

Buenas tardes,

Mi exposición, tal y como recoge el programa que Vds. conocen va a versar sobre los aspectos legales en la comercialización de las denominadas participaciones preferentes.

En primer lugar, les expondré brevemente la naturaleza y características de las participaciones preferentes, para pasar a la regulación que ha permitido y permite su comercialización, con especial detenimiento en la normativa de este último año. Por último, les hablaré de la protección de los titulares de este tipo de productos y las acciones que pueden ejercitar en defensa de sus derechos.

Con carácter previo a lo que va ser materia de mi exposición, quería realizarles unas consideraciones acerca de los contratos bancarios en general. La primera de ellas, y como decía el profesor D. Francisco Vicent Chuliá, el Derecho de los contratos bancarios es esencialmente un derecho de casos, y ello debido a la complejidad, novedad y acelerada renovación de los problemas que se plantean constantemente en la contratación con las entidades de crédito y su clientela. También es un derecho de casos por la desidia del legislador español en esta parcela del ordenamiento jurídico, que no ha sido capaz de promulgar un texto refundido sobre esta materia, existiendo un desorden y dispersión de la abundante normativa al respecto.

Últimamente, este derecho de casos, y respecto de algunas entidades, se han convertido en "el caso"...ya que algunas entidades han emitido determinadas emisiones de productos híbridos, (participaciones preferentes u obligaciones subordinadas), productos ligados indisolublemente a los recursos del emisor. (caso Bankia, o CAM, por ejemplo).

La segunda, como viene manifestando la jurisprudencia, y la doctrina mercantil, en la contratación bancaria, las condiciones generales crean un marco dibujado a gusto del Banco para conseguir descargar sobre el cliente todos los hechos que puedan originar daño o responsabilidad -condiciones generales oscuras y sesgadas, decisiones unilaterales, instrumentos jurídicos privilegiados, desplazamientos de riesgos propios de la actividad empresarial, etc.-, no siempre acordes con el art. 14 de la Constitución y que traen como consecuencia una cierta cultura del «dónde hay que firmar» del ciudadano que carece de conocimientos de derecho mercantil o matemática financiera,"

Por último, que, la contratación en el mercado financiero es una contratación compleja, con un elevado nivel técnico, que para su comprensión se requiere de conocimiento específicos en este tipo de productos, existiendo, en la mayoría de los casos, un gran desequilibrio, entre las partes contratantes. Una de ellas, el banco, un profesional experto; la otra, un consumidor, cliente minorista, sin conocimientos específicos acerca de estos productos y al que normalmente le une una relación de confianza con algún empleado de la entidad bancaria.

Una vez dicho ésto, venimos asistiendo desde hace unos años, durante más de una década, diría yo, a una pérdida de lo que hasta entonces venía siendo la función esencial de bancos y cajas de ahorro y ligado a ello, a un cambio sustancial en lo que

hasta entonces venía a ser la contratación financiera; - recibir fondos del público, a título de depósito, préstamo, cesión temporal; y como contrapartida de esa intermediación financiera, conceder créditos u operaciones de análoga naturaleza..

Bueno, pues esa función esencial ha dado paso a otras, que con el paso del tiempo, se han demostrado contrarias al interés de los clientes. Así, por ejemplo asistimos, desde finales de 1.999, entre otros productos, a la comercialización de las denominadas participaciones preferentes.

Sobre la **naturaleza y características** de este instrumento financiero, de las que Vds. ya seguro han oído hablar, decirles que, la Comisión Nacional del Mercado de Valores afirma que son valores emitidos por una sociedad que **no confieren participación en su capital ni derecho de voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada. Su remuneración el primer año suele ser fija. A partir del segundo normalmente está referenciada al Euribor (o a algún otro tipo de referencia) más un determinado diferencial. Esta remuneración está condicionada a que la entidad emisora de las participaciones obtenga beneficios suficientes. Se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado.**

Las participaciones preferentes presentan similitudes y diferencias tanto con la renta fija como con la renta variable, por ello se les denomina instrumento híbrido.

Por su estructura son similares a la deuda subordinada, pero a efectos contables se consideran valores representativos del capital social del emisor, que otorgan a sus titulares unos derechos diferentes de los de las acciones ordinarias (ya que carecen de derechos políticos, salvo supuestos excepcionales, y del derecho de suscripción preferente).

La participación preferente es un producto financiero que presenta altos niveles de riesgo y complejidad en su estructura y condiciones. Esta situación, está reconocida por el legislador en la exposición de motivos de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, que en su apartado IV afirma que: *"se prevén medidas de protección del inversor, de manera que la Ley da respuestas decididas en relación con la comercialización de los instrumentos híbridos y otros productos complejos para el cliente minorista, entre los que se incluyen las participaciones preferentes, con el fin de evitar que se reproduzcan prácticas irregulares ocurridas durante los últimos años"*.

Las razones objetivas de la comercialización masiva de las participaciones preferentes es la necesidad de financiación de determinadas entidades financieras. La *"inversión"* que realizaban los partícipes se integraba como patrimonio neto y no como pasivo, permitiendo mayor liquidez a las mismas.

La problemática que se plantea no es tanto su carácter complejo sino la forma en que ha sido comercializado por las entidades de crédito. La mayoría han colocado una parte importante de sus participaciones preferentes entre sus clientes minoristas, que tenían sus ahorros asegurados en depósitos a plazo fijo en la propia

entidad y han visto transformados los mismos en instrumentos híbridos de alto riesgo, desconociendo muchos de ellos la inversión que se les ofrecía.

