (apartados 1, 2 y 3 del art. 79 bis LMV y art. 64 RD 217/2008). Señala a continuación el Tribunal Supremo que el desconocimiento de los riesgos concretos que comporta el instrumento financiero que se contrata, pone en evidencia una representación mental equivocada esencial, porque afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación. El incumplimiento por la entidad prestadora de servicios de inversión de su especial obligación de información no conlleva necesariamente, por sí mismo, la apreciación de error, porque podría darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera esa información. Pero la imposición por las normas de una especial obligación de informar, con la finalidad de asegurar que el cliente conozca el producto y sus riesgos, y con fundamento en la asimetría informativa existente entre uno y otro sujeto, hace que el incumplimiento de tal obligación de información pueda incidir en la apreciación del error. Además, la imposición por las normas de la obligación de informar especial incide sobre la concurrencia del requisito del carácter excusable del error, porque si la entidad está legalmente obligada a dar la información de forma comprensible y adecuada, y no la da o no la da con tales requisitos, no le es exigible al cliente una actuación tendente a evitar el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto.

Respecto a la incidencia del incumplimiento de la obligación de evaluación (no realización del test) en la apreciación de la existencia de error vicio del consentimiento, la sentencia 840/2013 comienza por recordar que junto a la imposición de la obligación de información, justificada por la necesidad de que el cliente conozca el producto y sus concretos riesgos, “*la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses en que incurre en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, la prestación de asesoramiento financiero para su contratación*”. Estos deberes se concretan, por un lado, en la obligación de evaluar si el cliente es capaz de comprender los riesgos del producto (test de conveniencia). Por otro, para el caso en que haya asesoramiento financiero, además de la evaluación de la capacidad de comprensión, la entidad deberá valorar, a la vista de la situación financiera y objetivos de inversión del cliente, que el producto es el que más le interesa, para recomendárselo (test de idoneidad). En el caso procedía el test de idoneidad, que no se hizo. Continúa el Tribunal Supremo señalando

que a los efectos de juzgar sobre el error vicio, tal incumplimiento es relevante no tanto por el aspecto relativo a la idoneidad del producto para la situación financiera y objetivos de inversión del cliente, como por si al contratar tenía un conocimiento suficiente del producto y de los riesgos concretos que comportaba. Llegados a este punto argumentativo, el Tribunal Supremo dice: “*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 vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo*”.

Esta doctrina y fundamentación del Tribunal Supremo han sido objeto de abundantes críticas (*vid. Valpuesta Gastaminza, E., 2016, passim, especialmente pgs. 284-288, con abundante información y análisis sobre los trabajos anteriores y sobre la repercusión de la sentencia 840/2013 en otras posteriores del Tribunal Supremo*). Sin embargo, relejendo la sentencia 840/2013, no parece seguro que su doctrina y fundamentación sean rechazables, sin perjuicio de las indicaciones críticas que correspondan, sobre todo la consistente en apuntar que el Tribunal Supremo no explica adecuadamente su postura, dificultando su comprensión.

Parece que los fundamentos de Derecho 12 y 13 de la sentencia 840/2013 del Tribunal Supremo, expresan una gradación en la gravedad del incumplimiento de las especiales obligaciones impuestas a las entidades prestadoras de servicios de inversión. Si se incumple la obligación de información (no se da, o no se da adecuadamente), por ese solo hecho no hay necesariamente error, sino que la inexistencia o existencia de éste (conocimiento o desconocimiento) debe apreciarse a la vista de todos los hechos probados, entre los cuales el dicho incumplimiento, que puede incidir en tal apreciación, siendo excusable el error cuando la entidad no dio la información que tenía que dar, porque en tal caso no es exigible al cliente buscarla por otra vía. Si se incumple la obligación de evaluación, no realizándose el test en el que la entidad se pronuncia sobre si el cliente comprende/conoce el producto, también es posible que el cliente lo comprenda/conozca, pero se presume que hay falta de conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos, lo que lleva al Tribunal Supremo a presumir que hay error vicio.

