

DEBER DE INFORMACIÓN

La nulidad por error en la contratación de productos estructurados.

[SAP Madrid, Sección 11, núm. 336/2019, de 9 de octubre, recurso: 625/2018. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Miguel Alemany Eguidazu.](#)

El deber de información – Nulidad por infracción de normas o por ausencia de consentimiento y caducidad de la acción – Anulación del Empaquetado II por error – Alcance de la responsabilidad e indemnización – Restitución y cuantificación del daño (sinopsis de Fernando Zunzunegui y Antonio Gutiérrez).

El deber de información: “[...] D. Anselmo y D.^a Evangelina [...] suscribieron con Banco Santander [...] el producto financiero original denominado "Tridente" [...] Por contrato firmado el 10/3/2010, los Inversores y el Banco acordaron la cancelación anticipada del Empaquetado I con efectos 28/01/2009 y su reestructuración mediante un nuevo producto también denominado "Tridente" [...] En primera instancia, se desestimó la demanda. [...] Los demandantes interponen el recurso [y] [...] [e]l Banco se adhiere a los razonamiento de la Sentencia recurrida y reproduce los de su contestación oponiéndose en todo al recurso. [...] La [...] **Normativa en el momento de suscripción de los Contratos** [...] no establece un **régimen jurídico** específico, sino que señala que "a los instrumentos financieros, les serán de aplicación, con las adaptaciones precisas, las reglas previstas en esta Ley para los valores negociables". [...] No obstante en los últimos tiempos se ha apreciado que las entidades de crédito celebran con los inversores **contratos financieros** cuyas características económicas y jurídicas son diversas. [...] Particularmente, los Productos son un contrato financiero de los previstos en el antiguo artículo 2 b) LMV 1988 [...] Además, se hablaba de **contrato financiero atípico** [...] [y] [l]a comercialización de CFAs precisaba la publicación de **folleto**, “con las excepciones y adaptaciones” determinadas por la CNMV [...] En el momento de la suscripción de los Contratos, el contenido del folleto se atenía a la Circular CNMV 2/1999 en la redacción de la Circular CNMV 3/2000 [...] que [...] establecía [...] [que] en tanto que la CNMV no elabore los modelos de folletos para las ofertas públicas de venta o suscripción de los contratos financieros [...] el folleto deberá contener la información exigida por la Circular 2/1999, de 22 de abril, de la CNMV". En consecuencia, [...] [d]adas sus características y el riesgo existente sobre el principal invertido y, con el fin de garantizar un grado de información suficiente, la entidad oferente debía incorporar necesariamente al contrato firmado por los clientes, el texto del folleto informativo verificado e inscrito en la CNMV. [...] [S]e comprueba un cumplimiento deficiente por Banco Santander, siendo muy deficiente en el caso del Empaquetado I. [...] En el Empaquetado II [...] [e]l Banco practica el ocultismo respecto a la valoración de Productos [...] y cuando liquida el derivado con un valor de liquidación [...] sin explicar el cálculo.

Nulidad por infracción de normas o por ausencia de consentimiento y caducidad de la acción: “[...] El incumplimiento de la normativa MiFID, e interpretativamente la pre-MiFID, debe tener consecuencias civiles conforme al Derecho nacional. [...] Ahora bien, la infracción de **normativa administrativa** no justifica la consecuencia jurídica pretendida de nulidad absoluta. La LMV prevé la sanción administrativa [...] que es "un efecto distinto para

