

II.1. DERECHO MERCANTIL

OBLIGACIONES DE DEUDA SUBORDINADA: UNA MALA PRÁCTICA BANCARIA

Por D. PEDRO RÓDENAS CORTÉS
Doctorando
Departamento de Derecho Privado
Universidad de Extremadura

Resumen

La Comisión Nacional del Mercado de Valores (C.N.M.V.) ha indicado sobre las obligaciones de deuda subordinada que son: «*Valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho a voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada. Se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido (...). Las obligaciones de deuda subordinada no cotizan en Bolsa. Se negocian en un mercado secundario organizado. No obstante, su liquidez es limitada, por lo que no siempre es fácil deshacer la inversión (...).*».

Por ello, es aplicable a tales ventas el art. 79 L.M.V. que establece ciertas exigencias para la comercialización de productos con cierto riesgo como el presente, exigiendo a las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente, la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses del cliente como propios, debiendo proporcionar toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión, aumentándose las exigencias con la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la L.M.V., como consecuencia de trasponer la Directiva 2004/39 C.E., sobre mercados de instrumentos financieros, con especial rigidez en el caso de que se trate de un cliente no profesional o minorista.

Abstract

The National Securities Market Commission has deliberated upon the subordinated debt obligations that are: «*Securities issued by a firm which do not confer neither share in their capital nor right to vote. They have a perpetual nature and their profitability,*

generally of a variable nature, it is not guaranteed. It is a very complex tool and entails a high risk that can generate profitability, but it also may cause losses in the invested capital (...). The subordinated debt obligations are not quoted in the stocks market. They are traded in an organized secondary market. Nevertheless, their liquidity is limited, thus it is not always easy to unmake the investment (...).

Therefore, it is required to applicate the article 79 L.M.V., which establishes certain requests for the commercialization of products with a certain risk as the present, thus demanding the investment services companies and financial entities when in front of their clients, a diligence and transparency and the development of an organized and careful procedure, watching the client interests as personals, obliging themselves to grant all the information at their disposal that might be relevant for making the decision of the investment, increasing the requests with the Law 47/2007, 19th of December, by which the L.M.V. is modified, as a consequence of transposing the Directive 2004/39 C.E., about financial tool markets, with special severity in the case the client was a non professional or a retailer.

SUMARIO

- I. LA NATURALEZA DE LOS PRODUCTOS CONTRATADOS
- II. DEBER DE INFORMACIÓN
- III. PERFIL DE INVERSOR
- IV. LAS CIRCUNSTANCIAS CONCURRENTES DEL ERROR INVALIDANTE
- V. JURISPRUDENCIA SOBRE EL SUPUESTO PLANTEADO
- VI. CONCLUSIONES

I. LA NATURALEZA DE LOS PRODUCTOS CONTRATADOS

Las obligaciones subordinadas comparten con las participaciones preferentes el hecho de que ambas reconocen o crean deuda contra su emisor, son instrumentos de deuda, tal y como regulan los arts. 401 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de Sociedades de Capital.

Las obligaciones subordinadas se emiten conforme a la Ley del Mercado de Valores, 24/1988, de 28 de julio (L.M.V.).

La deuda subordinada tiene su fuente normativa en el art. 7 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, modificada por la Ley 19/2003, de 4 de julio, y modificada por el art. 1.10 de la Ley 6/2011, de 11 de abril, por la que se traspone a nuestro Derecho la Directiva 2009/111/C.E., del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, en función especialmente, de determinar las condiciones para admitir como recursos propios de las entidades de crédito a los que denomina híbridos, entre los que se incluye la participación preferente y la financiación subordinada.

La mayoría de los economistas las definen como «producto financiero con un nivel potencial de riesgo relativamente elevado. Deben emitirse por un mínimo de cinco (5) años, aunque algunas son perpetuas.

Al igual que ocurre con las participaciones preferentes, no resulta nada sencillo determinar la naturaleza de las obligaciones subordinadas. Éstas comparten con las participaciones preferentes la definición de «híbrido financiero», entendiéndose por tal, una vía de financiación empresarial a largo plazo, a mitad de camino entre las acciones y los bonos.

Hay que recordar como las emisiones de deuda subordinada constituyen un producto complejo de difícil seguimiento de su rentabilidad y que cotiza en el mercado secundario, lo que implica para el cliente mayores dificultades para conocer el resultado de su inversión y para proceder a su venta y, correlativamente, incrementa la obligación exigible al banco sobre las vicisitudes que puedan rodear la inversión, entre ellos, la solvencia del emisor¹.

