

Actualidad Profesional

Por Antonio Caba Tena, socio de Dictum Abogados, doctor en Derecho y profesor asociado de la Universidad de Málaga

Reproche y remedio a las conductas de algunas entidades financieras –“de abuso o de agresión al cliente”–. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) núm. 269/2017, de 4 de mayo

INTRODUCCIÓN

Permítaseme la licencia literaria de, al hilo de la radiante actualidad sobre la diferenciación penal de los delitos de abuso y agresión sexual, insertar en el título de este artículo una metáfora, meramente de complemento, alusiva a ello. Y es que, pese a las numerosas resoluciones judiciales, consecuencia de denuncias de clientes afectados, en las que se ha venido poniendo de manifiesto prácticas totalmente contrarias a derecho por parte de algunas entidades financieras por incumplimiento de la normativa de proporcionar a sus clientes –previamente a la contratación– una información comprensible y adecuada sobre las características de los productos que les ofertan y sobre los concretos riesgos que comportan, ciertos bancos no cesan de incurrir en la censurable práctica de recomendar a clientes inexpertos la suscripción de contratos complejos que suponen, en algunos casos, arriesgadísimas inversiones con cuantiosas pérdidas.

II. ANTECEDENTES DE HECHO Y RESOLUCIÓN EN 1ª Y 2ª INSTANCIA

Abordamos aquí el caso resuelto por la Sala de lo Civil de nuestro más alto Tribunal, de 4 de mayo de 2017, en relación a un litigio planteado por un cliente a quien

“Banco Santander, S.A.” ofreció el 28/09/2006 un producto estructurado de carácter financiero (denominado “Producto Reestructurado 0-30%”) por importe de 300.000,00 €, sin explicarle sus características y a pesar de que el resultado del test realizado fue la no conveniencia del producto para el mismo.

Transcurridos dos años desde la firma, la valoración del capital invertido se había reducido a tan solo 21.000,00 € (esto es, una pérdida para el cliente del 93,00%). Como solución a dicha situación, la citada entidad financiera, en lugar de asumir su responsabilidad (al menos de forma parcial), ofreció como solución la firma de un segundo contrato financiero (denominado “Contrato de Producto Estructurado Tridente”) –que se signó el 28/01/2009–, en el que Banco Santander le restituía el principal de 300.000,00 € pagado inicialmente, pero se referenciaba el resultado del producto a una cesta de valores (cesta relevante) constituida por los cinco peores valores de entre los veinticinco que se consignaban en el contrato primigenio; con lo que a la fecha de finalización del mismo y conforme a su contenido –predispuesto también por el banco– no procedía devolver capital alguno al cliente (esto es, le supuso una pérdida del 100,00% de la inversión).

Interpuesta demanda por el afectado en solicitud de nulidad de ambos contratos, a la que Banco Santander se opuso, el juzgado de primera instancia concluyó que no concurrió en el actor un vicio esencial del consentimiento en el momento de la celebración de los contratos. Formalizado recurso de apelación contra dicha resolución judicial, el Tribunal ad quem lo desestimó y confirmó la sentencia de instancia. Respecto del primer contrato, declaró la Audiencia que, dadas las discrepancias en las declaraciones de las partes y sus testigos, no existía prueba sobre la forma en que fue explicado el producto; no obstante lo cual consideró que había razones que permitían deducir que el cliente tuvo un conocimiento “cuando menos aproximado” de en qué consistía la operación y cómo funcionaba el producto. Los argumentos gravitaron, en síntesis, sobre que el actor era titular de diversas empresas y, a pesar de no poseer unos conocimientos plenos del mundo financiero, poseía un perfil inversor, a la vista de las operaciones realizadas en los últimos años; sobre la importancia cuantitativa de la inversión; y sobre la conciencia de los riesgos por firmar un documento en el que se indicaba que el capital no estaba garantizado. Y respecto del segundo contrato, entendió que, era novación del primero, en el que se indicaba que en el mejor de los casos la inversión inicial quedaría limitada al 70% del capital y en el peor podía suponer la pérdida total del mismo (a lo que también se aludía en los anexos); que un empleado del banco declaró que se había explicado al recurrente la situación de la inversión (habiendo acudido a las reuniones asistido de letrado y reconociendo que consultó con un economista); así como que cualquier error inicial desapareció tras conocer la pérdida de valor de la inversión inicial sin accionar contra Banco Santander, prefiriendo novar el contrato.