Nótese que tal planteamiento significa que en el primer supuesto se da por sentado que hay test, es decir, que se ha cumplido la obligación de evaluación, pero no se ha dado información, o no se ha dado adecuadamente. En tal caso, parece correcta la posición del Tribunal Supremo en el sentido de que el solo incumplimiento de la especial obligación de información no permite afirmar, automáticamente, la existencia del error vicio, debiéndose estar a la apreciación de todos los hechos probados (experiencia inversora y profesión del cliente, reacción de éste ante la ejecución del contrato contradictoria con



la que creía regla contractual, también si inicialmente le favoreció...) para determinar si son o no subsumibles en el supuesto de hecho de la norma (art. 1.266 CC) y en la doctrina jurisprudencial que le complementa. No obstante, en este punto, quizá, el Tribunal Supremo debería haber expresado con mayor contundencia la importancia del incumplimiento de la obligación especial de información en la apreciación del error vicio, por ejemplo sustituyendo la expresión de que el incumplimiento “*puede incidir en la apreciación del error*” (primer párrafo del fundamento de Derecho 12), por otra expresión que dijese que incide necesariamente y que lo hace cualificadamente.

Respecto al segundo supuesto, en el que la entidad incumple la obligación de evaluación, no realizando el test, la sentencia 840/2013, partiendo del hecho probado de la inexistencia del test, tiene como hecho cierto (presunto) que hay desconocimiento (sobre las presunciones, *vid.* De La Oliva Santos, A., 2001, pgs. 643-649). Tal presunción facilita la subsunción del caso concreto en el supuesto de hecho de la norma (art. 1.266 CC) y en la doctrina jurisprudencial que le complementa. En este sentido, nótese que el Tribunal Supremo, con demasiada brevedad, concluye que la ausencia de test no determina por sí la existencia de error vicio, pero sí permite presumirlo, identificando desconocimiento con error vicio, sin hacer referencia al carácter excusable de tal desconocimiento. Parece que tal falta de referencia al carácter excusable del desconocimiento se explica porque, como dice la sentencia 840/2013 en el fundamento de Derecho 12, si no hay información adecuada (es hecho probado en el caso que no la hay, pero nunca puede haberla sin test, porque requiere tener a la vista el perfil subjetivo del sujeto concreto), habiendo desconocimiento, es excusable, pues la imposición legal de las obligaciones de información adecuada y evaluación a la entidad prestadora de servicios de inversión, no permite exigir al cliente una actuación propia tendente a buscar la información necesaria para evitar el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto.

Menos claridad todavía hay en la sentencia 840/2013 en lo que se refiere al enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (art. 386.1 LEC) en que se apoya el Tribunal Supremo para la presunción que establece. El fundamento de Derecho 13 de la sentencia 840/2013 no ofrece, o al menos no lo hace de manera suficientemente explícita, “*el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción*” (art. 386.1, en relación con el art. 218.2, LEC). La pista de tal razonamiento se halla en el párrafo inicial del fundamento de Derecho 13, en el que la sentencia 840/2013 comienza por recordar que junto a la imposición de la obligación de información, justificada por la necesidad de que el cliente conozca el producto y sus concretos riesgos, “*la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses en que incurre en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, la prestación de asesoramiento financiero para su contratación*”. Pero tal pista, en nuestra opinión, no es suficiente para explicar adecuadamente el ra-

zonamiento que fundamenta la presunción, lo que dificulta la aceptación de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, que nos parece razonable.

5.5. *¿Hay un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre ausencia del test y desconocimiento-error?*

¿Por qué de la inexistencia de test se ha de deducir razonablemente, conforme a las reglas del criterio humano (buen sentido de un hombre maduro, máximas de la experiencia), que el cliente desconocía/no comprendía, excusablemente, el producto y los concretos riesgos que comporta? Porque existe un alto grado de probabilidad de que así sea, una probabilidad cualificada.