¹ La Comisión Nacional del Mercado de Valores (C.N.M.V.) ha indicado sobre este producto que son: «Valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho a voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada. Se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el

Por ello, es aplicable a tales ventas el art. 79 L.M.V. que establece ciertas exigencias para la comercialización de productos con cierto riesgo como el presente, exigiendo a las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente, la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses del cliente como propios, debiendo proporcionar toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión, aumentándose las exigencias con la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores, como consecuencia de trasponer la Directiva 2004/39 C.E., sobre mercados de instrumentos financieros, con especial rigidez en el caso de que se trate de un cliente no profesional o minorista.

El art. 79 bis reguló exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda tomar decisiones sobre las Inversiones con «conocimiento de causa» debiendo incluir en la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos (art. 79, bis, 3, 4, y art. 7 L.M.V.).

II. DEBER DE INFORMACIÓN

En relación al incumplimiento del deber de información, determinante del vicio del consentimiento en el que se funda la acción de nulidad, la Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 14 de noviembre de 2005, exigía que la diligencia en el asesoramiento de este tipo de productos: *«No es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en la defensa de los intereses de sus clientes. Lo que necesariamente conlleva a dar información cumplida del riesgo que se asume, haciendo al cliente las recomendaciones que se adecuen a sus concretas características como sujeto del mercado económico».*

Abundando en lo anterior, la entidad bancaria tampoco cumplió el mandato de la Ley 7/1998, de «condiciones generales de contratación», en cuyo art. 8 se mencionan expresamente las exigencias de claridad, sencillez, buena fe y justo equilibrio de las prestaciones, que por la propia naturaleza del contrato debían ser fijadas por el Banco en este caso, ni tampoco cumplió con el plus de protección a que venía obligado derivada de la condición de consumidor el actor.

Y así, es de aplicación la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyo art. 3 y bajo la rúbrica «concepto general de consumidor y de usuario»,

capital invertido (...). Las obligaciones de deuda subordinada no cotizan en Bolsa. Se negocian en un mercado secundario organizado. No obstante, su liquidez es limitada, por lo que no siempre es fácil deshacer la inversión (...).».

contiene la definición de «consumidor» a los efectos de la Ley diciendo que a los efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional», concepto éste que inequívocamente corresponde aplicar a la actora como ya se ha dicho antes. Debiendo recordarse que son derechos básicos de los consumidores y usuarios: d) La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios².

Por tanto, se establecen como causas de nulidad del art. 1265 en relación con el art. 1269 del Código Civil puesto que es obvio que el cliente nunca hubiera concertado el contrato si no se hubiera ocultado maliciosamente por la entidad bancaria su situación patrimonial.

De conformidad, con lo dispuesto en el art. 1101 y siguientes del Código Civil, en relación con el art. 1303 y concordantes, si es considerada procedente la nulidad del contrato también puede considerarse como posibilidad real el resarcimiento al perjudicado y la reintegración a la entidad bancaria más los intereses generados en la adquisición de los títulos desde la reclamación realizada a la entidad bancaria, conforme a los arts. 1100, 1101 y 1108 del Código Civil.

La superación por insuficiencia del sistema de información³ reglada como sistema de protección del inversor minorista y, por tanto, se establece la necesidad de crear obligaciones de diligencia profesional, tomó definitivo impulso por la trasposición de la Directiva 2004/39/C.E. (conocida como M.I.F.I.D. [*Markets In Financial Instruments Directive*]) a nuestro derecho mediante la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que reformó la Ley del Mercado de Valores y por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero.

La Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que modifica la Ley del Mercado de Valores, introduce el art. 79 bis regulando los deberes de información frente al cliente no profesional, sobre la naturaleza y riesgos del instrumento financiero ofrecido, para que el cliente pueda tomar las decisiones correspondientes con conocimiento de causa, y no verse sorprendido con situaciones, imprevistas para él, y sobre los que no había sido advertido.

Deber de información, en fase precontractual y contractual, sobre el que ha insistido el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión (ex art. 64)⁴.

² Sustentando lo argumentado la Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 22 de diciembre de 2009, con respecto a los contratos celebrados con entidades bancarias, considera que: «La nulidad del contrato por vicio del consentimiento ha de fundarse en argumentos relevantes, entre otros se encuentra, la falta de información suministrada a los clientes en relación con su perfil, lo cual se produce en este caso por lo que postulamos la declaración de nulidad del contrato».

³ A. TATO PLAZA, *La reforma de la competencia desleal*, 1.ª edición, La Ley, 2010.

⁴ Como se expone en la S.A.P. Jaén, sección 3.ª, de fecha 27-3-2009: «El art. 5.3 del Real Decreto 629/1993 citado dispone que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entrega a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva,

La anterior Ley 26/1984, de 19 de julio, de «defensa de consumidores y usuarios», especificaba en su art. 10 las condiciones que han de cumplir las cláusulas no negociadas individualmente:

«a) Claridad, concreción y sencillez en la redacción sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que en todo caso deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

b) Entrega al interesado del recibo justificante, copia o documentos acreditativo de la operación.

c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. Y sobre todo que en caso de duda sobre el sentido de la cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor»⁵.

