

NULIDAD DE LA CONTRATACIÓN DE VALORES SANTANDER Y SEGURO DE INVERSIÓN POR CONCURRIR VICIO DEL CONSENTIMIENTO POR FALTA DE INFORMACIÓN¹

SAP de Murcia (Sección 4ª) núm. 656/2014 de 13 noviembre. (JUR 2015\4)

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

Fecha de publicación: 23 de enero de 2015

1. Los hechos

Los actores adquirieron Valores Santander por importe de 565.420,89 € el 9 de enero de 2008, tras la emisión de aquéllos, mediante orden de compra de dichos valores en el mercado secundario al Banco. Asimismo, adquirieron días después el producto “Seguro de Inversión 10 Oportunidades Sectoriales”. Los demandantes alegan la concurrencia de error en el consentimiento, debido a que el adquirente y su esposa tenían 80 años cuando se adquirieron; la orden de compra no está firmada por su esposa pese a aparecer como titular; su condición de promotor inmobiliario no le aportaba formación necesaria para comprender productos financieros complejos; que no se les realizó el test de idoneidad; y que el hecho de que hubiera contratado con anterioridad diversos productos financieros no permite suponer que comprendió el producto Valores Santander. Por su parte, la entidad sostiene que se explicó verbalmente las características esenciales del producto; que en la orden de compra se señalan los aspectos fundamentales de los valores, en especial, que comportaban riesgos y que el cliente afirmaba haber sido informado sobre las características y riesgos de la operación; que se prestó el servicio a instancia del cliente limitándose a ejecutar una orden de compra emitida por éste; que se le realizó el test de conveniencia; que recibió información posterior a la contratación relativa a la evolución del producto e información fiscal; y que disponía de amplia experiencia inversora, al tener contratados en su cuenta de valores

¹ Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación “Impacto regional de la reciente regulación sobre Derecho de Consumo: el régimen del arbitraje y mediación de consumo, el TR de la LGDCU y la Directiva 29/2005, de prácticas comerciales abusivas”, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

diversas acciones, participaciones preferentes y fondos de inversión (ninguno de ellos impugnados por vicios del consentimiento).

2. El fallo

La AP de Murcia parte de la cita de varias sentencias del TS, entre ellas, de la sentencia de 8 de julio de 2014 en la que el TS sostiene que el incumplimiento de los deberes de información por parte de la entidad financiera no comporta *per se* el error de consentimiento, pues lo que vicia el consentimiento es la falta de conocimiento suficiente del producto, si bien aquel incumplimiento puede afectar a uno de los requisitos del error vicio, a saber, la excusabilidad.

Tras ello, la AP afirma la existencia de error en el consentimiento debido a que: (i) la entidad no entregó información suficiente pues la información contenida en la orden de valores “no consta información sobre la naturaleza, características y riesgos del producto”; (ii) la orden no fue firmada por su esposa (no se especifica si la cuenta de valores estaba suscrita en modalidad indistinta o conjunta); (iii) la contratación se hizo a iniciativa de la entidad financiera, justificando tal afirmación en que la entidad tendría “evidente interés en el producto financiero, y especialmente en cuanto a la conversión en acciones de la entidad” (no se prueba nada más al respecto); (iv) no se realizó el test de idoneidad (art. 79 bis LMV) pese a haberse contratado a iniciativa de la entidad (suposición aceptada como hecho probado por la AP); (v) que el inversor fuera promotor inmobiliario y que tuviera contratados diversos productos de inversión (participaciones preferentes, acciones y fondos de inversión), no implica que tuviera conocimientos financieros pues los Valores Santander “pues estos productos no tienen la complejidad financiera que Valores Santander”; (vi) respecto a la información entregada con posterioridad sostiene que “carece de relevancia para descartar el error en que se pudo incurrir a la hora de suscribir el producto Valores Santander”; finalmente (vii) respecto al seguro de inversión, sin entrar a valorar la información entregada al inversor, declara su nulidad porque se contrató con motivo de la suscripción de Valores Santander (pese a que ocurriera días después) y, siendo nula la suscripción de los valores es “extensible dicho error a los contratos de seguros concertados”.