¿Y por qué existe ese alto grado de probabilidad cualificada? Porque, dada la cualificación profesional de la entidad prestadora de servicios de inversión, el papel que se le asigna en el mercado, la posición del cliente minorista en relación con ella, y la imposición específica por ley, para proteger al cliente minorista, de obligaciones especiales de información, evaluación y advertencia, que persiguen el fin de asegurar que el cliente minorista comprenda el producto y los riesgos concretos que comporta para que decida con conocimiento de causa, la gran mayoría de los supuestos en que no haya evaluación (test) responderán a la decisión de la entidad de evitar una advertencia al cliente, sobre su no comprensión del producto y el detalle de los riesgos que comporta, que, con toda probabilidad, podría dar al traste con la operación. Es decir, el buen sentido, en el marco de los intereses, fines y normas sintetizados al inicio de este párrafo, indica que si la entidad (profesional cualificado) no evalúa, no hace test, es, con un altísimo grado de probabilidad, para no advertir, lo que supone concretar (a su favor e ilícitamente) el conflicto de intereses que apunta el Tribunal Supremo y que, precisamente, tratan de evitar las normas con la imposición de especiales obligaciones de información, evaluación y advertencia. Dicho llanamente: la entidad ha resuelto el conflicto de intereses entre la prestación del servicio de inversión y la comercialización, optando por no advertir al cliente de su falta de comprensión, para favorecer el aspecto comercial, en perjuicio del cliente y vulnerando sus obligaciones legales.

Naturalmente, tal alto grado de probabilidad no significa que no pueda haber supuestos en los que la inexistencia del test (evaluación) no responda a la decisión de evitar una advertencia al cliente poco conveniente a efectos comerciales, sino a otra razón. Por ejemplo a una falta de diligencia o desidia de un empleado de la entidad. Para tales supuestos existe, aunque la sentencia 840/2013 no lo dice, la posibilidad de prueba en contra de la presunción (art. 386.2 LEC), lo que permitiría evitar que se tuviera por cierta la existencia de desconocimiento/error, y la consecuencia jurídica de la anulación del contrato. Tal contraprueba puede llevarse a cabo mediante la prueba de que el cliente comprendía/conocía el producto (experiencia inversora y profesión, reacción ante la ejecución del contrato contradictoria con la que creía regla



contractual, también si inicialmente le favoreció...). Pero, dada la mayor dificultad de probar el conocimiento del cliente, también puede llevarse a cabo la contraprueba de la presunción probando que no existe, en el caso concreto, el enlace que, como fundamento de la presunción, ha de haber entre el hecho probado o admitido y el hecho que se presume, porque, a la vista de los hechos probados, la falta de test no responda a tal enlace y no haga razonable pensar que había falta de conocimiento (art. 385.2 LEC), siendo indudable que el test, de haberse realizado, hubiera reflejado una valoración positiva sobre la comprensión del producto por el cliente, con lo que quedaría destruido el enlace preciso y directo que fundamenta la presunción. Atribuir a la entidad la carga de la contraprueba de la presunción, parece coherente con su carácter profesional y con la diligencia que le es exigible en el cumplimiento de las especiales obligaciones de información, evaluación y advertencia que le imponen las normas.

La evolución normativa sobre la obligación de advertencia al cliente minorista de su falta de capacidad para comprender el producto y sus concretos riesgos, parece apoyar la presunción establecida por el Tribunal Supremo, pues las exigencias de entregar al cliente una copia del documento que recoja la evaluación y de que el documento contractual incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita por la que manifieste que ha sido advertido de que el producto no le resulta conveniente, incrementan el rigor de la obligación impuesta a la entidad y, a la vez, aumentan la protección del cliente minorista (recuérdese que el art. 79 bis.7 LMV fue modificado después de la firma del contrato de que se trata en la sentencia que comentamos, en 2012, lo que corresponde a los actuales apartados 2 y 5 del art. 214 del TRLMV, habiéndose concretado la Ley mediante la Circular 3/2013, de 12 de junio, de la CNMV, sobre el desarrollo de determinadas obligaciones de información a los clientes a los que se les prestan servicios de inversión, en relación con la evaluación de la conveniencia e idoneidad de los instrumentos financieros).