Como ya podrá inferirse del contenido expuesto hasta ahora, la entidades bancarias no suelen cumplir con el deber que exige la legislación aplicable y vigente al caso, sin que proporcionen a los clientes la documentación e información necesaria para conocer el verdadero contenido y alcance de la operación que concertaba, y de los riesgos concretos que tenía el «fondo de inversión» que suscribió, especialmente en caso de que se produjese una importante bajada de los tipos de interés, como ha sido el presente caso.

A mayor abundamiento, los clientes minoristas gozan de especial prevalencia en sus garantías, debiendo recibir el máximo nivel de protección previsto, y no ha sido tratada con este máximo nivel de amparo exigible. La Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 29-10-2010, recoge que: «Se oferta un producto, coincidiendo con la tendencia alcista de los tipos puramente conyuntural y amparándose en el temo que esa fase alcista temporal produce en el cliente, y se oferta cuando la crisis asoma en el horizonte y una de las medidas para combatirla ha sido una bajada de importante del Euribor que se ha traducido en la ganancia de la demandada, que en este tipo de

muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrate.

La tendencia del legislador ha sido, si cabe más proteccionista de la clientela, y más exigente respecto de la obligación de información de las entidades financieras. Así, y en aplicación de la Directiva de la C.E., 2006/73, en su art. 31, el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, relativo a las empresas de servicios de inversión, deroga de forma expresa el Real Decreto ya citado, 629/1993, de 3 de mayo, y en su art. 64.1 dispone que las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación de cliente como minorista o profesional. En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tener decisiones de inversión fundadas».

⁵ El vigente Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en su art. 80, sirve de fundamento a la Sentencia que se viene citando (S.A.P. Jaén):

«Así pues, aunque no tengan la condición de abusivas las cláusulas que lo integran, por no concurrir los requisitos del art. 10 bis de la Ley anteriormente citada, o los del art. 82 de la vigente Ley reguladora de los consumidores y usuarios, lo cierto es que tampoco las cláusulas han sido acordes con la protección que los consumidores merecen, y este argumento, si bien no determina la nulidad de pleno derecho por abusivas, si contribuye a declarar la nulidad del contrato por el vicio de consentimiento que su inadecuada redacción supone».

contratos ha visto como tras una fugaz subida de tipos (con mínimas ganancias para el actor y los clientes), se produjo una inmediata y drástica bajada de aquellos... y a la Sala no se le escapa que quien, de las dos partes contratantes, se hallaba en condiciones de predecir con mayor fiabilidad la crisis y evolución de los mercados financieros en tal momento y desarrolla una campaña entre sus clientes para ofertar este tipo de productos, es la entidad financiera y no el actor, por más que sea empresario»⁶.

Este deber de información incumbe acreditarlo a la entidad bancaria, no sólo ya porque es algo que ésta corresponde efectuar, siendo la parte que ofrece el producto, integrándose en esa oferta, la información pertinente que haga comprensible a la otra parte contratante la realidad del producto ofrecido, para poder emitir un consentimiento formado correctamente, sino también por el principio de disponibilidad y facilidad probatoria, ex art. 217 L.E.C., del cumplimiento efectivo de una información adecuada, la que debe producirse con mayor intensidad en el sistema y operaciones bancarias, a cuyas condiciones el consumidor solo puede adherirse al contenido contractual ofrecido, como se desprende del ya citado art. 79. 1. a), c) y e) ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, lo que corrobora el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, respecto a la información a la clientela, proporcionando toda la que pueda ser relevante, debiendo hacer hincapié en los riesgos que cada una de las operaciones conlleva (ex art. 5.3 L.M.V.).

La Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que modificó la anterior Ley del Mercado de Valores, introduce el art. 79 bis regulando los deberes de información frente al cliente no profesional, sobre la naturaleza y los riesgos del instrumento financiero ofrecido, para que el cliente pueda tomar las decisiones correspondientes con conocimiento de causa, y no verse sorprendido con situaciones imprevistas para él y sobre las que fue advertido⁷.

⁶ En idéntico sentido, se pronuncia la S.A.P. de Asturias, de 27-2-2010, estableciendo:

«De otro lado, es evidente que ostentando el Banco su propio interés en el contrato, la elección de los tipos de interés aplicables en uno y otro contratante, los periodos de cálculo, las escalas del tipo para cada período configurando el rango aplicable, el referencial variable y el tipo fijo, no puede ser caprichosa sino que obedece a un previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del interés variable (Euribor). Estas previsiones, ese conocimiento previo del mercado que sirve a una prognosis más o menos fiable de futuro que configura el riesgo propio de la operación y está en directa conexión, por tanto, con la nota de aleatoriedad de este tipo de contratos pero no fue esta información la que se puso en conocimiento del cliente antes de contratar.