el caso de contravención" [...] La consecuencia de la infracción sería la eventual prosperabilidad de la **acción indemnizatoria** [...] [Y] [e]n todo caso, no será necesario estimar la acción indemnizatoria puesto que se plantea como la última de las subsidiarias en cascada. [...] Sobre la **ausencia de consentimiento** en los Contratos [...] los Inversores sostienen que la ejecución precedió a la firma de los Contratos, lo cual es cierto. No obstante, además de que respecto al Empaquetado I se desprende de la agenda comercial del Banco un mandato verbal y respecto al Empaquetado II se afirma expresamente en Anexo que medió "*acuerdo verbal*"; la cuestión carece de relevancia toda vez que la firma de los correspondientes Contratos supone la ratificación de lo actuado. [...] [S]obre la **caducidad en productos estructurados** [...] a efectos del cómputo del *dies a quo* de la acción de nulidad [...] habrá que estar a la **fecha del cumplimiento de las prestaciones** de las partes, [...] A [...] efectos de considerar cuándo se entiende consumado el negocio de adquisición, [...] el **Empaquetado II** fue cancelado el 5/4/2013 y la demanda se interpuso el 22/1/2016, luego la acción de anulación por error no había caducado. Sobre [...] el **Empaquetado I**, vencía el 15/3/2010 y fue cancelado el 10/3/2019 con efecto el 28/1/2009. El [...] Supremo, [...] en doctrina trasladable a la anulación, computó el plazo de caducidad desde el vencimiento del Empaquetado I [...] lo que determinaría [...] la caducidad de la acción respecto al Empaquetado I. [...] Sobre si la conexidad contractual [...] retrasa el inicio del cómputo hasta la consumación del contrato funcionalmente conexo no nos parece una tesis dogmáticamente adecuada toda vez que la doctrina de la ineficacia propagada [...] sólo permitiría sostener este efecto cuando los contrato fueran interdependientes; mientras que, aquí solo el Empaquetado II estaba vinculado [...] pero no a la inversa.

Anulación del Empaquetado II por error: “[...] Un **vicio de consentimiento** se presenta cuando la voluntad contractual se forma defectuosamente. [...] El error debe existir al tiempo de conclusión del contrato [...] Además, el error, como hecho constitutivo de la pretensión de anulación, debe ser probado por quien lo alega [...] No obstante [...] existen normas especiales de carga de la prueba [...] En materia de servicios financieros, el Tribunal Supremo considera [que] el incumplimiento de la normativa sectorial [...] debe probar[lo] la empresas de servicios de inversión; como indicio que permite fundar una presunción [...] de error del cliente [...] A efectos de desvirtuar la presunción, las **declaraciones de ciencia** son inanes [...] La jurisprudencia declara "la ineficacia de las menciones predispuestas [...] que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos" [...] En el caso enjuiciado, no resulta ocioso extender las consideraciones sobre la acción indemnizatoria al Empaquetado II. La razón es que es un contraindicio de error que el segundo producto **reestructure** el anterior [...] No obstante, este argumento tiene límites cualitativos ya que, en nuestro caso, el Empaquetado II presenta una complejidad muy elevada y notas, como probablemente el valor de mercado inicial negativo, que permiten sostener razonablemente la persistencia del error. En definitiva, estimamos la acción de anulación por error respecto al Empaquetado II, sin perjuicio de que igualmente le convienen los considerandos de la acción indemnizatoria. [...] En el supuesto de autos, el prestador de servicios de inversión ha infringido su deber general de información [...] y el deber general de conocer a sus clientes [...] El déficit informativo no se demuestra subsanado por una alegada información verbal por los empleados bancarios, [...] Además, se observa que el banco no propuso el **interrogatorio** de D. Anselmo [...] revela[ndo] [...] desinterés por la verdad material [...] En todo caso, “el deber de información no debe entenderse suplido por el propio contenido del contrato” [...] La normativa presupone que la información [...] debe proporcionarse **por escrito** [...] La presentación comercial no se demuestra recibida y, a tal efecto, el testimonio de un empleado del Banco no permite alcanzar una convicción suficiente [...] por las tachas de dependencia e interés. [...] Además debió informarse con suficiente antelación. [...] En el caso no se demuestra que se entregara información suficiente con antelación a la firma del Empaquetado II, lo que no subsana la información postcontractual [...] Es más, apreciamos unidad de acto en la firma del test de idoneidad y el contrato, por ser del mismo día. [...] El **perfil del cliente** D. Anselmo es el de pensionista por incapacidad permanente total, con estudios hasta los 16 años de capacitación agrícola y administrador de [...] mercantiles agropecuarias o patrimoniales familiares. D^a Evangelina es ama de casa. [...] La **evaluación de la idoneidad**, que solo se realizó para D.