Algunos de Vds. se preguntaran **como aparecen las denominadas participaciones preferentes en nuestros bancos**. Bien, veremos brevemente, de qué modo irrumpen en nuestro mercado, cual es su regulación, y constataremos la gran importancia y prevalencia que el legislador ha dado a la salvaguarda de las entidades de crédito frente a los derechos de los inversores en este tipo de productos.

Dicho ésto, también es relevante que conozcan que las **participaciones preferentes se comercializaron en nuestro mercado antes de existir una regulación específica de las mismas.**

La regulación de las mismas se inicia en dos mil dos, en aquel momento solo teníamos referencia por el artículo nº 7, de la ley 13 de 1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, donde en su artículo 7 se recogía lo que dicha ley estipulaba como recursos propios de las entidades, citando:

- El capital social.
- El fondo fundacional.
- Las cuotas participativas de las Cajas de Ahorros.
- Las reservas.
- Los fondos y provisiones genéricos.
- Los fondos de la Obra Benéfico-Social de las Cajas de Ahorros y los de educación y promoción de las Cooperativas de Créditos.
- **Las participaciones preferentes.**
- **Las financiaciones subordinadas.**
- Otras partidas exigibles o no, susceptibles de ser utilizadas en la cobertura de pérdidas.

La Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Reforma del Sistema Financiero, contenía una somera referencia a la existencia de las participaciones preferentes como componente agregado de los recursos propios de las entidades.

Pero no será hasta Ley 19/2003, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, cuando se procede a tipificar las participaciones preferentes, introduciendo su DA 3ª, una DA 2ª, a la ley 13/1985 con un contenido difuso y heterogéneo, dada la dificultad de precisar y definir la verdadera naturaleza de las participaciones preferentes.

También es a partir de 2003, cuando se produce el **traslado de domicilio** a España de las sociedades instrumentales emisoras de participaciones preferentes radicadas en paraísos fiscales, y como consecuencia, la constitución de las filiales españolas de las entidades de crédito que van a ser las encargadas de captar recursos.

También se produce el **cambio de denominación**, hasta entonces se denominaban acciones preferentes. Con este cambio, que pretendía distinguirlas de las acciones ordinarias, se ha demostrado totalmente ineficaz, ya que, la nueva denominación no ha sido más que origen de confusión y malos entendidos entre los inversores acerca de su naturaleza y contenido. **En todo caso, esta reforma de 2003, únicamente se centraba en cuestiones de índole fiscal y supervisora**, pero no se ocupó en absoluto de calificar legalmente a las participaciones preferentes, dotándolas de un marco legal, donde se definiera a quién y de qué forma se podría llevar a cabo la comercialización de las mismas.

A partir de ese año, 2003, la comercialización de dicho instrumento financiero se multiplica exponencialmente, así, y conforme es recogido por el informe anual de la CNMV sobre los mercados de valores y su actuación, en 2006, hubo 911 millones de euros en emisiones de preferentes, en 2009, “la friolera” de 12.960 millones.

No cabe duda, que al abrigo de la normativa expuesta, se permitió que las participaciones preferentes pudieran computar como capital de las entidades.

Desde 2003, hasta 2011, no se introdujo ninguna novedad. En ese lapsus tiempo, no cabe duda, ha existido, toda una convulsión en el sistema bancario, y cuyo detonante más conocido fue la quiebra de la entidad LEHMAN BROTHERS. Al respecto de ella, únicamente diré, que del propio informe emitido por Anton Valukas, Abogado e investigador del Tribunal de la quiebra de Lehman Brothers, (<http://jenner.com/lehman>), se constata que las demás entidades eran concedoras de que los activos de Lehman reflejados en sus balances, ya desde mucho antes de su quiebra, en septiembre de 2008, estaban sobrevalorados en los propios balances. Algunos de estos bancos, mientras seguían vendiendo productos de Lehman, sin advertir de su pérdida de solvencia, estaban procurándose garantías adicionales para cubrirse ellos mismos. Esto resulta tan público y notorio, que hasta se han realizado varias películas, de ello, la mejor y más ilustrativa, “Too big to fail” (“Demasiado grande para caer”), donde se evidencia la cantidad de reuniones que con anterioridad a la quiebra se mantuvieron entre los grandes bancos y el jefe del tesoro americano.

Bien, como les decía es en 2011, en concreto la Ley 6/2011 la que introduce cambios relevantes en la Ley 13/ 1985, con la finalidad de que las participaciones preferentes se ajustaran a la normativa europea. (Exige entre otras: que las participaciones preferentes no sean emitidas por entidades radicadas en paraísos fiscales. DA 2ª).

Pero ha sido en este último año, 2012, cuando el legislador, ha puesto todo su empeño en la protección y saneamiento de las entidades de crédito, con desatención absoluta a los intereses de los titulares de las participaciones preferentes.

Basta leer la Disposición Adicional 1ª del Real Decreto Ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero, para constatarlo. En ella se recoge: *“las entidades de crédito que tengan en circulación participaciones preferentes o instrumentos de deuda obligatoriamente convertibles en acciones emitidas antes de la entrada en vigor de la presente Ley, podrán, incluir en el plan de cumplimiento al que se refiere el*

artículo 1, la solicitud de diferir por un plazo no superior a 12 meses, el pago de la remuneración prevista.” Este es el inicio de la denominada “HOJA DE RUTA”, para el cumplimiento de las exigencias que desde Europa se exigen.

