NO REALIZAR CORRECTAMENTE LOS TEST DE CONVENIENCIA E IDONEIDAD SALE CARO*

Jesús Almarcha Jaime
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha
Abogado colegiado en el ICAM
Departamento de Gestión del Conocimiento de Gómez-Acebo & Pombo
Jesus.Almarcha@uclm.es / jalmarcha@gomezacebo-pombo.com

Fecha de publicación: 5 de octubre del 2016

A nadie sorprende el hecho de que no son pocas las resoluciones judiciales que han declarado la nulidad del contrato sobre algún instrumento financiero como consecuencia de no realizarse correctamente los test de conveniencia e idoneidad al consumidor. Al margen de las consecuencias económicas que la retroacción contractual conlleva como causa de la nulidad, los efectos para la entidad bancaria o la empresa de asesoramiento financiero (EAFI) no quedan ahí. En este trabajo se recopilan dos ejemplos de resoluciones judiciales que confirman las sanciones impuestas por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) en este ámbito.

1. Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) núm. 472/2016, de 30 de junio (JUR 2016\157212)

Esta reciente sentencia condena a una EAFI y a su administradora única al pago de determinadas sanciones, que ascienden a un total de 1,25 millones de euros, por incumplimiento de la normativa. En concreto, la CNMV les sanciona por 1) incumplir los deberes de información contable, 2) presentar deficiencias significativas de sus políticas y procedimientos relativos a su organización interna, 3) realizar una actividad no autorizada a las empresas de asesoramiento financiero, consistente en la delegación del servicio de captación de clientes en un tercero y 4) no realizar correctamente los test de idoneidad.

* Trabajo realizado en el marco de la beca de colaboración con referencia 2016-BCL-5986 para el Proyecto «Grupo de investigación del profesor Ángel Carrasco» cuyo director e investigador responsable es el Prof. Dr. Ángel Carrasco Perera, de la Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM).

En lo que a este trabajo interesa, nos centraremos en esta última relación fáctica sancionada. Se parte del hecho de que la CNMV utilizó una muestra de 166 test de idoneidad en los que se recomendaba a los clientes la contratación de productos complejos *(warrants* y *contracts for difference* -CFDs-). Se aprecia una desviación relevante ya que el 84 % manifestaban unos objetivos de inversión con mucho menos riesgo, de modo que los test empleados por la EAFI eran sesgados y estaban tendenciosamente orientados a la determinación del perfil inversor como decidido o arriesgado (98 % de los clientes, porcentaje que se asume en la demanda). Concretamente:

- En el apartado de conocimientos y experiencia inversora no se recababa información sobre el conocimiento ni sobre la experiencia inversora de los clientes en productos derivados en general, ni en particular sobre *warrants* y CFDs. En consecuencia se entiende que la EAFI no podía concluir objetivamente sobre los conocimientos y experiencia de los clientes.

- En el apartado de objetivos de inversión las preguntas eran imprecisas para obtener los objetivos de inversión del cliente, existiendo la posibilidad de clasificar a clientes con perfiles decidido y arriesgado aun habiendo contestado a la pregunta sobre su nivel de asunción de riesgos como medio o bajo. Asimismo, una respuesta del cliente a la pregunta de aceptación de una pequeña pérdida temporal de la inversión o una respuesta de grado aún inferior resultaba compatible con la recomendación a dicho cliente de productos del tipo *warrants* y CFDs, entendiéndose como no razonable ya que se puede perder la totalidad de la inversión en cortos periodos de tiempo.

- En el epígrafe de situación y capacidad financiera no se obtenía información precisa sobre los activos, inversiones y bienes inmuebles del cliente, ni tampoco sobre sus pasivos u obligaciones. El test tan sólo recababa información sobre las reservas de liquidez del cliente, de forma que no se podía valorar la importancia relativa de la inversión respecto al patrimonio total.

Como consecuencia se causaron pérdidas a 142 de los 166 clientes de la muestra por un total de 340 mil euros para operaciones cerradas y 2,6 millones de euros para operaciones abiertas, sin incluir las comisiones cobradas por la EAFI.

2. Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) núm. 340/2013, de 1 de julio (JUR 2015\186578)

En esta resolución se analizan varias sanciones, con un importe total de 16,9 millones de euros, impuestas por la CNMV al Banco Santander por la comercialización de los

denominados «Valores Santander». Las sanciones se imponen por 1) no haber dictado pautas homogeneizadoras a sus comerciales para seleccionar a los potenciales clientes de la emisión de los Valore Santander, que en su mayoría eran particulares, considerándose al producto financiero como complejo, 2) la falta de remisión a los clientes de información periódica sobre su cartera de valores, 3) la inadecuada gestión de un conflicto de intereses producida entre los clientes y 4) la deficiente evaluación de la conveniencia de las operaciones del mercado secundario realizadas sobre el producto controvertido.

De nuevo nos centraremos en la obligación de evaluación. El tribunal considera apropiada la sanción impuesta por incumplir este deber por los siguientes motivos:

- Se incluye en todos los contratos una leyenda[1] que evidencia que la conducta de la entidad bancaria fue contraria a la que le imponía tanto la Ley 47/2007 como la misma Ley 24/1988 en su redacción anterior.

- La entidad bancaria reconoce que comenzó a aplicar el test de conveniencia exigido por MiFID a partir del 30 de junio del 2009, es decir, más de un año después de la entrada en vigor del Real Decreto 217/2008, realizándose 25 601 operaciones de compra de Valores Santander, por importe de 1085 millones de euros, en el periodo comprendido entre el 1 de enero del 2008 y el 30 de junio del 2009.

- Tampoco procede tener en cuenta las declaraciones de los comerciales de la entidad bancaria acreditando el correcto cumplimiento de la normativa por cuanto son declaraciones bastante posteriores a las operaciones (incluso hasta cuatro años), y responden a fórmulas estandarizadas, sin que acrediten el hecho básico objeto de controversia, esto es, si el banco fue informado por sus clientes de su grado de experiencia como inversor.

Respecto a la graduación de la infracción y su correspondiente sanción, que en este aspecto asciende a 6,9 millones de euros, el tribunal destaca que la calificación debe tener en cuenta tanto el perjuicio efectivamente causado a los clientes como el grado de incumplimiento de la recopilación de la información de los mismos. Al respecto, se entiende incumplida la obligación de recopilación informativa, lo conlleva la causación de un perjuicio a los adquirentes del producto que no recibieron la evaluación, es decir, no resulta primordial el hecho de que el perjuicio económico se provocara a unos trescientos inversores de los más de cien mil que suscribieron la emisión de valores.

[1] El texto literal de esta leyenda era el siguiente: «El cliente declara que ha sido informado por Banco de Santander de que, para la realización de esta operación, el banco no tiene obligación de evaluar la conveniencia o adecuación de la misma a su perfil de cliente, atendiendo a sus conocimientos y experiencia sobre el producto o instrumento financiero a que se refiere...».