

**LA INEXPERIENCIA DEL INVERSOR DETERMINA SU ERROR EN EL
CONSENTIMIENTO PERO NO A LA INVERSA***

**Comentario a la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 102/2016,
de 25 de febrero (RJ 2016\1514)**

Alicia Agüero Ortiz
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 23 de mayo de 2016

1. Los hechos y el fallo

Los inversores demandaron a Catalunya Banc instando la anulación por error en el consentimiento prestado en la contratación de los siguientes productos financieros: Depósito Líderes (3.000€, devolución del capital garantizada); Depósito Acumula 2 (devolución del capital garantizada); Depósito Triple Euribor 2E (24.000€, devolución del capital garantizada); Depósito Primeras Marcas (2.000€, devolución del capital garantizada); Pagarés de Cataluña Banca a 12 meses (7.647,98€); Deuda Subordinada de Caixa Cataluña 1ª emisión (30.000€); Deuda Subordinada de Caixa Cataluña 6ª emisión (18.000€); Deuda Subordinada de Caixa Cataluña 8ª emisión (15.000€); y Participaciones Preferentes de Caixa Cataluña (20.000€).

El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Zaragoza¹ estimó íntegramente la demanda, si bien la AP de Zaragoza (sección 5ª)² revocó tal pronunciamiento ante el recurso de apelación interpuesto por la demandada al considerar que “los clientes habían sido suficientemente informados y que tenían conocimiento de los productos contratados, porque desde el año 2000 habían concertado un sinfín de operaciones de inversión de amplia gama, como compraventa de participaciones preferentes, deuda subordinada y bonos de la Generalitat de Catalunya”. Frente a dicha sentencia interpusieron recurso

* Trabajo realizado en el marco de la ayuda para la Formación de Profesorado Universitario del Ministerio de Educación Cultura y Deporte (Ref. FPU014/04016).

¹ Sentencia de 1 de julio de 2013.

² Sentencia de 8 octubre de 2014 (JUR 2014\15611).

de casación los inversores que fue estimado íntegramente por el TS que declaró la concurrencia de error en el consentimiento dada la falta de información precontractual suficiente.

En concreto, señala el TS que tanto el RD 629/1993 como el art. 79bis LMV exigían que las ESIs entregaran información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos cuando promovieran u ofertasen el producto o servicio, con suficiente antelación respecto al momento en que se produjera la prestación del consentimiento de forma que éste pudiera formarse adecuadamente. En este sentido, manifiesta que la ESI no cumplió esta obligación por haber omitido esta información en la “oferta o asesoramiento al cliente”, considerando que existió servicio de asesoramiento pues los productos *“les fueron ofrecidos por la empleada de Caixa Catalunya”*. De esta forma, el TS equipara el ofrecimiento del producto a la prestación de un servicio de asesoramiento en materia de inversión, lo que recalca al concluir que *“Para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado “ad hoc” para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por la demandante y la entidad financiera. Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición”*.

Así pues, el TS casa la sentencia de apelación asumiendo la instancia al comprender que la única información que se entregó a los clientes fue la que aparecía en las órdenes de compra, la cual fue prerredactada por la ESI y no explicaba cuál era la naturaleza de los productos financieros ni sus riesgos, siendo insuficiente para que se formaran un consentimiento válido.

Una vez asumida la instancia, declaró la falta de caducidad de la acción pues el plazo de inicio de la acción no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia del error. Consecuentemente, considera que el plazo inicial de ejercicio de la acción habrá de ser *“el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error”*. Aun así, concluye que en este caso los clientes no pudieron tener conciencia de lo que habían adquirido *“adquirido hasta que solicitaron de la entidad que les entregara la documentación oportuna, el 18 de junio de 2012”*.

Por otro lado, respecto a la evaluación de la concurrencia de error en el consentimiento de los inversores, comprendió que error era excusable habida cuenta del incumplimiento de la ESI del estándar de información sobre las características y los riesgos de la inversión que ofrecía a su cliente. Precisamente, porque la ESI estaba obligada a cumplir con un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información, de forma que el incumplimiento de estos estándares comporta la excusabilidad del error siendo la parte que venía protegida por las obligaciones de información, la parte que merece la protección del ordenamiento jurídico. Es decir que, cuando el ordenamiento jurídico no impone específicas obligaciones de información a una parte, la omisión de información no contribuye a generar el error (no lo hace excusable), sino que simplemente no contribuye a remediarlo; pero cuando el ordenamiento jurídico sí impone obligaciones de información reforzadas por existir una asimetría informativa entre las partes contratantes, la omisión de tal información contribuye a generar el error y, por ende, será excusable.