Siguiendo con las pretensiones proteccionistas de las entidades de crédito, de nuevo, legislador, debido a la comercialización masiva y las consecuencias que ello está teniendo, **vuelve a dictar un nuevo Real Decreto Ley, nº 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, donde, desde la exposición de motivos, viene a dejar bien claro, la cuestión de quién debe financiar las medidas de reestructuración y resolución de las entidades. Con esta norma, ya se intenta que los titulares de participaciones preferentes asuman parte del costo de reestructuración. Es decir, se intenta, que los clientes consumidores y minoristas, que asesorados por los bancos convirtieron sus plazos fijos y sus ahorros en esta especie de híbrido denominado participación preferente, sin haber sido informados de la verdadera naturaleza y riesgos de la inversión, que ya no tienen esos ahorros como consecuencia de la conducta dolosa de la entidad, le ayuden a reestructurarse y a refinanciarse.** Este RDL, ha sido derogado por la **ley 9/2012 de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito que recoge íntegramente el contenido del RDL.**

La exposición de motivos de la Ley, desde el inicio es una justificación de la desnaturalizada función de las entidades de crédito en la emisión de este tipo de productos híbridos, justificando no solo esto, sino desde un primer momento la inyección de fondos recibidos por la Banca.

Al tiempo, **se introduce en el título, el concepto resolución de entidades de crédito,** hasta ahora solo se hablaba de reestructuración de las mismas...

Otro concepto nuevo es el de “actuación temprana”, en el sentido de que todas aquellas entidades que no cumplan con los requisitos de solvencia, sean viables, tendrán que adoptar medidas de forma inmediata.

La ley, **dota al FROB de facultades extraordinarias** para iniciar cualquier **acción de gestión** en cualquier entidad con problemas de solvencia.

Se crea el mal llamado Banco Malo, SAREB, que irá precedido de lo que la Ley denomina Banco Puente.

Establece mecanismos voluntarios y obligatorios de gestión de instrumentos híbridos de capital...señalando las participaciones preferentes y la deuda subordinada

El título VII de dicha ley está dedicado a la gestión de instrumentos híbridos.

En él se atribuye al FROB la aplicación de esas acciones de gestión en el artículo 39 y establece que los planes de reestructuración y de resolución a los que se alude en los capítulos III y IV de esta Ley, deberán incluir la realización de acciones de gestión de los instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada que tengan emitidos

las entidades de crédito a las que corresponden dichos planes, para asegurar un adecuado reparto de los costes de reestructuración o de resolución de la entidad conforme a la normativa en materia de ayudas de Estado de la Unión Europea y a los objetivos y principios establecidos en los arts. 3 y 4 y, en particular, para proteger la estabilidad financiera y minimizar el uso de recursos públicos.

2. Las acciones que incluyan los planes de reestructuración y de resolución a los efectos del apartado anterior podrán afectar a las emisiones de instrumentos híbridos, como participaciones preferentes u obligaciones convertibles, bonos y obligaciones subordinadas o cualquier otra financiación subordinada, con o sin vencimiento, obtenida por la entidad de crédito, ya sea de forma directa o a través de una entidad íntegramente participada, directa o indirectamente, por aquella.

ARTÍCULO 40. Tipos de acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada

1. Las acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada podrán consistir, entre otras medidas, en:

a) Ofertas de canje por instrumentos de capital de la entidad de crédito, sean acciones, cuotas participativas o aportaciones al capital.

b) Ofertas de recompra de los valores, ya sea mediante su abono directo en efectivo o condicionado, conforme a su valor actual, a la suscripción de acciones, cuotas participativas o aportaciones al capital de la entidad o a la reinversión del precio de recompra en algún otro producto bancario.

c) Reducción del valor nominal de la deuda.

d) Amortización anticipada a valor distinto del valor nominal.

2. Las medidas del apartado anterior serán de aceptación voluntaria por parte de los inversores. En particular, las de los apartados c) y d) requerirán el consentimiento previo de los inversores para la modificación de la emisión que corresponda, conforme a lo previsto en los términos y condiciones de cada una. La entidad deberá promover, en su caso, las modificaciones a los términos de la emisión que faciliten las acciones previstas en su plan de reestructuración o de resolución, según corresponda.

Las medidas del apartado anterior podrán ir acompañadas de otras modificaciones de los términos de las emisiones afectadas y, en particular, de la introducción del carácter discrecional del pago de la remuneración.

3. A las entidades de crédito referidas en el art. 39.1 de esta Ley, para las que las acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada no alcancen un adecuado reparto de los costes, se les aplicará lo previsto en la Sección 2ª del capítulo VII de la presente Ley.

ARTÍCULO 49. Derechos de los inversores afectados por una acción de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada

1. Fuera de lo dispuesto en el art. 71 de esta Ley, los titulares de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada afectados no podrán iniciar ningún otro procedimiento de reclamación de cantidad con base en un incumplimiento de los términos y condiciones de la emisión correspondiente, si dichos términos han sido afectados por una acción de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada acordada por el FROB y la entidad está cumpliendo con su contenido.

2. Fuera de lo dispuesto en el art. 73 de esta Ley, los titulares de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada afectados no podrán reclamar de la entidad ni del FROB ningún tipo de compensación económica por los perjuicios que les hubiera podido causar la ejecución de una acción de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada.

Disposición Final Tercera. Modificación de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores

La Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, queda modificada en los siguientes términos:

Uno. El apartado 3 del art. 27 queda redactado del siguiente modo:

3. Excepto para admisiones a negociación de valores no participativos cuyo valor nominal unitario sea igual o superior a 100.000 euros, el folleto contendrá un resumen que, elaborado en un formato estandarizado, de forma concisa y en un lenguaje no técnico, proporcionará la información fundamental para ayudar a los inversores a la hora de determinar si invierten o no en dichos valores.

