

CONTRATO DE GESTIÓN DE RIESGOS FINANCIEROS

Nulidad de un contrato de gestión de riesgos financieros por falta de la necesaria información precontractual

STS, Sala de lo Civil, núm. 370/2018 de 19/06/2018. Ponente: María de los Ángeles Parra Lucan.

Clasificación del inversor como profesional o minorista–Vicio por error en el consentimiento–Insuficiencia informativa del contenido contractual–Formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo–(sinopsis de Fernando Zunzunegui y Florence Byrd).

Clasificación del inversor como profesional o minorista: “El art. 78 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, introducido por la Ley 47/2007, de 15 de diciembre, que incorporó la normativa MiFID, imponía a la entidad que presta servicios de inversión la obligación de estudiar el perfil inversor del cliente a quien presta sus servicios de inversión, y de clasificarlo como inversor profesional o minorista. Esta clasificación resulta relevante en la medida en que en el segundo caso la Ley entiende que existe propiamente una asimetría informativa, y por ello impone a la empresa prestadora de servicios de inversión los especiales deberes de información previstos en el art. 79 bis.3 LMV. **En el apartado 1 del art. 78 bis LMV se impone a la empresa de servicios de inversión el deber de clasificar a sus clientes en profesionales y minoristas.** Esta previsión legal fue desarrollada reglamentariamente en el art. 61 del RD 217/2008, de 15 de febrero, obligando a las entidades a notificar a sus clientes la clasificación de clientes en minoristas, profesionales y contrapartes elegibles que establezcan, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 78 bis y 78 ter de la Ley 24/1988, de 28 de julio. **Asimismo, deberán comunicar a sus clientes, en un soporte duradero, que les asiste el derecho, en su caso, a exigir una clasificación distinta,** indicando las limitaciones que esa nueva clasificación podría suponer en cuanto a la protección del cliente.” **[énfasis añadido]**

Vicio por error en el consentimiento: “Es jurisprudencia constante de esta sala que, lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información expuestos, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Sin perjuicio de que en estos casos hayamos entendido que la falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. **No es que este incumplimiento determine por sí la existencia del error vicio, sino que permite presumirlo** (sentencia 560/2015, de 28 de octubre, con cita de la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014). 4.^a) Conforme a la jurisprudencia sentada desde la *sentencia de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014* [...] tanto antes como después de la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español la asimetría informativa que existe en este tipo de contratos impone a las entidades de servicios de inversión el **deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada sobre las características del producto y los concretos riesgos que les**

puede comportar su contratación, incluyendo el coste de su cancelación anticipada.”[énfasis añadido]

Insuficiencia informativa del contenido contractual: “Esta información debe ir más allá de una mera ilustración sobre lo obvio -esto es, que el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación del tipo referencial-, siendo la del banco una obligación activa, pues sin conocimientos expertos en el mercado de valores el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional y debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante, lo que se traduce en que **la parte obligada a informar correctamente no pueda objetar que la parte que tenía derecho a recibir la información correcta debió haberse asesorado por un tercero y que, al no hacerlo, no observó la necesaria diligencia**, o que en el contrato se incluía una cláusula, prerredactada por el banco, en la que se afirmaba que el cliente se había asesorado por su cuenta y eximía al banco de informarle adecuadamente. [...] **Ese deber de información no se cumple con la mera puesta a disposición del cliente minorista de la documentación contractual**, sino que exige «una información precontractual completa y adecuada, con suficiente antelación a la firma de los documentos» (por ejemplo, sentencias 163/2017, de 8 de marzo, y 201/2017, de 24 de marzo). Es decir, y por lo que aquí interesa, la jurisprudencia descarta la suficiencia informativa del contenido contractual y que la mera lectura del documento resulte bastante, pues se precisa una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, para explicar con claridad la naturaleza aleatoria del contrato, cómo se realizan las liquidaciones y la cancelación anticipada y cuáles son los concretos riesgos en que podría incurrir el cliente (por ejemplo, sentencias 84/2017, de 14 de febrero, 143/2017, de 1 de marzo, y 149/2017, de 2 de marzo).” **[énfasis añadido]**

Formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo: “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**. Como recuerda la sentencia 149/2017, de 2 de marzo : «La sentencia 579/2016, de 30 de septiembre, trae a colación las sentencias 549/2015, de 22 de octubre, 633/2015, de 19 de noviembre, 651/2015, de 20 de noviembre, y 676/2015, de 30 de noviembre, entre otras, según las cuales **no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa, pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros** para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable, y "no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera" (sentencia 676/2015, de 30 de noviembre, luego citada por otras posteriores como las sentencias 594/2016 y 595/2016, ambas de 5 de octubre). Según la sentencia 594/2016, de 5 de octubre, el conocimiento especializado en este tipo de productos financieros complejos como los swaps "tampoco se puede deducir por el hecho de haber sido el encargado de relacionarse con los bancos para el tráfico normal de la empresa, debido a la propia sofisticación, singularidad y complejidad declarada del producto". En esta línea, puesto que son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable, es irrelevante a estos efectos que en la empresa existiera un administrador o empleado licenciado en económicas o que estos fueran los estudios del contable de la empresa.” **[énfasis añadido]**

[Texto completo de la sentencia](#)