De contrario, la información sobre el riesgo se limitó a las advertencias que se contienen al final del anexo de cada contrato y estas son insuficientes pues se reducen al ilustrar sobre lo obvio, esto es que, como se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado es positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial.

Por el contrario, la información relevante en cuanto al riesgo de la operación es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial. Solo así el cliente puede valorar con conocimiento de causa si la oferta del banco, son las condiciones de tipos de interés, período y cálculo propuestas, satisface o no su interés. Simplemente, no puede ser que el cliente se limite a dar su consentimiento, a ciegas, fiado en la buena fe del banco, a unas condiciones cuyas efectivas consecuencias futuras no puede valorar con proporcionada racionalidad por falta de información mientras que el banco sí la posee.

⁷ Según recoge la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de fecha 6 de octubre de 2010, el acceso de los pequeños inversores a los mercados financieros y las dificultades o comple-

Necesario resulta indicar que el folleto informativo recoge toda la información relativa al riesgo del fondo que se pretende contratar y datos relativos a las condiciones generales del mismo de aplicación a todos los partícipes que lo hayan suscrito⁸.

Por supuesto, la información debida no se facilitó y tampoco se le hizo ningún test de perfil para ponderar la adecuación del producto al cliente, ni éste podría obtener un conocimiento exacto del alcance de las cláusulas contractuales, desde su propia literalidad, por su falta de claridad, que no puede favorecer a quién la ha causado (ex art. 1288 del Código Civil).

III. PERFIL DE INVERSOR

El consumidor es en cada norma un sujeto distinto, definido *ad hoc* para cada regulación, incluyendo generalmente sólo a personas físicas, aunque otras veces también ampara a las personas jurídicas, exigiendo en ocasiones una actividad alejada del tráfico profesional, otras que se sea destinatario final del bien.

Las medidas que ello implica, ha motivado la imposición en el ordenamiento legal de unas normas de conductas para las entidades de crédito y de protección a los inversores, exigiendo una determinada actuación informativa:

«Así la Ley de Mercado de Valores 24/1998, de 28 de julio, cuya aplicación a la operación enjuiciada (artículo 2) no es objeto de discusión y está sobradamente aceptada por la demandada, modificada por la Ley 47/2007 de diciembre de 2007 que traspone, entre otras, la Directiva 2004/39/C.E. del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros en el ordenamiento español, tras proclamar el deber de transparencia y diligencia de esas entidades, su artículo 79 bis enunciado como deber de información, exige a la entidad financiera un actuar con claridad, imparcialidad y no engañoso y, por tanto, la información que ha de practicarse como señala el art. 79 bis.2) ha de implicar que el cliente pueda, en palabras del legislador, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa (art. 79 bis.3), es decir, que el cliente ha de conocer y comprender el alcance y contenido de la operación, el riesgo que asume y sólo cuando conoce tales aspectos decidir si acepta o no la operación.

Ese deber informativo se ha reforzado, desarrollado y especificado aun más, manifestando así su trascendencia práctica, sobre todo a clientes minoristas con el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, que exige como norma general la suficiencia de la información (artículo 60), la antelación suficiente en su práctica (artículo 62) salvo excepciones que no son al caso; y expresamente tratándose de productos financieros, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros (art. 64).

En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas. Es más, si la información contienen datos sobre resultados futuros, el artículo 60.5 impone que se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos».

⁸ El art. 79.1 de la Ley del Mercado de Valores establece: *«Las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores deberán atenerse a los siguientes principios y requisitos:*

a) Comportarse con DILIGENCIA y TRANSPARENCIA en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado. (...).

c) Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios. (...).

e) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos SIEMPRE adecuadamente informados».

En definitiva, en cada norma habrá que buscar el sujeto pasivo al que tratan de proteger sus normas y ese será en último término el concepto de consumidor para el caso concreto⁹.

Las entidades de crédito y demás intermediarios que actúen en el Mercado de Valores deberán asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes para realizar con ellos las tareas de asesoramiento mínimo que consideramos inherentes a la prestación de este tipo de servicios.

Para poder elaborar su perfil de inversor y consentir la contratación del producto que se considere más adecuado, no se debe obviar que la práctica habitual determina que el cliente nunca solicite contratar el «producto» sino que lo ofrecen desde el Banco, siendo necesario recabar toda la información necesaria del cliente.