Se entenderá por información fundamental, la información esencial y correctamente estructurada que ha de facilitarse a los inversores para que puedan comprender la naturaleza y los riesgos inherentes al emisor, el garante y los valores que se les ofrecen o que van a ser admitidos a cotización en un mercado regulado, y que puedan decidir las ofertas de valores que conviene seguir examinando.

Sin perjuicio de lo que reglamentariamente se determine, formarán parte de la información fundamental, como mínimo, los elementos siguientes:

a) Una breve descripción de las características esenciales y los riesgos asociados con el emisor y los posibles garantes, incluidos los activos, los pasivos y la situación financiera.

b) Una breve descripción de las características esenciales y los riesgos asociados con la inversión en los valores de que se trate, incluidos los derechos inherentes a los valores.

c) Las condiciones generales de la oferta, incluidos los gastos estimados impuestos al inversor por el emisor o el oferente.

d) Información sobre la admisión a cotización.

e) Los motivos de la oferta y el destino de los ingresos.

Asimismo, en dicho resumen se advertirá que:

1º Debe leerse como introducción al folleto.

2º Toda decisión de invertir en los valores debe estar basada en la consideración por parte del inversor del folleto en su conjunto.

3º No se podrá exigir responsabilidad civil a ninguna persona exclusivamente sobre la base del resumen, a no ser que este resulte engañoso, inexacto o incoherente en relación con las demás partes del folleto, o no aporte, leída junto con las otras partes del folleto, información fundamental para ayudar a los inversores a la hora de determinar si invierten o no en los valores.

Dos. El apartado 4 del art. 28 queda redactado en los términos siguientes:

4. No se podrá exigir ninguna responsabilidad a las personas mencionadas en los apartados anteriores sobre la base del resumen o sobre su traducción, a menos que sea engañoso, inexacto o incoherente en relación con las demás partes del folleto, o no aporte, leído junto con las otras partes del folleto, información fundamental para ayudar a los inversores a la hora de determinar si invierten o no en los valores.

Tres. El apartado 1 del art. 30 bis queda redactado en los términos siguientes:

1. Una oferta pública de venta o suscripción de valores es toda comunicación a personas en cualquier forma o por cualquier medio que presente información suficiente sobre los términos de la oferta y de los valores que se ofrecen, de modo que permita a un inversor decidir la adquisición o suscripción de estos valores.

La obligación de publicar un folleto no será de aplicación a ninguno de los siguientes tipos de ofertas, que, consecuentemente a los efectos de esta Ley, no tendrán la consideración de oferta pública:

a) Una oferta de valores dirigida exclusivamente a inversores cualificados.

b) Una oferta de valores dirigida a menos de 150 personas físicas o jurídicas por Estado miembro, sin incluir los inversores cualificados.

c) Una oferta de valores dirigida a inversores que adquieran valores por un importe mínimo de 100.000 euros por inversor, para cada oferta separada.

d) Una oferta de valores cuyo valor nominal unitario sea al menos 100.000 euros.

e) Una oferta de valores por un importe total en la Unión Europea inferior a 5.000.000 euros, lo que se calculará en un período de 12 meses.

Cuando se trate de colocación de emisiones contempladas en las letras b), c), d) y e) de este apartado, dirigidas al público en general empleando cualquier forma de comunicación publicitaria, deberá intervenir una entidad autorizada para prestar servicios de inversión a efectos de la comercialización de los valores emitidos.

Cuatro. Se modifica la letra b) del art. 35.5 EDL 1988/12634 y se añade una nueva letra c) EDL 1988/12634, que quedan redactadas del siguiente modo:

b) Los emisores que emitan únicamente valores de deuda admitidas a negociación en un mercado secundario oficial u otro mercado regulado cuyo valor nominal unitario sea de al menos 100.000 euros o, en el caso de los valores de deuda no denominados en euros, cuyo valor nominal unitario sea, en la fecha de emisión, equivalente a 100.000 euros como mínimo.

c) Sin perjuicio de la letra b) anterior, los emisores que tengan únicamente emisiones vivas de valores de deuda admitidas a negociación en un mercado secundario oficial u otro mercado regulado domiciliado en la Unión Europea antes del 31 de diciembre de 2010, cuyo valor nominal unitario sea de al menos 50.000 euros o, en el caso de los valores de deuda no denominados en euros, cuyo valor nominal unitario fuera, en la fecha de emisión, equivalente a 50.000 euros como mínimo, durante todo el tiempo en que tales obligaciones estén vivas.

Cinco. Se da una nueva redacción al tercer párrafo del apartado 3 del art. 79 bis (EDL 1988/12634), y se añade un nuevo párrafo cuarto (EDL 1988/12634), en los siguientes términos:

La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias. La Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá requerir que en la información que se entregue a los inversores con carácter previo a la adquisición de un producto, se incluyan cuantas advertencias estime necesarias relativas al instrumento financiero y, en particular, aquellas que destaquen que se trata de un producto no adecuado para inversores no profesionales debido a su complejidad. Igualmente, podrá requerir que estas advertencias se incluyan en los elementos publicitarios.

En el caso de valores distintos de acciones emitidos por una entidad de crédito, la información que se entregue a los inversores deberá incluir información adicional para destacar al inversor las diferencias de estos productos y los depósitos bancarios ordinarios en términos de rentabilidad, riesgo y liquidez. El Ministro de Economía y Competitividad o, con su habilitación expresa la Comisión Nacional del Mercado de Valores, podrán precisar los términos de la citada información adicional.