En relación con la experiencia inversora de los clientes, que fue la *ratio decidendi* de la sentencia de apelación en base a la cual la AP consideró que los clientes conocían las características y riesgos de los productos por venir contratándolos de antiguo, el TS rechazó que tal experiencia inversora tuviera relevancia a efectos del error en el consentimiento. Así, sostuvo que *“Que los clientes hubieran contratado anteriormente productos similares no conlleva que tuvieran experiencia inversora en productos financieros complejos, si en su contratación tampoco les fue suministrada la información legalmente exigida”*. Prosiguió el TS afirmando que la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto, por lo que *“El hecho de tener un patrimonio considerable, o que los clientes hubieran realizado algunas inversiones previas no los convierte tampoco en clientes expertos, puesto que no se ha probado que en esos casos se diera a los demandantes una información adecuada para contratar el producto con conocimiento y asunción de los riesgos de una inversión compleja y sin garantías”*. Y concluyó sosteniendo que la ESI debió probar que la información facilitada en aquellas otras contrataciones no litigiosas era mejor que la entregada en estas contrataciones impugnada, por lo que, no habiéndolo hecho debe concluirse el carácter inexperto de los inversores. En otras palabras, para que una ESI pueda hacer valer la experiencia inversora de sus clientes debe aportar prueba documental de la información facilitada incluso en contrataciones que no sean objeto del litigio.

Por último, recalca el TS que para todo lo anterior no es óbice que en el caso de los depósitos estructurados con capital garantizado, dicho capital les fuera efectivamente restituido a los inversores, *“puesto que ello tendrá trascendencia respecto del contenido económico concreto de la restitución de las prestaciones, pero no afecta al vicio de*

nulidad”. Así pues, el TS confirma la sentencia del JPI, en la que se condenaba a la entidad demandada a restituir a la demandante la cantidad 122.647,98€ más las comisiones y gastos satisfechos por sus respectivas contrataciones, menos las cantidades que resulten en su caso, previa liquidación en ejecución de sentencia, como cobradas por la parte actora, cantidad que devengará el interés legal del dinero desde la fecha del pago de cada una de las cantidades indebidamente satisfechas por la parte actora hasta su total pago del principal a la parte actora.

2. Comentario

En primer lugar, merece la pena señalar que la equiparación entre ofrecimiento del producto y asesoramiento es errónea. No hace falta más que recurrir a la propia letra del art. 214.1 TRLMV, según el cual *“Cuando se presten servicios distintos del servicio de asesoramiento en materia de inversiones (...), la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado (...)”*, para corroborar que pueden ofrecerse productos fuera del ámbito del asesoramiento. En idéntico sentido se pronuncia el art. 73 del RD 217/2008 cuando afirma que *“las entidades que prestan servicios de inversión distintos de los previstos en el artículo anterior [asesoramiento en materia de inversión] deberán determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado”*. De nuevo, queda patente que el hecho de que un producto sea ofertado no determina que se esté prestando un servicio de asesoramiento. Con todo, esta identificación entre el ofrecimiento de productos y el servicio de asesoramiento es absolutamente estéril en el caso de autos, pues la prestación del servicio de asesoramiento sólo afecta al ámbito de aplicación del test de idoneidad, pero no a las obligaciones de información de las ESIs, que son las mismas se esté asesorando o no. Es decir que, el hecho de que comprendamos que la ESI estaba prestando un servicio de asesoramiento, sólo es relevante para determinar si debió someter al cliente al test de idoneidad como requisito necesario para recomendarle instrumentos financieros³. Pero nada de esto ha sido evaluado en la sentencia objeto de comentario.

³ Art. 72 RD 217/2008, *in fine*, *“Cuando la entidad no obtenga la información señalada en las letras anteriores, no podrá recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente ni gestionar su cartera”*. Por su parte, el art. 213 TRLMV establece que *“Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre sus clientes y, en su caso, los clientes potenciales, en relación con los siguientes aspectos, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan”*.