También juega a favor de la deducción que fundamenta la presunción establecida por el Tribunal Supremo la falta de consistencia existente entre evaluar negativamente la capacidad de comprensión del cliente minorista y, a la vez, contratar con él un producto que se sabe que no entiende. En este sentido, aunque no haya prohibición legal de contratar como consecuencia de la evaluación negativa, sino sólo obligación de advertencia, los supervisores están recomendando no contratar. En la pg. 2, apartado a), de la Comunicación de la CNMV sobre comercialización de instrumentos financieros complejos, de 10 de abril de 2014, puede leerse, recordando las indicaciones de la Autoridad Europea de Valores y Mercados (ESMA): *“Entre otros aspectos, ESMA destaca que, cuando de acuerdo a su propio análisis interno (“due diligence”) del instrumento, las entidades puedan presumir que éste no va a cumplir con el principio de actuar en interés del cliente, deberían abstenerse de recomendar su compra, o incluso, de comercializarlo”*. Totalmente coherente, parece, con lo dispuesto en el párrafo primero del art.

79 LMV (art. 208.1 TRLMV): “*Obligación de diligencia y transparencia. Las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo*” (en esa línea, antes, el apartado 2.2 de la *Guía de actuación para el análisis de la conveniencia y la idoneidad*, 17.6.2010, disponible en la web de la CNMV).

Por último, conviene señalar que lo normal y deseable es que la presunción hubiese sido alegada y razonada por el demandante (arts. 433.2 y 445 LEC), de lo que nada se dice en la sentencia 840/2013 del Tribunal Supremo. Vale copiar palabras autorizadas (De La Oliva Santos, A., 2000, pg. 379): “*¿Aca-so puede el juzgador, en los procesos civiles, tener como fijados unos hechos en virtud de presunciones establecidas por él ex officio? A nuestro entender, la respuesta debe ser afirmativa, con la salvedad de que el juzgador no introduzca en el proceso un hecho por nadie alegado, lo que lesionaría el principio dispositivo. Una pormenorización ejemplificativa de esta regla, perfectamente posible, no parece oportuna aquí. Si el principio dispositivo se entiende en sus justos y razonables términos, con lo dicho es suficiente. Mas, por otra parte, lo normal o natural no es que el tribunal se plantee, en el proceso civil, establecer ex officio una presunción judicial. Lo normal y natural es que ya en las alegaciones iniciales del proceso sea una parte la que, por querer que se deduzca de un hecho un efecto jurídico, alegue ese hecho y, en su caso, acuda al mecanismo de la presunción*”.

## 6. Bibliografía utilizada

- ÁLVAREZ LATA, N., «Contrato de permuta financiera con entidad mercantil. Servicio de asesoramiento financiero. Error en el consentimiento; incumplimiento de las obligaciones de información y del test de idoneidad por la entidad financiera», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 95, mayo-agosto 2014, 9 pgs.
- DE LA OLIVA SANTOS, A.; DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., «De las Presunciones. Comentario a los arts. 385 y 386», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, pgs. 643-649.
- PULIDO BEGINES, J. L., «El deber de las entidades financieras de informar al cliente: la normativa MIFID», en *RDBB*, núm. 130, abril-junio 2013, pgs. 7-45.
- TAPIA HERMIDA, A. J., *Manual de Derecho del Mercado Financiero*, primera edición, Iustel, Madrid, 2015.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Incumplimiento de la normativa comunitaria MIFID en cuanto a los deberes de información y evaluación del cliente: consecuencias en el ámbito contractual según la jurisprudencia española», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 8, N° 1, marzo-2016, pgs. 271-299.