Seis. Los apartados 6 y 7 del art. 79 bis (EDL 1988/12634) quedan redactados del siguiente modo:

6. Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; y sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente. La entidad proporcionará al cliente por escrito o mediante otro soporte duradero una descripción de cómo se ajusta la recomendación realizada a las características y objetivos del inversor.

7. Cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente. La entidad entregará una copia al cliente del documento que recoja la evaluación realizada.

Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no es adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o esta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

En caso de que el servicio de inversión se preste en relación con un instrumento complejo según lo establecido en el apartado siguiente, se exigirá que el documento contractual incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que el inversor manifieste que ha sido advertido de que el producto no le resulta conveniente o de que no ha sido posible evaluarle en los términos de este artículo.

En los términos que determine la Comisión Nacional del Mercado de Valores, las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, un registro actualizado de clientes y productos no adecuados en el que reflejen, para cada cliente, los productos cuya conveniencia haya sido evaluada con resultado negativo.

Cabe suponer que la mayoría de los inversores en este tipo de producto y tras la promulgación de de la Ley que les acabo de comentar, puedan preguntarse, ¿ello quiere decir que he perdido todos mis derechos a reclamar ante los Tribunales como afectado por la conducta y mala praxis de la entidad en la comercialización de este tipo de productos? necesariamente y por lo que a continuación les voy a exponer, la respuesta tiene que ser NO.

La ley 9/2012, no aclara cuáles son las posibilidades procesales reales del inversor en participaciones preferentes.

Realmente en este caso no se puede ni se debe hablar de laguna legal, ya que no es necesario regular esta materia porque se aplican las normas del Código Civil sobre los contratos y, en su caso, la legislación especial sobre protección del consumidor o sobre condiciones generales de la contratación. **El inversor puede ejercitar la acción de nulidad de la suscripción de participaciones preferentes alegando la existencia de un error en el consentimiento derivada de la falta de información de las condiciones esenciales de la inversión o, artículos 1.265 en relación al 1.261 del Código Civil, o en su caso, el resarcimiento de los daños irrogados o, en su caso, la acción de responsabilidad civil al amparo del artículo.1101 CC , por haber incurrido la entidad de crédito en dolo o negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones por la defectuosa información prestada.**

El **artículo.1300 CC** tilda de nulos los contratos en lo que no exista el consentimiento. Por otra parte los supuestos de nulidad absoluta no están sujetos a plazo de caducidad y pueden ser apreciados de oficio por el tribunal.

Que ocurre cuando, a propuesta de las entidades, se han efectuado los canjes de este tipo de instrumentos, por acciones u otro valor?, Pues de nuevo hay que acudir al Código Civil y a la Jurisprudencia del supremo. Así, poniendo en relación los artículos 1.310 y 1.261 del Código Civil, confirmándose la nulidad del primer contrato suscrito, los que devinieran en un momento posterior y tuvieren relación con el mismo, no serían confirmables, al ser calificado el primer negocio jurídico realizado como inexistente con arreglo a la máxima de lo que es nulo desde el inicio no puede ser convalidado.

Así se pronuncia la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo. La Sentencia **375/2010 del Tribunal Supremo de fecha 17 de junio de 2010. Pte: Xiol Ríos, Juan Antonio,**

*“Sexto. Nulidad de los contratos subsiguientes, anexo II, solución, que **consistía en la adquisición de acciones, que se ofreció a los clientes que habían suscrito el depósito de alta rentabilidad E-20, y la Imposición Horizonte**, ambos son contratos directamente vinculados, y que traen causa de los depósitos de alta rentabilidad anteriormente declarados nulos, por lo que se consideran que **dada la especial vinculación existente entre ambos, y al derivar ambos contratos de un contrato declarado nulo, resulta procedente declarar la nulidad de los mismos.**”*

-Artículo 51 de la Constitución Española que proclama el principio de protección al consumidor.

-Artículo 1.101 y siguientes del Código Civil

“Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieran en dolo negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquellas”.

-Artículo 6.3 , 7.1 y 1258 del Código Civil, estableciendo respectivamente:

“Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.”

“Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”.

“La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.

“Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

- Artículos 1.269 y 1.270 y 1.265 del Código Civil en relación con los artículos 6.3, 7.1 del Código Civil: **Existencia de dolo omisivo.**

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4, Santiago de Compostela, S 2-9-2011, nº 141/2011, nº autos 126/2011Pte: López Otero, Ana Belén

*“...El dolo como vicio del consentimiento es definido en el artículo 1.269 del Código civil tomando en consideración el comportamiento del contratante que se sirve de él. El precepto lo identifica con el empleo de palabras o maquinaciones insidiosas, ello implica un comportamiento positivo, pero es posible también **un dolo negativo o por omisión**. Expresivamente, entre otras, así lo viene a señalar la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de octubre de 1981, determinando que **el concepto de dolo que da el artículo 1.269 del Código civil, no sólo comprende la insidia directa e inductora de la conducta errónea del otro contratante, sino también la reticencia del que calla o no advierte debidamente. En este sentido no debe haber inconveniente en admitir que el denominado dolo omisivo (la reticencia que señala STS 27 noviembre de 1998), como vicio invalidante del contrato, admite diversas manifestaciones, de las cuáles una (que aquí nos interesa, pues a ella se refiere la demanda) es el silencio, el cual merecerá tal calificación cuando además de ser deliberado o intencional, exista un deber de informar, se cumplan los requisitos que imponen los artículos 1.269 y 1.270. 1 del Código civil y, además, la norma no señale una sanción específica distinta para la omisión**. Asimismo es de recordar que la jurisprudencia, entre otras la STS de 8 de junio de 1995, señala que el dolo debe ser probado de modo pleno y cumplido, y que, la carga de hacerlo, incumbe a quien lo alega. Si bien el citado artículo 1.269 Código civil no lo indica expresamente, el dolo tiene un componente subjetivo o intencional (animus decipiendi), consistente en el propósito de engañar, aún cuándo no se repute necesaria, la intención de causar daño. Sí indica la norma, explícitamente, **el efecto***

que las palabras o maquinaciones (que deben abarcar la omisión), producen en la voluntad de su destinatario, por cuanto señala que, por medio de las mismas, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no se hubiera celebrado. La inducción de común se traducirá en un engaño, esto es, una suerte de error inducido o reforzado por el engaño. Ese engaño debe de ser determinante de la voluntad (dolus causam dans).