III. OBLIGACIÓN DE TRANSPARENCIA E INFORMACIÓN: DIRECTIVA 2004/39/CE (MiFID) Y OBLIGACIONES PRE-MiFID (DIRECTIVA 1993/22/CEE)

La Directiva MiFID –aplicable al segundo de los contratos referidos– fue transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modificó la Ley del Mercado de Valores (en adelante LMV). Su finalidad fue

reforzar el marco legislativo comunitario de los servicios de inversión y mercados regulados; y con la clara intención de proteger a los inversores y preservar la integridad del mercado, establece criterios de transparencia, eficacia y armonización, instaurando expresamente deberes de información imparcial, clara y no engañosa a los clientes –a quienes hay que catalogar en función de sus conocimientos, experiencia inversora y cualificación profesional–, de manera que comprendan la naturaleza y riesgos del servicio de inversión así como del concreto instrumento financiero ofertado, antes de tomar la decisión de invertir en el mismo (art. 79 bis LMV). Consecuentemente, las entidades financieras comercializadoras de productos de riesgo –como los ofertados por Banco Santander en el caso que nos ocupa– tienen que ofrecer información suficientemente clara, tanto en fase precontractual como contractual, debiendo incluir “orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos”.

Pero con anterioridad a la transposición de la Directiva MiFID, el régimen jurídico resultante de la LMV a la luz de la Directiva 1993/22/CEE –de aplicación al primer contrato suscrito por el cliente con Banco Santander–, también exigía una información clara y transparente, completa, concreta y de fácil comprensión para el cliente, que evitara su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos de la operación, muy especialmente sobre productos financieros de alto riesgo (nuestro más alto Tribunal ha dictado ya un importante número de sentencias sobre el error en la contratación de productos y servicios de inversión por parte de clientes que no tienen la cualidad de inversores profesionales: las sentencias del Pleno 840/2013 y 769/2014, recogen y resumen la doctrina jurisprudencial al respecto, seguidas por otras muchas, entre ellas la 102/2016, relativa también a un depósito estructurado, además de la resolución que es objeto del presente comentario).

Por tanto, como bien indica la Sentencia que analizamos, aunque tras la reforma operada por la transposición de la Directiva MiFID, vigente cuando se celebró el segundo de los contratos, el actual artículo 79 bis LMV sistematiza mucho más la información a recabar por las empresas de inversión de sus clientes y la que deben proporcionarles; con anterioridad a dicha

reforma ya existía esa obligación de informarse sobre el perfil de los clientes y las necesidades y preferencias inversoras de estos y de suministrarles la información adecuada e imparcial. Asimismo, prosigue, para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la celebración de un contrato remunerado ad hoc para la prestación de tal asesoramiento, ni que las inversiones se incluyan en un contrato de gestión de carteras suscrito por los clientes y la entidad financiera. Basta con que la empresa de inversión ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición (vid., por todas, las SSTS 102/2016 y 411/2016). Y, finalmente, resalta que el deber de información no debe entenderse suplido por el propio contenido del contrato (vid., SSTS 594/2016 y 595/2016, entre otras), pues la mera lectura del documento resulta insuficiente, siendo precisa una actividad del banco para explicar con claridad cómo se realizan las liquidaciones y los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente (STS 589/2015).

IV. DECISIÓN DEL ALTO TRIBUNAL

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, considera que los dos depósitos contratados por el cliente con Banco Santander (tanto el suscrito antes de la reforma operada por la Ley 47/2007 sobre el art. 2 de la LMV, como el posterior) eran productos financieros complejos y, como tales sujetos a la regulación de dicha norma, al estar referenciados a subyacentes de naturaleza financiera (cestas de acciones), con independencia de la forma de liquidación y aunque no fueran objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no. E indica muy gráficamente que no se trataba de depósitos bancarios, ni simples imposiciones a plazo, sino productos estructurados de carácter financiero que, por su complejidad, carácter especulativo y alto riesgo (pues dependían de la fluctuación de varios índices bursátiles subyacentes), podían suponer que los clientes sufrieran pérdidas importantes, incluso la pérdida total, como lamentablemente sucedió en el caso enjuiciado.

