

CONCURRENCIA Y EXCLUSIÓN ENTRE LOS REMEDIOS AL INCUMPLIMIENTO Y LOS REMEDIOS PRECONTRACTUALES

Alejandro Araque García

Desde el año 2013, El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre las consecuencias de la comercialización de productos financieros por parte de entidades bancarias. Son varias las sentencias de Pleno que hasta 2017 especifican las vías que hallamos en nuestro ordenamiento para proteger a quienes sufren los efectos de un contrato desfavorable, como ha resultado este tipo de contratación a causa de un déficit informativo.

Se trata, normalmente, de un inversor -minorista, por lo general, aunque no solo- que contrata un producto financiero cualquiera, bien porque la entidad financiera se lo ha ofrecido, bien porque la decisión la toma el inversor. Sin embargo, en ambos casos, el banco omite la información que legalmente le corresponde prestar antes de la adquisición del producto. Pasado un cierto tiempo, el cliente comprueba cómo el producto financiero arroja cuantiosas pérdidas, a pesar de algún que otro saldo o desembolso positivo, por lo que decide reclamar judicialmente al banco. La estrategia procesal sigue dos vías subsidiarias: anulabilidad del contrato de adquisición de dicho producto financiero, con restitución de la cuantía invertida; o indemnización de los daños y perjuicios causados, a la que, en ocasiones, se le añade la pretensión resolutoria del contrato de adquisición del producto financiero.

La clave para resolver estos casos está en el cumplimiento defectuoso de los deberes legales de información, que han ido evolucionando a lo largo de los años gracias a la Unión Europea, a partir del deber general de informar del art.7 CC. Un paso decisivo, sin duda, es la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros (comúnmente llamada *MiFID*), aprobada con el fin de solventar la asimetría informativa entre los comercializadores de productos financieros y sus adquirentes. No obstante, como ha dejado indicado el Tribunal Supremo, su incorporación al Derecho español “tan solo acentuó las obligaciones de dichas entidades [financieras] con respecto a sus clientes, pero no supuso una regulación realmente innovadora”.

Dos son los canales para informar a los clientes y son los llamados *tests* de conveniencia y de idoneidad. El primero se exige cuando no concurre un servicio que conlleve asesoramiento y consiste en valorar los conocimientos y experiencia del cliente para que la entidad conozca sus competencias en materia financiera y decida si es capaz de comprender los riesgos que implica el instrumento. El segundo opera cuando haya un servicio de asesoramiento mediante

recomendaciones por parte de la entidad, que deberá hacer un examen completo al cliente que incluya el anterior test más un informe sobre su situación financiera y sus objetivos de inversión para poder personalizar sus recomendaciones.

El Tribunal Supremo ha aclarado las notas caracterizadoras de este deber de información. Así, se trata de una obligación activa, no de mera disponibilidad, que debe proporcionar con suficiente antelación una información clara, correcta, completa o suficiente y precisa. También en sentido negativo encontramos una variada casuística en que se rechaza el cumplimiento de este estándar, como la inclusión de condiciones generales o el envío de correos electrónicos sobre la efectiva adquisición de un producto financiero o su evolución periódica, el ofrecimiento por los empleados del banco para responder las preguntas que les formularan y la mera disponibilidad de la información en la web. Respecto al mismo cliente, circunstancias como su condición de empresario, hacerse acompañar por un asesor laboral y contable, contar con un patrimonio considerable o haber hecho algunas inversiones previas no permiten enervar el hecho objetivo del incumplimiento del estándar informativo. Tampoco el que se trate de una sociedad mercantil conlleva tener los conocimientos de un profesional del mercado de valores o un cliente experimentado en los instrumentos financieros.

Por último, la respuesta que el Tribunal Supremo ha dado, según los casos y el planteamiento de la demanda y la prueba, oscila entre la anulabilidad del contrato de adquisición del instrumento financiero y la indemnización de los daños provocados por las pérdidas consecuencia del funcionamiento del mismo. Sin embargo, la resolución se veda de plano. En este estudio, se profundiza sobre las vías disponibles, así como la excluida.