El artículo 1.269 del Código Civil, establece que “*hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho.*”

De la misma manera, el artículo 1.270 del Código Civil, establece que “*para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes*”.

NORMATIVA PREMIFID.

*** Artículo 16, del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios.**

ART.16, APARTADOS 1º, 2º y 4º

1º. Las Entidades facilitarán a sus clientes en cada liquidación que practiquen por sus operaciones o servicios relacionados con los mercados de valores un **documento** en que se expresen con claridad los tipos de interés y comisiones o gastos aplicados, con indicación concreta de su concepto, base de cálculo y período de devengo, los impuestos retenidos y, en general, cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda comprobar la liquidación efectuada y calcular el coste o producto neto efectivo de la operación.

2º. Las Entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones.

4º. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, las Entidades estarán obligadas siempre que lo solicite el cliente a proporcionarle toda la información concerniente a las operaciones contratadas por ellos.”

***Artículos 2º, 4º y 5º, del Código General de Conducta de los Mercados de Valores que figura como Anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios.**

Sobre el cuidado y la diligencia, la información sobre la clientela y la Información a los clientes, respectivamente.

ARTICULO 2º: Respecto al **deber de cuidado y diligencia**, el deber de las Entidades de actuar con cuidado y diligencia en sus operaciones, realizando las mismas según las estrictas instrucciones de sus clientes, o, en su defecto, en los mejores términos y teniendo siempre en cuenta los reglamentos y los usos propios de cada mercado.

ARTÍCULO 4º: Respecto a la **información sobre la clientela**, establecía el deber de las entidades de solicitar de sus clientes la información necesaria relativa a la situación financiera de los mismos, su experiencia inversora y los objetivos de la inversión.

ARTÍCULO 5º: Y **respecto a la información a los Clientes**, establecía entre otros aspectos la obligación por parte de las Entidades de ofrecer y suministrar a sus clientes cualquier información relevante para la adopción de decisiones de inversión de forma leal, profesional e imparcial, así como ofrecer a la clientela un información clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conllevaba, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conociera con precisión los efectos de la operación que contrataba.

NORMATIVA POSTMIFID

***Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores**

-Artículo 78.bis (clases de clientes)

Establece la diferencia entre clientes profesionales y clientes minoristas. Calificando al cliente minorista como aquel que no tiene la condición de profesional ni contraparte elegible, ostentando dicha categoría la mayor parte de los clientes particulares y las Pymes.

- Artículo 79 (Obligación de Diligencia y Transparencia)

Establece el deber de las entidades que presten servicios de inversión de comportarse con diligencia y transparencia debida en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo.

- Artículo 79 bis (obligaciones de información)

APARTADOS 1 ºy 2º: Disponen la obligación de mantener, en todo momento, adecuadamente informados a los clientes. Y esta información deber ser **imparcial, clara y no engañosa**.

APARTADO 5º: Las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes.

APARTADO 6º: Cuando se preste **el servicio de asesoramiento** en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. **Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente**. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del

cliente.”

APARTADO 7º: a fin de que la entidad pueda valorar si el producto financiero es adecuado o no para el cliente, señala que *“la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado”*.

ESTE APARTADO SE REFIERE A LOS PRECEPTIVOS TEST DE CONVENIENCIA E IDONEIDAD.

NOTA: Se realizará el test de idoneidad cuando la entidad financiera es la que ofrece y recomienda un determinado producto, y se realizará el test de conveniencia cuando sea el propio cliente el que solicite el producto.

***Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, relativo a las empresas que presten servicios de inversión.**

ARTÍCULOS 60 a 64

Establecen las condiciones que debe cumplir la información facilitada por las entidades de servicios de inversión a sus clientes.

La información debe ser imparcial, clara, no engañosa, exacta, suficiente y presentarse de manera comprensible para cualquier tipo de destinatario.

EI ARTÍCULO 64

Alude a la *información sobre los instrumentos financieros*, disponiendo 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, la clasificación del 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 tomar decisiones de inversión fundadas.

ARTICULO 74

Establece que la entidad debe **analizar tres factores**, con el fin de determinar si el cliente posee los conocimientos y experiencia necesarios para entender las características y riesgos que incorpora el instrumento.

En primer lugar: **Su experiencia inversora previa.**

En segundo lugar: Su nivel **general de formación y experiencia profesional.**

Y en tercer: **Su nivel de conocimientos financieros.**

***Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre de 2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.**

ARTICULO 8

Establece los derechos básicos del consumidor:

- a) la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.
- b) la indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos.
- c) la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.

ARTICULO 60

Establece la información previa al contrato

PÁRRAFO 1º Y 3º: Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo”.

ARTICULO 62

Sobre la voluntad de contratar

PÁRRAFO 1º

“En la contratación con consumidores y usuarios deberá constar de forma inequívoca su **voluntad de contratar** o, en su caso, de poner fin al contrato”.

