

## LEHMAN

### *Incumplimiento del deber de información*

[SAP, Civil, sección 1, Córdoba, del 4 de febrero de 2014, recurso: 497/2012, Ponente: Presidente Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.](#)

#### **Incumplimiento del deber de información (Estimación) – Naturaleza del contrato – Sobre el disclaimer – Naturaleza del producto – Perfil inversor (sinopsis de Fernando Zunzunegui y Paloma Corbal)**

**Incumplimiento del deber de información:** “El carácter indiscutiblemente complejo de las participaciones preferentes antes aludido, especialmente en los casos en que se comercializan a inversores sin conocimientos precisos, supone que la entidad bancaria debe ser extremadamente diligente en la obtención de la información sobre los datos esenciales de los clientes para conocer que el producto financiero puede ser ofrecido y también de que debe facilitarse la información precisa para que el cliente sea plenamente consciente del objeto del contrato y de las consecuencias del mismo. (...) la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2013 (...) nos enseña, que las empresas que realizan esos servicios de gestión discrecional de carteras de inversión, tienen la obligación de (...) suministrar con la debida diligencia a los clientes cuyas carteras de inversión gestionan una información clara, transparente, completa, concreta y de fácil comprensión para los mismos, que evite su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. (...) Se considera, que se ha quebrantado la confianza que caracteriza este tipo de contratos al no informar sobre el riesgo que suponía la adquisición los valores incoherentes en relación con el perfil de riesgo muy bajo del cliente. (...) Este incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional (...) constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos (...) como consecuencia de la pérdida casi absoluta del valor de las participaciones preferentes adquiridas.”

**Naturaleza del contrato:** “(...) Estamos ante un contrato de servicio de inversión en el que la entidad bancaria debe prestar un servicio activo e intenso de asesoramiento, superior al exigido en el contrato de mera administración de valores, servicio que ha de contribuir a cumplimentar el derecho de información de los clientes, información que ha de ser clara, precisa y suficiente, en particular respecto de los riesgos que pueden derivarse de la operación bancaria. En efecto entendemos que estamos ante una actuación que revela un auténtico asesoramiento financiero, en la que el cliente decide esa contratación ante la información recibida por parte del profesional de la banca conocedor de la materia (...) siendo en definitiva la opinión de tal profesional la determinante a la hora de realizar la contratación del producto concreto. No estamos ante una mera actividad de intermediación (...), estamos ante algo más, ante un auténtico asesoramiento en materia de inversión, fundamental dada la calificación como minorista del inversor. (...) La muy citada Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1998 en donde se dice que «El contrato de gestión de carteras de valores (...) se rige por los pactos, cláusulas y condiciones establecidas por las partes (...), reconociéndose (...) dos modalidades del mismo, el contrato de gestión “asesorada” de carteras de inversión, en el que el intermediario propone al cliente inversor determinadas operaciones siendo él quien decide su ejecución; y el contrato de gestión

“discrecional”, de cartera de inversión, en el que el gestor tiene un amplísimo margen de libertad en su actuación, ya que puede efectuar las operaciones que considere convenientes, sin previo aviso o consulta al propietario de la cartera (...). Como apunta la SAP de Barcelona de 4 de diciembre de 2009, “(...) la decisión del inversor sólo puede correr con los riesgos de la operación si el gestor le informa de todos los extremos por él conocidos, que puedan tener relevancia para el buen fin de la operación, en otras palabras, sólo puede hacerse responsable al cliente del desafortunado resultado de la inversión si el gestor en su comisión, ha desempeñado sus obligaciones diligentemente (...)”.

**Sobre el disclaimer:** “Se viene rechazando, incluso, documentos tipo o formularios de la entidad bancaria que pretende servir de escudo ante las posibles reclamaciones con fundamento en la falta de información, que, a lo sumo, operaría como presunción iuris tantum de su suministro al consumidor o inversor minorista. c(...) La AP Asturias, señala en sentencia de 15 de marzo de 2013 que la inclusión en el contrato de una declaración de ciencia, que suele constar en los contratos que suscriben los consumidores, clientes bancarios o inversores minoristas, en el sentido de haber sido debidamente informados, “no significa que se haya prestado al consumidor, cliente o inversor minorista la preceptiva información”, ni tampoco “constituye una presunción “iuris et de iure” de haberse cumplido dicha obligación, ni de que el inversor, efectivamente, conozca los riesgos, último designio de toda la legislación sobre transparencia e información” (...).”

**Naturaleza del producto:** “Las participaciones preferentes son un producto complejo, en modo alguno sencillo, destinado tradicionalmente a inversores con experiencia en instrumentos complejos, con plena consciencia de que existe un riesgo de pérdida de la inversión, de falta de liquidez inmediata y que requiere para su comprensión de conocimientos técnicos suficientes.”

**Perfil inversor:** “El demandante es de carácter financiero conservador, pues no consta que con anterioridad haya suscrito productos de alto riesgo, ya que lo invertido era a plazo fijo (...) y si hizo alguna inversión en dólares (...), ello lo es en moneda refugio y no extravagante, propia de un perfil conservador. (...) Se está pues en presencia de un cliente minorista no cualificado, sin una profesión relacionada con los mercados financieros, con nula experiencia en productos de riesgos y complejidad semejante, no siendo argumentos de peso para atribuirle dicha preparación y pericia el hecho de que realice operaciones telemáticas con el Banco u otras Entidades, siendo ésta una práctica que se pretende imponer cada día más a los consumidores de banca sin que por eso hayan de merecer el calificativo de expertos financieros.”

[Texto completo de la sentencia](#)

\*\*\*