Por el contrario, lo que se pone de manifiesto y constituye el fundamento de la apreciación del error en el consentimiento de los inversores es la falta información previa suficiente sobre las características y riesgos de los productos, información que debe cumplir con las exigencias de los actuales arts. 208, 209, 210 y 211 del TRLMV, en los que no se establece ninguna diferencia obligacional en relación con la prestación o no del servicio de asesoramiento. En este sentido, yerra el TS afirmar que *“la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u oferta el servicio o producto, con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que este pueda formarse adecuadamente”*, puesto que esta información debe ofrecerse incluso cuando la contratación se inicie por iniciativa del cliente y, además, porque esta información no debe entregarse sólo cuando se preste un servicio de asesoramiento sino también cuando se ofrezcan servicios o productos financieros sin asesorar. En resumen, esta información debe entregarse siempre, sea cual sea la relación que une a la ESI y al cliente (asesoramiento, gestión de carteras o ninguna de ellas), y parta de quien parta la iniciativa de la contratación (ofrecimiento o demanda). Cuestión distinta es que la ausencia de entrega de dicha información pueda producir el error en el consentimiento de los inversores, pues como afirmó el TS en su sentencia de 20 de enero de 2014⁴ esto *“no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar”*, es decir, que el cliente pudiera conocer las características y riesgos del producto por otros medios.

En segundo lugar, respecto a la irrelevancia de la experiencia inversora de los clientes de cara a determinar el error en su consentimiento, el TS continúa con el criterio expresado en la STS de 13 de octubre de 2015⁵, según el cual el hecho de que el cliente tuviera experiencia en materia de inversión no implica que comprendieran la naturaleza de los productos financieros contratados y sus riesgos. Sin embargo, en su STS de 23 de abril de 2015⁶ recalcó que *“es razonable que sean tomados en consideración los conocimientos y experiencia del hijo de la demandante a efectos de decidir si existió vicio de la voluntad por error”*. Por otro lado, el TS ha tomado la inexperiencia de los inversores como criterio para apreciar el error en el consentimiento, por ejemplo, en su

⁴ RJ 2014\781.

⁵ RJ\2015\4741.

⁶ RJ 2015\1863.

sentencia de 15 de octubre de 2015⁷. En fin, si como el art. 73 RD 217/2008 establece, una de las obligaciones de las ESI es evaluar si *“el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado”* (test de conveniencia), debe considerarse que dichos conocimientos previos y experiencia deben ser tomados en consideración para evaluar si el cliente pudo comprender el producto financiero contratado, esto es, para evaluar si concurrió error en su consentimiento. Como dijimos anteriormente, el propio TS en su sentencia de 20 de enero de 2014⁸ sostuvo que el incumplimiento de los deberes de la ESI *“no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar”*. Por tanto, aunque dicho incumplimiento permita presumir el error en el consentimiento, debe efectuarse una valoración integral de los hechos, en especial, de los conocimientos y experiencia inversora del cliente de cara a determinar si efectivamente la ausencia de información precontractual propició que la voluntad del contratante se formara a partir de una creencia inexacta, es decir, que la representación mental que sirvió de presupuesto para la realización del contrato fue equivocada o errónea. Pues como ha reiterado el TS, *“es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración, lo que exige que la equivocación se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias”*. Asimismo, este error ha de recaer sobre la *“sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC)”*.

En conclusión, si bien presumir el error cuando no se facilitó la información a la que la ESI venía obligada es acertado, la concurrencia de hechos adicionales –como conocimientos o experiencia previa del inversor- deben ser tomados en consideración para, en su caso, hacer decaer esa presunción, puesto que no parece dable que quien viene operando de antiguo en los mercados financieros se representara equívocamente el objeto de contratación. Especialmente, cuando sólo se impugnan por error en el consentimiento aquellas inversiones que han producido pérdidas o que, sin haber producido pérdidas no han dado todos los beneficios que se esperaban (como en el caso de la sentencia aquí comentada), pero no las inversiones fructuosas. Pues, o se comprende y conoce que se está operando en el mercado de valores o no, pero si sólo se comprende en unos casos y no en otros, es claro que el error no es ni puede ser esencial pues recae sobre algo diferente al objeto y causa del contrato, a saber, sobre la potencial rentabilidad del producto, que finalmente no fue la esperada.

⁷ RJ 2015\4894.

⁸ RJ 2014\781.