ARTÍCULO 80

Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente:

- a) la concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa,
- b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido
- c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

ARTÍCULO 82

Tendrán la consideración de cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

***Ley 1/2011, de 22 de marzo, de la Generalitat, por la que se aprueba el Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunitat Valenciana: DE APLICACIÓN EN LA COMUNIDAD VALENCIANA**

ARTÍCULO 23.- Derecho a la información de los consumidores y usuarios en la promoción, oferta, adquisición, utilización y disfrute de bienes y servicios,

Derecho a ser protegidos frente a las prácticas comerciales desleales

Derecho a recibir una información sustancial, veraz, eficaz y suficiente, que les permita tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa y realizar una utilización segura y satisfactoria de los bienes y servicios.

Obligación de informar exigible a los sujetos responsables de la producción, comercialización, distribución y venta de bienes y prestación de servicios en los términos de la normativa aplicable.”

De igual modo que iniciaba esta exposición, cito una metáfora del profesor Vicent Chulia, como conclusión. Decía que el Reino de los Contratos bancarios era semejante a una antigua película llamada “*el tercer hombre*” y como en aquella y como se constata: ante un poder regulatorio incapaz por sí mismo de lograr una justa asignación de los recursos financieros y corregir los abusos, ante unos poderes públicos que desatienden la necesidad de una legislación bancaria clara y justa, con mecanismos eficaces de aplicación, ante una situación excepcional como la que estamos viviendo, no cabe otro remedio que acudir “*al tercer hombre*”, el juez, que es el único que podrá proteger al cliente, consumidor minorista, acudiendo a los viejos pilares de nuestro ordenamiento jurídico.

Maria Dolores Arlandis Almenar

Valencia a 28 de noviembre de 2012

ANALISIS JURISPRUDENCIAL EN REFERENCIA A LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES.

1.) AP Madrid, sec. 10ª, S 26-6-2012, nº 428/2012, rec. 158/2012.Pte: Fernández del Prado, Mª Isabel

DEMANDANTE: MINORISTA, CONSUMIDOR: Graduado Social y también tenía acciones en Bolsa.

DEMANDADO: BANKINTER

PRODUCTO: .PARTICIPACIONES PREFERENTES Kaupthing Bank" banco islandés.

Conclusiones del Tribunal

-La Sala considera que nos encontramos ante un contrato de mandato de adquisición de participaciones preferentes y no ante un contrato de depósito.

-D. Gabino incurrió en error al celebrar los contratos objeto de autos, entendiéndolo que constituía dos depósitos cuando la operación que realmente estaba realizando era la adquisición de participaciones preferentes. Concorre vicio del consentimiento por error de D. Gabino, lo que conduce a la resolución contractual interesada en la demanda.

-Respecto al pago de cupones que el actor reconoció haber recibido los entendió que se trataba del abono de intereses. **El hecho de que el Sr. Gabino haya recibido en cuenta las cantidades derivadas del "abono de cupones" no conlleva que haya aceptado la rentabilidad de las participaciones preferentes y dicho acto suponga la ratificación o conformidad con la adquisición de dichas participaciones; considerando que el error en el consentimiento surgió inicialmente, cuando se celebró el contrato y subsistió durante el desarrollo del mismo, extendiéndose a sus consecuencias y derivaciones.**

-La circunstancia de que el actor hubiera adquirido, con anterioridad, otros productos bancarios e intervenido en diversas operaciones, como la compra de **acciones en bolsa, así como el hecho que tenga una cierta formación, al ser graduado social, no supone que tenga un manejo y conocimiento suficiente del mercado bancario y financiero como para llegar a la conclusión de que estaba adquiriendo participaciones preferentes** y el tipo de riesgo que ello conllevaba, teniendo en cuenta la oscuridad y confusión que genera el contrato aportado con la demanda, oscuridad que por otra parte nunca puede favorecer a quien hubiese ocasionado la oscuridad.

Fallo.

La **resolución de los contratos** de mandato de compra de participaciones preferentes, celebrados entre las partes en enero y septiembre de 2007, debiendo la demandada y el actor restituirse recíprocamente las cantidades abonadas en virtud del contrato, con los intereses legales devengados desde la fecha del efectivo pago o cobro.

2.) AP Baleares, sec. 5ª, S 21-3-2011, nº 91/2011, rec. 25/2011.Pte: Sola Ruiz, Mª Covadonga

DEMANDANTE: MINORISTA, CONSUMIDOR.

DEMANDADO: BANCO SANTANDER.

PRODUCTO: BF SANTANDER FINANCE 31 DC 999

Resumen *La Audiencia acuerda desestimar el rec. de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia que estimó parcialmente la demanda sobre declaración de nulidad por vicio del contrato de compraventa de acciones, y de la póliza de crédito y pignoración, vinculados a la anterior, con devolución recíproca de las prestaciones entre las partes. Alega la entidad financiera apelante que no ha resultado probado un error de consentimiento de naturaleza esencial y excusable por parte de los actores al formalizar la compraventa de la participaciones preferentes, siendo que además los actores conocían del carácter no reembolsable de la inversión realizada y no obstante no sólo no instaron en su momento la nulidad del negocio, sino que además continuaron percibiendo los rendimientos de las mismas, señalando este Tribunal que tras un exhaustivo y pormenorizado análisis de todas las cuestiones jurídicas y fácticas debatidas en el proceso, no puede sino compartir el resultado alcanzado en la instancia, por cuanto no se trata de que fuera o no obligatorio para la demandada entregarles el folleto sobre las condiciones de la emisión del producto ofertado, sino que de lo que se trata es que debió de informarles y advertir debidamente a sus clientes de los riesgos que llevaba implícita aquella operación. Y aún siendo cierto que toda operación de inversión comporta un riesgo, también lo es que la asunción de ese riesgo sólo puede admitirse si el cliente contaba con toda la información necesaria y precisamente el incumplimiento de dicho deber es la causa no tan sólo de que el cliente no pudiera adoptar las decisiones adecuadas respecto de su inversión, sino igualmente, y por lo que importa al caso, le hizo caer en el error de que su inversión era segura y que la operación no implicaba riesgo alguno respecto del capital invertido.*