Anselmo y para el Empaquetado II [...] arroja un perfil agresivo según el test de 27/9/2007 [...] Este último test es verosímil que se predatara, igual que el contrato del Empaquetado II; sin perjuicio de que, según múltiples apuntes de la agenda comercial [...] es razonable pensar ante la ausencia de reacción del interesado en más de un año, que D. Anselmo consintió verbalmente la reestructuración y luego se demoró en la firma, por lo que el Banco hubo de urgirle a ella. También se advierte que las respuestas al test de septiembre de 2007 no son ciertas [...] En todo caso, el Banco no aporta una explicación razonable de por qué en el contrato de gestión de carteras [...] el perfil es solo moderado, lo que da a entender que el test se adaptaba a los Productos y no los Productos al resultado del test. [...] En la suscripción del Empaquetado II consideramos que medió [...] asesoramiento visto que el Banco no aporta las comunicaciones comerciales [...] y considerada la inverosimilitud [...] de la suscripción espontánea de un producto complejo que no hubiera sido presentado como idóneo por el Banco. Además, la prestación de asesoramiento es característica del servicio en el segmento de banca privada. [...] Es más, incluso desde la perspectiva de la **evaluación de idoneidad**; el test [...] revela que [...] el Banco le colocó indebidamente el producto. [...] En cuanto a los cargos societarios [...] en empresas familiares [...] agrícola[s]; para disipar el error en productos complejos, la jurisprudencia solo admite **conocimientos especializados**. [...] [T]ampoco son decisivas las **inversiones previas** o la contratación de **otros productos similares**. [...] [E]l Empaquetado II es un **producto estructurado** [...] que impide cualquier comparación con otras inversiones [...] La presencia de error también se abduce [...] de que un **inversor razonable** no hubiera suscrito el contrato si no fuera por el déficit de información. [...] El **riesgo de la inversión** integra la causa concreta de los negocios en los mercados de valores [...] El criterio para descartar el error es que "los clientes [...] sean [...] capaces de comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece y, por consiguiente, de tomar decisiones [...] con conocimiento de causa" [...] Además de los **riesgos no informados** que se señalan [...], la normativa específica posterior [...] atribuye especial relevancia a la **función comparativa** de la decisión, lo que implica que la **rentabilidad** del producto [...] también es un elemento esencial de la decisión informada. [...] Cuando el obligado no ha cumplido los deberes de información a su cargo, pierde la oportunidad de situar al contratante informado ante su propia responsabilidad, que [...] no es predicable frente a riesgos razonablemente ignotos, en un marco jurídico de protección del inversor.

Alcance de la responsabilidad e indemnización: “[...] La **normativa MiFID** [...] establece responsabilidades legales por acto ilícito. [...] Los llamados **códigos de conducta** [...] [s]e trata de estándares [...] de comportamiento contractual, [...] Las normas de conducta aplicables a quienes presten servicios de inversión imponen [...] una obligación de **diligencia** [...] No obstante, esta no ha sido la vía de imputación escogida en la demanda. La diligencia se desarrolla también en un **Deber general de información** [...] acompañado del deber específico de orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros [...] Particularmente, hoy se prevé expresamente una responsabilidad civil especial por el **documento de datos fundamentales** [...] como caso particular de responsabilidad civil por información incorrecta. Además, la diligencia supone un “**Deber general de las entidades de conocer a sus clientes**” [...] que implica, [...] una evaluación de la idoneidad [...] y [...] de la conveniencia [...] En el mapa de los deberes de lealtad destaca la gestión de **conflictos de interés** especialmente en casos de autocolocación de instrumentos financieros [...] El **deber de actuar en el mejor interés del cliente** es un deber de fidelidad que refuerza la protección del cliente de servicios de inversión, [...] En concreto, el Banco incurre en **responsabilidad** porque colocó los Productos haciendo abstracción de las necesidades del cliente. El Banco [...] tenía obligación de conocer que el dinero procedía de una ejecución provisional, lo que entrañaba la eventualidad de tener que ser restituido con intereses legales si se revocaba la sentencia [...] Así, [...] [r]esulta absolutamente inadecuada la colocación de Productos que [...] no permitan hacer frente a la eventualidad de tener que restituir el dinero. [...] [E]l Banco no está actuando como un mero intermediario, [...] [N]o es necesario fingir la perfección de un contrato de asesoría de inversión [...] sino que es suficiente apreciar un asesoramiento preparatorio del servicio de inversión. Es más, [...] el deber de actuar en el mejor interés del cliente es deber acompañante típico del correcto asesoramiento y, además,