La Orden Ministerial, de fecha 7 de octubre de 1999, que desarrolla el Código de Buena Conducta y normas de actuación en la gestión de carteras de inversión, establece que las entidades deberán solicitar a sus clientes información sobre su experiencia inversora, objetivos, capacidad financiera y preferencia de riesgo.

Dicho Código de Buena práctica bancaria se establece, como elemento puramente autorregulador, que las entidades desarrollarán su actividad de acuerdo con los criterios pactados por escrito con el cliente (condiciones generales de inversión) en el correspondiente contrato. Tales criterios se fijarán teniendo en cuenta la finalidad inversora perseguida y el perfil del inversor o, en su caso, las condiciones especiales que pudieran afectar a la gestión. Dentro del marco establecido por estos criterios, los gestores invertirán el patrimonio de cada uno de sus clientes según su mejor juicio profesional, buscando un equilibrio entre liquidez, seguridad y rentabilidad, dando prevalencia siempre a los intereses del cliente.

En la confección de las órdenes de ejecución de los «obligaciones de deuda subordinada» deben tenerse presente criterios como la edad, los ingresos mensuales, patrimonio a favor del deudor, el histórico de inversiones y la experiencia como inversor, la capacidad de ahorro y liquidez, en nivel de riesgo asumible, el importe que desea invertir y, por último, la duración de la inversión.

El consumidor necesita protección no sólo porque sea el adquirente de los bienes o servicios, sino porque se le presupone una menor preparación jurídica, una necesidad de consumo y un menor nivel de poder de negociación. Así las cosas, en el ámbito del consumo la libertad de negociación y de pactos propia

⁹ La instrumentalización política, en discursos electoralistas como el emprendido por J. Kennedy, así como el uso publicista que sufrió en épocas posteriores siendo exclusivamente un arma que otorgó a su marketing un contenido social. Esta instrumentalización, junto con la convicción de ser el consumerismo un movimiento puramente pasajero, tuvieron consecuencias negativas como la ralentización del desarrollo normativo y la presunción de ocultar estas normas otros fines menos sociales.

de cualquier contrato se ve claramente mermada, lo que provoca la necesidad de crear respuestas jurídicas adecuadas. Tanto más útiles y rápidas han de ser estas soluciones como mayor sea la diferencia de poder negociador, contractual y económico de las partes¹⁰.

Se debe considerar contrario a las buenas prácticas en el Mercado de Valores, que las entidades que se dediquen al asesoramiento sobre inversiones y a la intermediación de órdenes, no recaben los datos señalados, ni elaboren un perfil inversor del cliente al que se está asesorando e, incluso, intermedien la compra o suscripción de productos cuya naturaleza e importe sean incompatible con lo que determina su perfil inversor¹¹.

La normativa vigente, a pesar de estar contenida en códigos de conducta, es de obligatorio cumplimiento para las entidades que operen en el Mercado de Valores pudiendo ser, entonces, su vulneración alegada en juicio.

Son numerosas las ocasiones, como ha sucedido en la presente, que las gestiones de concluyen con la rúbrica de una hoja de solicitud de una «orden de suscripción», sin otra información adicional que la facilitada por el director de la entidad bancaria¹².

Será, en definitiva, contraria a las buenas prácticas bancarias no facilitar al cliente toda la información necesaria para conocer las características esenciales del producto contratado, los cuales deberán contar con la máxima claridad y precisión en los impresos para atender las órdenes del cliente.

IV. LAS CIRCUNSTANCIAS CONCURRENTES DEL ERROR INVALIDANTE

De todo lo expuesto con anterioridad, se debe llegar a la lógica consecuencia que pueden concurrir las consecuencias del error invalidante del contrato sobre «obligaciones de deuda subordinada» firmadas, debiendo comenzar por manifestar que el cumplimiento de las previsiones en materia de información no quiere decir que el cliente son los más adecuados para recibir el producto ofertado.

Se evidencia que ha recaído sobre la cosa que constituyó el objeto y sobre las condiciones del mismo que hubieran dado lugar a celebrarlo, de modo que

¹⁰ V. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración. Parte General*, 4.ª edición, Colex, 2012.

¹¹ En este sentido la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en su informe anual sobre reclamaciones 1998, aconsejó: «a) *Que conozcan la situación de su cliente, le aconsejen lealmente y no olviden señalarle los riesgos de sus inversiones.*»

¹² En el Informe Anual sobre «reclamaciones» (1999), la Comisión Nacional del Mercado de Valores emitió una serie de consideraciones sobre la falta de entrega de folleto informativo: «*Las características básicas y las reglas de funcionamiento propias de cada fondo de inversión se contemplan en sus respectivos reglamentos de gestión y folletos informativos, documentos que las entidades comercializadoras deben entregar al partícipe en el momento previo a la suscripción de las participaciones. La entrega del folleto informativo (completo o reducido) y del reglamento de gestión de cada fondo es obligatoria y que no puede sustituirse por la información verbalmente ofrecida por la entidad referenciada de manera indirecta en la hoja de suscripción o en la publicidad del producto (...).*»

se revele su esencia, como recoge la Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 26 de junio de 2000):

«Que no sea imputable a quien lo padezca; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado y, que sea excusable, en el sentido de inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular».