3. Comentario

Merece la pena realizar algunas matizaciones sobre algunos argumentos de la AP de Murcia, en concreto:

- i. Insuficiencia de la información entregada, lo cierto es que no existe ningún documento específico a cuya entrega esté obligada por la normativa MIFID la entidad financiera, en orden a cumplir con su obligación de entregar información suficiente, por lo tanto, el cumplimiento de esta obligación podrá ponerse siempre en entredicho. El art. 79 bis LMV únicamente requiere de las ESIs que mantengan adecuadamente informados a sus clientes, proporcionen información comprensible sobre los servicios que presta, instrumentos financieros, y estrategias de inversión, etc. Adicionalmente, se permite que dicha información se entregue en un formato normalizado (art. 79. Bis 3. II), pero no se establece ningún formato normalizado que permita concebir que la entidad entregó información suficiente. Ni tan siquiera resulta obligatoria la entrega del resumen del folleto de la emisión, pues la obligación de la entrega del folleto se preveía en el art. 28 LMV, si bien fue suprimida por el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo. Por su parte, el RD 217/2008 establece en su art. 67 que la “elaboración” del folleto simplificado se considerará información suficiente en relación al art. 79 bis LMV, para el caso específico de adquisición de participaciones o acciones de instituciones de inversión colectiva. Ahora bien, se entenderá que el resumen del folleto contiene la información fundamental mencionada en el art. 79 bis, tal y como establece el art. 27 LMV, por lo que podemos comprender que la entidad que entregue el folleto habrá cumplido con las obligaciones de información del art. 79 bis LMV. Con todo, no es obligatorio y por ello, su falta de entrega no constituye ningún incumplimiento legal. En conclusión, si la entidad cumplió o incumplió sus deberes de información, queda en manos del arbitrio de jueces y tribunales, lo que genera una inseguridad jurídica absoluta.
- ii. Ausencia de firma del cónyuge: La AP omite si se trataba de una cuenta de valores en modalidad indistinta o conjunta, y lo omite aun cuando la diferencia es de radical importancia pues en las cuentas indistintas los titulares pueden actuar indistintamente obligando a ambos, por lo que sólo es necesaria la firma de uno de los titulares. Por el contrario, en las cuentas conjuntas se exige la firma de todos los titulares para la realización de cualquier tipo de operación. Igualmente, tal apreciación vulnera o desconoce la jurisprudencia del TS relativa a la eficacia del consentimiento de uno sólo de los cónyuges, así, en la STS de 20 de junio de 1991 se afirma que “el consentimiento de uno de los cónyuges, cuando

concorre el expreso del otro, puede revestir forma tácita o presunta, tanto por su asentimiento como por su aquietamiento y conformidad a la actividad dispositiva realizada y materializada por el otro (...) [que] puede haberse producido (...) en épocas posteriores, en las que se desarrollan conductas de conformidad y consentimiento». O las SSTs de 24 de mayo de 1995, 5 diciembre 1983, 6 diciembre 1986, 6 octubre 1988, 13 diciembre 1995, entre otras que insisten en que vale “incluso su pasividad o la no oposición de la mujer a la enajenación conociendo la misma, e incluso el silencio puede ser revelador del consentimiento”. Por lo que, conociendo la existencia de los valores desde 2008, habiéndolos declarado en sus declaraciones del IRPF desde aquella fecha, y no habiéndose opuesto, de conformidad con la doctrina del TS, el consentimiento ha sido prestado tácitamente².

