

Spread the love

El Tribunal Supremo (Sala 2ª, Sentencia 4.12.2015) estimó el recurso de casación interpuesto por «Azkar Huelva, S.L.» contra la sentencia de 11 de junio de 2012, de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 2ª, en recurso de apelación 148/12 . El TS reitera sus criterios de interpretación sobre el alcance los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera en la contratación con inversores minoristas de productos complejos como el *swap* , así como su incidencia en la apreciación de error vicio del consentimiento.

En el asunto dirimido, el banco (Santander) prestó al cliente un servicio de asesoramiento financiero, que le obligaba al estricto cumplimiento de los deberes de información. La entidad financiera no cumplió los deberes de información. El TS, en línea con anteriores resoluciones, afirma que ese incumplimiento deriva en error de consentimiento:



- Como ya señaló la STS 840/2013, «esa ausencia de información permite presumir el error» . *Lo determinante no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo. Los deberes de información que competen a la entidad financiera, concretados en las normas antes transcritas no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio...*
- La entidad no está obligada a adivinar el futuro pero si a ofrecer una información completa, suficiente y comprensible (aquí sobre las posibles consecuencias de la

fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés).

La omisión del deber de información no implica que necesariamente se haya causado un error que vicie el consentimiento. Subraya el TS que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, y no únicamente el incumplimiento del deber de información. Pero, afirma también que la omisión de información si puede incidir en la apreciación del error , pues:

1. esa información debe incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financiero y es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, y
2. la violación del deber de información incide directamente en la excusabilidad del error en el sentido de que , el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado, resulta excusable al cliente.

*Siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero, el **deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto**, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía. En este caso no constaba ni siquiera que se hiciera un estudio previo de las condiciones económicas y empresariales del cliente para asegurarse de la adecuación de los productos ofrecidos a su perfil inversor. Sice el TS «no parece razonable la recomendación de un producto complejo y arriesgado como es el swap (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013 -asunto C-604/11 , «Genil 48, S.L.» y «Comercial Hostelera de Grandes Vinos, S.L.», contra «Bankinter, S.A.» y «BBVA, S.A.»-), respecto de una pequeña empresa, para asociarlo a las posibles fluctuaciones del interés variable de otras operaciones, sin advertir de las graves consecuencias patrimoniales que podían derivarse -como de hecho sucedió- en caso de bajada del Euribor»*

Como antes habían señalado en relación con la asimetría informativa las SSTS nº 563/2015, o la nº 840/2013 , **la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y sus clientes, en relación con la comercialización de productos financieros complejos, hace necesario que el legislador proteja al inversor no especializado o experimentado imponiendo estándares informativos reforzados.** De esa forma se protege la buena fe negocial (en ese sentido también la STS nº 244/2013,-aunque en relación ahí con un contrato de gestión discrecional de cartera de inversión anterior a la Directiva MiFID-)

- De acuerdo con esa línea jurisprudencial, y como consecuencia del deber general de buena fe del Art 7 Cci, el cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, no siendo suficiente que esa información sea imparcial, clara o no engañosa. La entidad oferente debe incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión, así como orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a ellos en función de lo dispuesto en el Art 79 bis LMV, apartados 2 y 3.
- Para salvar el desequilibrio informativo y las consecuencias del conflicto de intereses presentes en la comercialización de productos financieros complejos y /o en el asesoramiento financiero para la contratación de productos y servicios financieros, la normativa MiFID impone deberes a las entidades. Entre estos deberes están la realización:
 - *«del test de conveniencia - cuando la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente previamente formada, dirigido a evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar-,*
 - *y el test de idoneidad , cuando el servicio prestado es de asesoramiento financiero dirigido, además de la anterior evaluación, a efectuar un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente para poder recomendarle ese producto».*
- En este caso, ni se estudió el perfil del cliente, ni se ofreció más información precontractual que una mera exposición general de manera verbal sobre el producto, ni se realizaron los test de conveniencia e idoneidad, ni se advirtió al cliente de los riesgos reales de contenido patrimonial que podía conllevar una bajada de los tipos de interés, ni tampoco la magnitud del coste de cancelación. Es más, la sensación que se transmitió al cliente era que se contrataba una cobertura contra la inflación, en función de la subida del euribor.

La sentencia también se basa en el ya derogado Real Decreto 629/1993, que imponía normas de conducta y deberes de información a las empresas del mercado de valores, recordando el TS que la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, con los arts. 210 y ss. del Texto Refundido LMV (aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), acentuó la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos.

Post post [Por su interés remitimos a esta entrada del Blog Mario Palomar](#)