Igualmente declara que lo determinante para valorar si el deber de información ha sido cumplido correctamente por la entidad financiera no es tanto que aparezca un cumplimiento formal del mismo como las condiciones en que materialmente se cumple (entre

otras, STS 562/2016). Estos deberes de información que pesan sobre la entidad prestadora de servicios financieros, en el caso de que el cliente sea minorista, se traducen en una obligación activa que no se cumple con la mera puesta a disposición del cliente de la documentación contractual (así, STS 694/2016, con cita de las núms. 244/2013, 769/2014 y 489/2015). Y respecto a la exclusión del error o a la apreciación de su excusabilidad, el hecho de que el cliente fuese un empresario no justifica que pudiera conocer los riesgos del producto contratado (SSTS 244/2013 y 11/2017), pues la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto, que no resulta de la actuación empresarial en actividades ajenas al sector financiero; y tampoco el que en la contratación interviniera el asesor fiscal de la empresa titularidad del cliente (SSTS 649/2015 y 633/2015), salvo que resultase acreditado que el mismo fuese experto en la contratación de productos financieros complejos del tipo de los suscritos, que no era el caso.

Interesante es también destacar, por lo que se refiere al “perfil inversor” del cliente, lo declarado por el alto Tribunal respecto a que el hecho de que, en los últimos años, el actor hubiera realizado operaciones de compraventa de acciones e inversiones en valores de renta fija compleja, como en obligaciones convertibles en acciones de la propia entidad financiera. Así, dice la Sala que concluir a partir de estos hechos un perfil inversor a efectos de calificar jurídicamente como inexcusable el error al celebrar el primer contrato concertado en 2006 no es conforme con la doctrina jurisprudencial, porque lo que se valoró como relevante fue la adquisición por el cliente, con posterioridad a la celebración del contrato litigioso, de unas obligaciones convertibles de Banco Santander que, por lo demás, fue sancionado administrativamente y la sanción confirmada por los tribunales, por no cumplir con la obligación básica de recabar información del inversor, tal y como exigía la ley tratándose de la venta de un producto calificado como complejo por contener un derivado implícito.

Por tanto, al tener la empresa de servicios de inversión la obligación de facilitar la información que impone la normativa legal y no, por el contrario, ser los clientes quienes deban averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta

asesoramiento experto y formular las preguntas, pues el cliente debe poder confiar en que el banco que le asesora no está omitiendo información sobre una cuestión relevante, era Banco Santander quien debió tomar la iniciativa y proporcionarle la debida información (SSTS 769/2004, 576/2015 y 310/2016), lo que no hizo, en el caso que nos ocupa.

Finalmente, por lo que al segundo contrato respecta, considera el alto Tribunal que su celebración por el cliente no puede valorarse como desacorde con la voluntad de impugnar el contrato inicial, ni tampoco implica una convalidación del error padecido; pues hay que entender que la voluntad de intentar recuperar el capital invertido es compatible con la impugnación del primer contrato y por ello no convierte en intrascendente ni hace desaparecer el error primigenio.

Por todo lo cual, declara con acierto la nulidad de los referidos contratos, con los efectos del artículo 1.303 del Código Civil (restitución recíproca de lo recibido por ambas partes, con la finalidad de devolver las cosas a la situación anterior a la suscripción del primer contrato), con lo que condenó a Banco Santander a restituir 300.000,00 € al demandante, con sus intereses desde el momento que se entregaron, y al actor a la restitución de los rendimientos percibidos durante la relación contractual, también con sus correspondientes intereses.

V. RECOMENDACIÓN

Han sido múltiples los casos enjuiciados por nuestros Tribunales (incluso han habido auténticas estafas a ahorradores e inversores inexpertos) sobre la nulidad de los contratos celebrados por entidades bancarias con ciudadanos huérfanos de cultura financiera que no comprendían la complejidad de los productos que suscribían, con lo que era harto difícil (por no decir imposible) que evaluaran las ventajas y los riesgos característicos de tales inversiones y adoptaban decisiones poco o nada fundadas, poniendo en riesgo su patrimonio en la confianza de que “su banco no les iba a engañar”. Asimismo, son muy escasos los supuestos en que la entidad financiera reconoce su culpa y se aviene a resolver extrajudicialmente la situación por ella misma creada, obligando al cliente a interponer acciones judiciales que, por las

circunstancias de masificación en la que se encuentran la mayoría de los Juzgados y Tribunales patrios, tardan en dilucidarse.

Por tanto, dadas las serias dificultades de comprensión y asimilación de la mayor parte de la información en el ámbito de los servicios financieros por los consumidores y por los empresarios no expertos, desde DICTVM recomendamos la necesidad de ser activos y estar informados, asesorándose previamente a firmar ningún contrato que se les oferte, por muy simple que parezca, con el fin poder tomar decisiones fundadas que puedan evitar situaciones que luego solo pueden resolverse judicialmente, como la enjuiciada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en el supuesto analizado. Y es que la prevención es también indispensable en el ámbito jurídico.