

**UNA NUEVA STS SOBRE LA OMISIÓN DE LA INFORMACIÓN
PRECONTRACTUAL Y EL ERROR EN LA CONTRATACIÓN DE
PRODUCTOS ESTRUCTURADOS DE *LEHMAN BROTHERS*: AFLORAN
VOTOS DISCORDANTES**

Dra. Karolina Lyczkowska

Investigadora CESCO

Professional Support Lawyer en DLA Piper Spain

Fecha de publicación: 28 de noviembre de 2014

En la STS de 10 septiembre 2014, JUR 2014\270838 se debate la posible existencia de un vicio de consentimiento en la contratación de productos financieros estructurados (bonos emitidos por Lehman Brothers y Kaupfthing), así como de la responsabilidad por daños causados a los inversores. Se trata de treinta y un clientes del Banco Espírtu Santo (BES) que contrataron dichos productos a través de seguros de vida entre los años 2005 y 2007, concertados con una aseguradora integrada en el grupo de BES. Todas las inversiones fueron objeto de sucesivas reasignaciones.

Tras la declaración de insolvencia de las emisoras de los productos subyacentes, su inversión se redujo a cero. BES ofreció a sus clientes la novación de sus pólizas de seguro en las que los productos estructurados de LB y Kaupfthing se sustituían por un bono estructurado emitido por el propio BES, siempre que los inversores renunciaran a cualquier acción por responsabilidad en la contratación de las pólizas. No obstante, los clientes finalmente rechazaron la oferta y demandaron a la entidad pidiendo se declarara la nulidad de los contratos y alegando que el banco no había cumplido con los deberes de información precontractual suficiente. En la primera instancia se estima la demanda, pero la AP de Guipúzcoa revoca el pronunciamiento, en base a que la posible omisión de información alegada no tuvo suficiente relevancia como para provocar un error sustancial, dado que en el momento de la contratación ambos emisores gozaron de una ratio de solvencia mejor que el propio BES.

El Tribunal Supremo casa la sentencia y señala la importancia de los deberes de información al inversor en la normativa del Mercado de Valores. Reiterando su doctrina de los anteriores pronunciamientos, señala que la omisión de la información no es determinante del error, pero sí permite presumirlo cuando existe un deber legal al respecto. También hace hincapié en que no se trataba de inversores cualificados y que

por tanto los clientes "sólo tuvieron una conciencia más o menos difusa de estar contratando un producto de riesgo".

Los Magistrados Sastre Papiol, Ferrándiz Gabriel y Salas Carceller discrepan de esta conclusión y firman un voto particular a la sentencia. Indican que en la documentación de las condiciones particulares aportada al litigio, incluso en la propia demanda, figura en negrita un aviso sobre alto nivel de riesgo y la volatilidad de los mercados estructurados. Por tanto, un posible error de los clientes debería ser calificado como inexcusable, pues podía haber sido eliminado mediante una diligencia mínima de leer el contrato. Además, los Magistrados entienden que la insolvencia de las entidades emisoras de los bonos no puede ser imputable a las entidades de servicios de inversión que habían colocado estos productos en el mercado, pues se trataba de entidades con la mejor calificación crediticia y su caída era difícilmente previsible, por lo que se trataría de caso fortuito y sus consecuencias no deben imputarse a la entidad que ofreció el producto.

Ciertamente, es interesante observar que uno de los argumentos en los que se apoya la sentencia para declarar la existencia del error era la supuesta creencia de los clientes de que el riesgo de la operación de referenciaba al propio BES y no a la solvencia de los emisores de los bonos subyacentes. A este efecto, se señala que en la presentación PowerPoint distribuida entre los clientes se incluía el logo de BES en todas las páginas y se no se hacía referencia al riesgo concreto de la inversión en caso de insolvencia del emisor de los bonos por la inexistencia de fondo de garantía alguno. No obstante, si la supuesta confianza en la solvencia de BES fuera determinante en la contratación ¿por qué los actores rechazaron la oferta de novación de las pólizas con la sustitución por los bonos emitidos por el propio banco? Además, si los avisos sobre el riesgo de la operación estaban incluidas en el cuerpo del contrato, ni siquiera en las condiciones generales sino en las particulares de cada documento, como se indica en el Voto Particular, no se entiende bien por qué ha de primar una presentación PowerPoint a efectos de la comprobación del suministro de información suficiente, cuando es evidente que este tipo de presentaciones sirven sólo a efectos de promoción sucinta y no pueden ni deben incluir todas las condiciones específicas del contrato. Pero aún más importante: en el momento de la contratación los clientes eran como poco neutrales ante la circunstancia de que el garante de la emisión fuera Lehman Brothers o BES, porque lo que no entraba en consideración – ni formaba parte de una obligación de información específica- es que Lehman Brothers fuera a quebrar o que fuera a quebrar con una probabilidad mayor que lo hiciera BES. Como en tantas ocasiones, la sedicente falta de información sobre este extremo no hay sido causalmente determinante de la prestación del consentimiento.

Por otro lado, suscribimos también la conclusión de los Magistrados discrepantes en relación con la calificación de la insolvencia de los bancos inglés e islandés como un caso fortuito. Los economistas están de acuerdo en que se trataba de un suceso absolutamente imprevisible prácticamente, hasta la fecha de la declaración de insolvencia de las entidades. Lo demuestra la alta clasificación crediticia que las agencias de rating les otorgaban unánimemente hasta la fecha fatal. Por tanto, no puede exigirse a las entidades de servicios de inversión que ofrecían estos productos la responsabilidad por los posibles daños a los inversores, en términos del art. 1105 CC.