La práctica habitual de los Tribunales ordinarios suelen estimar las pretensiones de las demandas judiciales porque el cliente, con la entrega del dinero sin conocer el producto que estaban contratando, ignora la naturaleza del fondo de inversión adquirido y su alto riesgo, y en la errónea creencia de que el capital entregado no se arriesgaba en la operación.

Este erróneo conocimiento se produce por la incorrecta e incompleta información que el empleado de la sucursal bancaria (que oferta el producto) le proporciona a la actora, sin hacerles entrega de la documentación exigida, y sin advertirles de las características y naturaleza de los fondos, por desconocer él mismo tales datos, limitándose a ofrecerles una rentabilidad mayor que otros productos (como pudieran ser depósitos a plazo fijo), incondicionada, y convenciéndola para que suscribiera tal producto financiero, traduciéndose en la existencia de un vicio esencial del consentimiento, pues la información que le dio la entidad bancaria hace que el consentimiento prestado adolezca de un error esencial e invalidante, no imputable a quien lo alega¹³.

Suele suceder que el cliente recibe la información adecuada, ni ésta podría obtener un conocimiento exacto del alcance de las cláusulas contractuales, desde su propia literalidad, por su falta de claridad¹⁴.

También llama la atención que los términos generales en que aparecen redactados los contratos de adquisición de deuda subordinada suscrito entre las

¹³ Como resuelve la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 3.ª, de fecha 27 de marzo de 2009:

«En el mismo sentido el error obstativo es un caso de falta de coincidencia entre voluntad y declaración, en el negocio jurídico, con la característica de que tal desacuerdo es inconsciente y, como consecuencia, excluye la voluntad interna real y hace que el negocio jurídico sea inexistente. El art. 1266 C.c. sólo se aplica al contrato que reúne todos los elementos (consentimiento, objeto y causa); es decir, a aquel en que ha habido error en la voluntad (error vicio), y no error en la declaración (error obstativo), aquel que invoca la anulabilidad (por el vicio), éste, la inexistencia por la falta de uno de los elementos, y éste último es el producido en este caso.

El error viene relacionado con el desconocimiento de lo que realmente se estaba contratando, ante la falta de información con respecto al producto comercializado, y la escasa formación del personal encargado de dicha comercialización. Así como por la propia redacción del contrato, que vulnera de manera flagrante la Ley General de Consumidores y Usuarios, no ajustándose el producto del contrato al perfil del actor».

¹⁴ Como expone la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de fecha 3 de diciembre de 2009:

«Que no puede favorecer a quién la ha originado –art. 1288 Código Civil–, ni el resultado de su aplicación respeta el equilibrio de las prestaciones, singularmente desproporcionadas en perjuicio del cliente, siendo éstos clientes minoristas, sobre los que incide una mayor como especial protección, sobre todo, en cuanto a la información que deben recibir del producto financiero contratado, para que su voluntad negocial se forme adecuadamente».

partes son insuficientes para obtener un conocimiento cabal de lo que verdaderamente constituyen su objeto como puede observarse de la simple lectura de los documentos aportados por las dos partes.

No suele existir referencia alguna a la descripción del producto objeto del mismo, sus requisitos, condiciones, efectos y prestaciones de las partes. Como normal general, se trata de simples órdenes que sirve para múltiples tipos de operaciones de esta naturaleza con independencia del producto objeto del mismo. No contiene ni tan siquiera el importe de la deuda contratada y el vencimiento.

No cabe otra opción que la consecuencia obligada de declarar la nulidad contractual solicitada y la restitución recíproca de las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses, conforme al art. 1303 del Código Civil. Traduciéndose en que las partes afectadas por la nulidad vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador (Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 22 de abril de 2002).

V. JURISPRUDENCIA SOBRE EL SUPUESTO PLANTEADO

El supuesto que se examina guarda analogía igualmente con el que es objeto de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de fecha 22 de diciembre de 2009, n.º 834/2009.