llena lagunas de protección porque su alcance no viene constreñido por el concepto MiFID de asesoramiento. Además, origina **responsabilidad contractual** y no precontractual, compatible con la acción de anulación. [...] El título de imputación por asesoramiento defectuoso ha sido reconocido en nuestra **jurisprudencia** [...] Conforme a los hechos probados, los bonos adquiridos [...] fueron adquiridos por las demandantes bajo las recomendaciones de su asesor de banca personal [...] Se aprecia un cumplimiento negligente de los deberes congénitos al asesoramiento [...] pues a unas clientes que buscaban una inversión en que el capital estuviera garantizado, se les recomendó la adquisición de unos bonos que conllevaban un elevado riesgo de pérdida parcial del capital, sin ni siquiera informarles al respecto. [...] En consecuencia, [...] cabía ejercitar una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de los deberes inherentes al test de idoneidad y a la consiguiente información a prestar al cliente minorista, [...] [A]demás, el Tribunal Supremo viene reiterando que es la empresa de servicios de inversión quien tiene la carga de probar el cumplimiento de la normativa sectorial. [...] No obstante, correspondería al inversor minorista demostrar que la pérdida que ha sufrido se debe a la utilización de la información contenida en el documento de datos fundamentales, [...] En la vertiente de la causación fáctica del daño [...] en la situación concreta [...] si el asesor hubiera advertido del riesgo financiero de perder [...] el dinero invertido, un cliente razonable habría considerado seriamente no suscribir los Productos. En consecuencia, debe presumirse que esta inadvertencia ha causado el daño al cliente. Por otro lado, en conexión con **los deberes especiales de las empresas de servicios de inversión** [...] el banco debía haberse abstenido de recomendar su adquisición, por lo que, al hacerlo, y al no informar sobre los riesgos inherentes al producto, propició que el demandante asumiera el riesgo que conllevó la pérdida de la inversión [...] En el aspecto de la **imputación subjetiva**, [...] [L]a tendencia normativa es la de la responsabilidad contractual objetiva, limitada al incumplimiento no excusable [...] En el plano objetivo, lo razonable es exigir también **previsibilidad** [...] En el caso [...] de [...] la prescripción [...] en los Contratos, el Banco no ejecuta órdenes por cuenta del cliente [...] sino que **negociapor cuenta propia** [...] luego no es aplicable el plazo especial de prescripción.

Restitución y cuantificación del daño: “[...] La anulación del Empaquetado II no se extiende al Empaquetado I. En hipótesis, la consecuencia de la anulación del Empaquetado II sería la restitución del valor a que quedó reducido el Empaquetado I [...] No obstante, desconocemos el valor de liquidación en tal momento. [...] No obstante, [...] [s]i atendemos a la versión del cliente en lo que le perjudica, esto es, que perdió o que iba a perder casi la totalidad de lo invertido en el Empaquetado I [...] su situación habría mejorado sustancialmente con la reestructuración. [...] En consecuencia, el crédito a la restitución [...] queda absorbido por el crédito a la indemnización derivado del Empaquetado I. [...] El **daño causado** viene determinado por el valor de la inversión menos el valor a que ha quedado reducido el producto y los intereses que fueron cobrados por los demandantes. [...] [L]a indemnización deberá alcanzar la cifra resultante de esta operación y los intereses legales devengados por esta suma desde la interpelación judicial. El pago de **intereses de demora** [...] tiene un carácter indemnizatorio y por ello se deben **desde que se reclaman** [...] Además, en la cuantificación de la indemnización resultante del Empaquetado I, debe computarse el **lucro derivado del Empaquetado II**, [...] La jurisprudencia afirma que debe existir “relación entre el daño y la ventaja” [...] Pues bien, considerando que el propio demandante viene sosteniendo [...] la conexión relevante entre los Contratos, [...] es justo y razonable computar todos los beneficios derivados de ambos Productos en la minoración del hipotético daño. [...] En este sentido, [...] debemos estimar y **ESTIMAMOS PARCIALMENTE** el recurso de apelación [...] y [...] [e]stimar **parcialmente** la demanda de Anselmo, anulando por error el producto estructurado Tridente [...] de 2007 y condenando a[l] Banco [...] a indemnizar al demandante [...]”

[Texto completo de la sentencia](#)
