

## CONTRATO FINANCIERO ATÍPICO (CFA)

### *Nulidad de contratos financieros a plazos (CFAs) por incumplimiento del deber de información precontractual.*

[SAP de Madrid, núm. 341/2018 de 23/07/2018. Ponente: Maria Dolores Planes Moreno.](#)

**Información sobre los riesgos y error en el consentimiento– El perfil inversor del cliente bancario – Asesoramiento en materia de inversión – Error insuperable – Relación de asesoramiento (sinopsis de Fernando Zunzunegui y Florence Byrd).**

**Información sobre los riesgos y error en el consentimiento:** “Es aplicable la normativa reguladora del mercado de valores, puesto que el art. 2 de la Ley del Mercado de Valores considera productos financieros sujetos a su regulación los contratos financieros a plazo que estuvieran referenciados a un subyacente de naturaleza financiera, con independencia de la forma en que se liquidaran y aunque no fueran objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no. [...]El art. 79 bis de la Ley del Mercado de V al ores y el art. 64 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero (RCL 2008, 407), dan una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión [...] los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales[...] la empresa que presta el servicio de inversión debe informar al cliente de las condiciones de la conversión en acciones de las que deriva el riesgo de pérdidas al realizarse el canje y es también la entidad bancaria la que debe dar cumplida prueba de que tal deber de información ha sido escrupulosamente atendido. [...]Ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. [...]El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con los CF As, contratados. [...]lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo. [...]la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error [...]Lo que se desprende de la testifical, es que nadie advirtió ni detalló al Sr. XXX de la complejidad del producto financiero, porque las personas que intervinieron en la contratación no conocían tampoco con detalles, ni la complejidad ni los riesgos que conllevaba la contratación [...]el hecho de que dicha inversión fuera enteramente financiada por el propio banco, alejó cualquier duda, sobre el riesgo de los productos”

**El perfil inversor del cliente bancario:** “Debe considerarse al cliente como minorista por exclusión, cuando no se acredita ser inversor experto o cualificado, al encuadrarse en la definición siguiente: “Al propio tiempo debe señalarse que los artículos 38 y 39 del RD 1.310/2.005 distinguen entre tres clases de inversores en valores negociables: el inversor o cliente minorista, el inversor iniciado o experto y el inversor cualificado, siendo calificado el minorista por exclusión, pues lo es quien no es ni experto, ni cualificado, siendo dicho minorista merecedor de una mejor protección jurídica[...]No cualquier capacitación profesional, relacionada con el Derecho y la Empresa, ni tampoco la actividad financiera ordinaria de una compañía, permiten presumir que está capacitada para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente los riesgos. [...]La formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo 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. [...]En consecuencia, no por tratarse de empresas debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera [...]la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto, que no lo da la actuación empresarial en otros campos. El hecho de tener un patrimonio considerable, o que el cliente hubiera realizado otras inversiones ya fueren previas o posteriores, no lo convierte tampoco en cliente experto. [...]la consideración del Sr. XXX, como cliente "minorista", a los efectos del art. 78 bis de la Ley del Mercado de Valores, supone que no se le presume «la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos».

**Asesoramiento en materia de inversión:** “[...]sobre la existencia de asesoramiento en materia de inversión, Resulta acreditada dicha relación, desde el momento en que el cliente, es derivado desde el Banco Popular a su filial POPULAR BANCA PRIVADA, entidad experta en gestión de patrimonios y en este tipo de asesoramiento. [...]el régimen jurídico resultante de la Ley del Mercado de Valores y de la normativa reglamentaria que la desarrolla, interpretadas a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva 1993/22/CEE de la que son desarrollo, impone a las empresas que actúan en el mercado de valores, y en concreto a las que prestan servicios de gestión discrecional de carteras de inversión, **la obligación de recabar información a sus clientes sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión** y la de suministrar con la debida diligencia a los clientes cuyas carteras de inversión gestionan una información clara y transparente, completa, concreta y de fácil comprensión[...] Deben observar criterios de conducta basados en la imparcialidad, la buena fe, la diligencia, el orden, la prudencia y, en definitiva, cuidar de los intereses de los clientes como si fuesen propios [...]la actuación del Banco, al proponer a sus clientes invertir en productos estructurados, incumplió las exigencias derivadas de dicha normativa, al no informar adecuadamente sobre la naturaleza de los productos contratados y la naturaleza exacta de los riesgos asociados a tales productos.” **[énfasis añadido]**

**Error insuperable:** “[...] Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta [...]Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea[...]**El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error**, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en qué consiste el error le es excusable al cliente. [...]**la diligencia exigible para eludir el error es menor cuando se trata de una persona inexperta** que contrata con un experto [...] el carácter excusable supone que el error no sea imputable a quien lo sufre, y que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. [...]En el presente caso, **el hecho de que el banco se ofreciera a financiar las operaciones contribuyó sin duda a formar el error** del Sr. xxx, en la confianza de que si el banco las financiaba, las inversiones no podían resultar fallidas, y aún siguió confiando en el Banco, después de que los primeros contratos vencieran en 2.012, con un pésimo resultado, siguiendo las indicaciones del Banco y comprando acciones del Banco Popular, y otorgando un poder al mismo Banco, para la venta de estas acciones en caso de superar determinadas cotizaciones [...]siendo el producto litigioso un producto financiero especulativo, complejo y de alto riesgo, que implicaba el riesgo de pérdida de todo o gran parte del capital invertido, el mismo sólo puede ser considerado adecuado para clientes con un perfil inversor agresivo o dinámico, perfil que no se ha demostrado[...]Como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento[...]**[énfasis añadido]**

**Relación de asesoramiento:** “[...] el fundamento de la resolución del litigio no ha de ser tanto, si se cumplieron o no las obligaciones derivadas de un contrato de asesoramiento,

cuanto, si se efectuaron o no recomendaciones personalizadas de inversión o contratación, si se presentó o no como idónea para las demandantes la suscripción de tales contratos, y sobre todo si la información facilitada a tales demandantes fue suficiente, clara y precisa para obtener la válida prestación de su consentimiento conociendo sin error alguno lo que contrataban, puesto que no existe duda alguna para esta Sala de que el producto se contrató por recomendación de la demandada [...]si la demandada afirma que informó exhaustivamente de las características, naturaleza, riesgos y efectos del producto es porque se admite que éste era desconocido para el demandante y por ende que no fue este quien propuso contratarlo sino que su conocimiento y aceptación vinieron determinados por las recomendaciones de los empleados del Banco. Además, resulta clara dicha relación de asesoramiento cuando los clientes son derivados desde el Banco Popular a POPULAR BANCA PRIVADA, entidad experta en gestión de patrimonios y en este tipo de asesoramiento.”

[Texto completo de la sentencia](#)

\*\*\*