Nuestro Alto Tribunal confirma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.^a, de fecha 14 de noviembre de 2005. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación promovido por Caja Rural y estimó parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación procesal de A.D.I.C.A.E. Confirmó el pronunciamiento declarativo de nulidad, estimatorio de la acción de cesación ejercitada, de condena a devolver las cantidades que se indican, y sobre costas, y añadió los siguientes pronunciamientos:

«a) Declaración de nulidad del contenido del Anexo II al Contrato de Depósito de Alta Rentabilidad E-20 y en su consecuencia condena a la entidad demandada a restituir a cada uno de los afectados por la suscripción del referido Anexo el 50% del nominal de la inversión inicial que quedó afectado por el expresado documento –cláusula T– y los intereses legales de la expresada cantidad desde la fecha de suscripción en cada caso del referido documento.

b) Declaración de nulidad de los contratos de compraventa directa de acciones, condenando a la entidad demandada a restituir a los adquirentes el importe del precio destinado a su adquisición y los intereses legales de la expresada cantidad desde la fecha de suscripción, en cada caso, de la orden de compra»¹⁵.

¹⁵ Se fundó, en síntesis, entre otros motivos, en que:

«a) La normativa sobre información y transparencia en las inversiones, aun cuando no fue citada inicialmente, sin embargo fue apuntada por la actora en la demanda al describir los motivos por los que interesaba la declaración de nulidad.

b) No hay incongruencia en relación con la acción ejercitada, pues, en contra de lo que afirma Caja Rural, la cláusula controvertida es una condición general de la contratación y la norma aplicable no es el

Tanto en el supuesto examinado por la sentencia citada, como en el caso de autos, se cumplen los requisitos previstos en los arts. 1265 y 1266 del Código Civil, sobre el error como vicio del consentimiento, y la interpretación que de los mismos ha dado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 23 de julio de 2001 y 27 de mayo de 1982), entre otras, en relación con el requisito de su esencialidad (recaiga sobre la sustancia de la cosa) e inexcusabilidad. El error es esencial pues recae sobre la naturaleza del producto financiero que se adquiere y resulta inexcusable desde el momento en que la demandada infringe el deber de información, no entrega la documentación legalmente exigida para la suscripción de los fondos y, además, teniendo en cuenta el perfil conservador de los actores éstos actuaron en la confianza del asesoramiento del comercial, que conocía a uno de sus hijos, realizándose las operaciones siempre en el establecimiento regentado por el hijo de los demandantes¹⁶.

Pues bien, teniendo en cuenta que en lo relativo a las obligaciones subordinadas no suele existir una información adecuada a las circunstancias concretas del sujeto y tipo de negocio, la conclusión debe ser que existe vicio esencial del consentimiento que da lugar a la nulidad del contrato.

Siempre deberá recaer sobre la entidad bancaria, conforme a las normas de distribución del *onus probandi* del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acreditar que proporcionó a los clientes la información necesaria, para que éstos pudieran prestar un consentimiento cabal e informado sobre el producto que iba a contratar, que se salía por completo de la línea de productos comunes que hasta ese momento había contratado con la Caja, y ésta nada ha probado al respecto (en tal sentido, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos,

artículo 10 ter L.C.U., pues la sentencia ha estimado la nulidad de la cláusula por faltar a los parámetros de claridad y sencillez que en aplicación del artículo 8.1 L.C.G.C. por referencia al artículo 10.1.a L.C.U., cosa que determina la aplicación de la acción de cesación del artículo 12.2 L.C.G.C., la cual no exige que haya indicios suficientes que hagan temer la reiteración de modo inmediato de la conducta cuya cesación se ordena.

c) La cláusula M vulnera por falta de claridad y sencillez el artículo 5.4 L.C.G.C. y artículo 10.1.a L.C.U.; la información oral a que se refiere la entidad recurrente no puede constatar que se haya producido en todos los casos, ni la forma en que la misma operó; se sitúa en el anexo, que está en letra pequeña, su extensión es considerable, utiliza un lenguaje financiero específico, es de comprensión compleja para quien no se encuentra habituado al manejo de los términos lingüísticos financieros que se utilizan; utiliza indebidamente la palabra comisión para referirse a la traslación al cliente de parte de las pérdidas generadas en la compraventa de valores; dice que el importe de la imposición será abonado, cuando el capital no se garantiza; la presentación del anexo invita a su firma sin lectura; únicamente se resaltan en mayúsculas el nombre de las acciones de sociedades extranjeras a cuya evolución se vincula, la expresión depósitos de alta rentabilidad y a nombre de la Caja Rural.

d) No puede aceptarse que el error en el consentimiento sea imputable a los clientes de Caja Rural, pues teniendo presente el perfil de los consumidores afectados, éstos actuaron en la confianza del asesoramiento que recabaron de los profesionales de banca, que, actuando de buena fe, no valoraron adecuadamente el riesgo que hacían asumir a sus clientes».

¹⁶ De igual forma, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo T.S., de fecha 22 de abril de 2005:

«Lo que se trata, en definitiva, es de conseguir que las partes afectadas por la nulidad vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior a los efectos invalidados».

sección 3.^a, de fecha 4 de octubre de 2010, y de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5.^a, de fecha 16 de diciembre de 2010).