- iii. La inversión se realizó a iniciativa de la entidad financiera: la AP de Murcia no ofrece más justificación de esta afirmación que el interés que tendría la entidad en que los contratantes lo adquirieran. La vacuidad del argumento es palmaria, y podría invertirse sin dificultad afirmando que la contratación se hizo a instancia de los inversores por el interés que tenían en el rendimiento ofrecido. Lo único cierto, sin poder averiguar lo que sucedió en aquella oficina, es que la entidad recibió una orden de ejecución de compra de valores, orden emitida por el inversor.
- iv. Ausencia de test de idoneidad: Yerra nuevamente la AP de Murcia al afirmar que, dado que la contratación se hizo a instancias de la entidad (supuestamente), ésta venía obligada a efectuar el test de idoneidad (y no el test de conveniencia, que fue el que efectivamente realizó al contratante). La obligación de realizar el test de idoneidad no radica en que el servicio se preste a instancia de uno u otro, sino que deberán efectuar dicho test “las entidades que presten el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras deberán obtener de sus clientes” (art. 72 RD 217/2008), para ello debe haberse suscrito un contrato de servicio de asesoramiento o gestión de carteras entre el cliente

² Véase SAP de León (Sección 2ª) núm. 155/2014 de 4 julio (JUR\2014\212335), que respecto a una alegación idéntica denegó la falta de consentimiento del cónyuge no firmante por: (i) no constó prueba de que el matrimonio estuviera desunido o roto; (ii) el importe destinado a la adquisición de ppf procedía de la cuenta conjunta de la pareja en modalidad indistinta, cuenta en la que la demandante tenía domiciliada su pensión, lo que supone un indudable conocimiento de la cuenta y de sus movimientos; (iii) en el periodo comprendido entre los años 2004 y 2012 la entidad remitió información fiscal sobre las ppf tanto a la demandante como a su cónyuge de forma individualizada; y (iv) el cónyuge no firmante declaró en todas sus declaraciones de la renta los productos financieros.

y la entidad, que en este caso no existió, de forma que no era necesario efectuar el test de idoneidad sino el de conveniencia, como se hizo.

- v. Irrelevancia de la experiencia inversora: la información que debe entregar la entidad, debe ser adecuada al perfil del inversor, es por ello que se requiere realizar los tests de conveniencia e idoneidad. Por ello, resulta sorprendente que la AP reste toda importancia a la experiencia inversora del adquirente y que las participaciones preferentes no son tan complejas como los Valores Santander, lo cual, por lo demás, es cierto y sin embargo observamos cada día que los pleitos por participaciones preferentes se admite con generalidad el error del consentimiento, no así en los pleitos relativos a Valores Santander.
- vi. Irrelevancia de la información posterior: es por todos sabido que para que el error invalide el consentimiento, éste ha de ser excusable, es decir, que quien lo alegue no pudiera comprender empleando una diligencia media que estaba contratando un producto de inversión. Ciertamente es también, que el momento en el que debe apreciarse la concurrencia del error es el momento de la contratación y no uno posterior, pero es evidente que si con informaciones posteriores la excusabilidad del error desaparece, debió ser en aquél momento en el que por informaciones posteriores se evidenciaba la realidad del producto contratado, cuando se impugnase la nulidad del contrato. El hecho de que el error se impugne sólo en el momento de producirse las pérdidas manifiesta que en realidad se está ante una estrategia oportunista, pues dejando de ser excusable el error en un momento posterior y no habiendo impugnado la adquisición, el contrato resulta confirmado por los actos propios (aquiescencia en el mantenimiento del producto) del adquirente.
- vii. Nulidad del seguro de inversión: resulta llamativo que se anule el seguro por el único motivo de la anulación de la inversión, cuando no son productos que integren un paquete o que se comercialicen conjuntamente. Considero evidente que debió haberse analizado individualmente el contexto de la comercialización del seguro, pues no concibo cómo el error en el consentimiento respecto a la contratación de un producto de inversión complejo puede comportar el error en el consentimiento en la contratación de un seguro (que no es un producto de inversión, ni tampoco es complejo).