A modo de resumen, cuando no facilita ninguna documentación al cliente y, como no puede ser de otra forma, la consecuencia obligada de la nulidad que se declara no es otra que la restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses (art. 1303 del Código Civil).

VI. CONCLUSIONES

Resulta necesario concluir, en la línea señalada por los Juzgados y Tribunales que han llegado a la misma conclusión, que todo este cúmulo de desinformación se traduce en la existencia de un vicio esencial del consentimiento al amparo de los arts. 1262, 1265 y 1266 del Código Civil, pues tan parca e incompleta información, cuando existiere, hace que el consentimiento prestado adolezca de un error esencial e invalidante. Nunca imputable a quien lo alegase.

De acuerdo con los postulados de la buena fe, el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien no merece dicha protección por su conducta negligente y que ha de calificarse de esencial o trascendente, en el sentido declarado por la Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 17 de julio de 2006¹⁷.

En suma, el error en que el actor incurrió supone una representación falsa sobre la adecuación del objeto a la finalidad contractual perseguida, las bases del negocio, las premisas del contrato, los propios aspectos que conjuntamente las partes asumían como los que habían conducido a la celebración del contrato, error que es esencial puesto que ha afectado a las obligaciones principales del contrato y a la característica de alto riesgo del mismo¹⁸.

Todo ello deberá ser sustancial, pues afecta a un elemento nuclear del contrato, sobre la base de la falta de información concurrente e imputable a la entidad bancaria, que viene obligada a facilitar que el cliente adquiera plena conciencia de lo que contrata y, sobre todo, del riesgo que asume.

También habrá de conllevar la característica de la excusabilidad, pues se confía en la buena diligencia de los empleados bancarios sin que el cliente sea consciente de los altos riesgos de un contrato complejo del que no recibió la información necesaria para ponderar sus riesgos y decantarse conscientemente sobre su contratación.

¹⁷ «(...) Tiene tal carácter el error que recaiga sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato o, en otros términos, que la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste».

¹⁸ Sentencia n.º 171/2013, de fecha 25 de noviembre de 2013, dictada por el Juzgado de Primera Instancia, n.º 5, de Cáceres, en el procedimiento ordinario 185/2013.

BIBLIOGRAFÍA

- ACUÑA ALONSO, L., «El traslado a Estructuras de captación de recurso en los mercados internacionales de capitales», *Actualidad jurídica Uría & Menéndez*, 2004.
- ALONSO UREBA, A., «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima», *Revista de derecho mercantil*, n.º 198, octubre 1990.
- BANCO DE ESPAÑA-C.N.M.V., *Plan de educación financiera 2008-2012*, mayo 2008.
- BARONA VILAR, S., *Tutela de los consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2.ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Rescisión», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, Madrid, Ed. Civitas, 1995.
- CALVO VÉRGEZ, «La recapitalización de las cajas de ahorros», *Diario La Ley*, n.º 7656, 21 de junio de 2001.
- C.N.M.V., «Los mercados de valores y sus agentes: situación y perspectivas», *Boletín Trimestral*, I/2012, noviembre 2012.
- , «Atención de reclamación y consultas de los inversores», *Memoria 2011*, 2012.
- , *Presentación del Informe Anual correspondiente al ejercicio 2011*, 29 de mayo de 2012.
- CONSEJO EUROPEO, «Conclusiones del Consejo Europeo de 13 y 14 de diciembre», *E.U.C.O.*, 205/12, 2012.
- CORRAL DELGADO, S., «El nuevo mapa del sistema financiero español», *Extoikos*, n.º 3, 2011.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, Ed. Civitas, 1991.
- DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Navarra, Editorial Thomson Aranzadi, 2004.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Las participaciones preferentes: un híbrido financiero supletorio del capital social*, Madrid, Ed. Civitas, 2005.
- HERRERO, J., *Aproximación al sistema financiero*, Madrid, 19 de octubre de 2010.
- IGLESIAS PRADA, J. L., *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, Madrid, Editorial Tecnos, 1971.
- PRATS ALBENTOSA, L., «Participaciones preferentes: productos para profesionales en manos de consumidores», *Diario La Ley*, n.º 7970.
- REGADERA SÁENZ, J. M., «El consentimiento en los contratos bancarios complejos», *Protección de los particulares sobre las malas prácticas bancarias. Especial referencia a los intereses moratorios y remuneratorios*. C.G.P.J., 9/2011.
- SALINAS, V., «La solvencia de las entidades bancarias: el nuevo acuerdo de capital, Basilea 2».
- VILLACORTA HERNÁNDEZ, M. A., *Acciones rescatables y otros híbridos financieros societarios. Algunos aspectos jurídicos*.