Hechos.

a.) El apoderado de la demandada, contactó con los actores para proponerles colocar sus ahorros en un producto financiero de la propia entidad, asegurándoles que se trataba de un producto seguro y sin riesgo, y en esas condiciones, los actores se avinieron a concertar la compraventa de 237 títulos de BF SANTANDER FINANCE 31 DC 999.

b.) Cuando estaba prevista la firma de la escritura de compraventa de un inmueble, son informados por el Sr. Ignacio, nuevo director de la sucursal, que existían problemas para liquidar las participaciones, ofreciéndoles la firma de una póliza de crédito por importe de 225.000,- euros, con pignoración de los 237 títulos adquiridos.

c.) En abril de 2007, son informados por la entidad que es necesario prorrogar el vencimiento de la póliza durante dos años y medio más, toda vez que la participaciones preferentes no vencían o se amortizaban hasta transcurridos 5 años desde la emisión.

d.) Cercano al vencimiento, el banco les comunica que no va a amortizar las participaciones, reclamándoles el importe de la póliza crédito, extremo al que no se avinieron los accionantes formulando las correspondientes denuncias ante el Banco de España (que la derivó a la Comisión Nacional del Mercado de Valores) y ante la oficina del Defensor del cliente del Banco de Santander.

Conclusiones del Tribunal

a.) sobre el diez a quo: En definitiva, el dies a quo para el cómputo del plazo no es el de la fecha de la compraventa de las participaciones, que se corresponde con el momento de la perfección, sino el del conocimiento del error invalidante del consentimiento, que ha de situarse en el momento en que tuvo conocimiento de que la inversión no podía ser recuperada, precisamente porque lo que se le aseguró como cierto, no era sino una mera decisión unilateral por parte del emisor, de transcurridos cinco años decidir o no recuperar las participaciones mediante el pago de su valor nominal.

b.) En el caso, de una valoración conjunta del resultado de la prueba practicada y, como se anticipó, cabe llegar a la misma conclusión que el juez de instancia, en orden a que, tratándose los productos bancarios objeto de contratación de instrumentos financieros complejos y de alto riesgo, **la información facilitada a los demandantes, acerca de su naturaleza jurídica y características fue harto deficitaria, por no decir, prácticamente nula o cuando menos, y en el aspecto mas relevante (capital garantizado) equívoca.**

c.) Tal falta de información sobre la esencia del contrato y sobre los posibles perjuicios que podían surgir, es suficiente para concluir, como ya hiciera el juzgador de instancia, que los actores prestaron su consentimiento por error, pues los empleados de la demandada no les explicaron toda la verdad, sólo las ventajas (rendimientos) de la inversión, pero no tan solo no valoraron los posibles daños que la operación podría

comportar, sino que incluso que le aseguraron que la operación estaba garantizada y por tanto que no sufriría pérdida alguna el capital invertido.

Fallo: **Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y se confirma la sentencia de instancia.**

3.) AP Baleares, sec. 3ª, S 16-2-2012, nº 82/2012, rec. 559/2011. Pte: Moraques Vidal, Catalina.

DEMANDANTE: MINORISTA, CONSUMIDOR

DEMANDADO: BANCO ESPAÑOL DE CREDITO S.A

PRODUCTO: Bonos Lehman Brothers.

*Resumen **Confirma la AP la sentencia de primera instancia** que había estimado parcialmente la demanda de reclamación de cantidad como abono de indemnización por los daños y perjuicios que causó a la demandante la falta de diligencia del banco demandado al no informar debidamente a su cliente de las posibles operaciones de venta que se estaban realizando ante las dificultades por las que atravesaba el banco cuyos bonos había adquirido el actor, lo que le impidió adoptar decisiones respecto de los mismos. La Sala resuelve que el juzgador "a quo" ha incurrido en incongruencia al fijar la concreta suma objeto de indemnización atendiendo a parámetros que no habían sido expuestos por la actora ni sometidos a contradicción, lo que ha causado evidente indefensión a la parte demandada que se ha visto impedida de proponer y practicar prueba sobre dicha cuestión; en cuanto al fondo del asunto, la demandada apelante no cumplió con las exigencias legalmente establecidas no informando a la actora de forma clara, completa y en términos comprensibles sobre las características del producto contratado ni su evolución hasta el momento de la quiebra de la entidad que había emitido tal producto, lo que supone un incumplimiento contractual de la suficiente entidad para provocar la resolución contractual, siendo procedente el mantenimiento de la indemnización concedida en la sentencia recurrida para no vulnerar la prohibición de la "reformatio in peius".*

Hechos

a.) la parte demandante alega la inexistencia de información y asesoramiento en dos momentos diferenciados, de un lado, en la contratación del producto, y de otro, durante la vida de la inversión o evolución de dicho producto, lo que provocó el error en el consentimiento de la actora.

b.) D^a Carmela posee unos elementales conocimientos de banca y perfil conservador, adquiriendo por asesoramiento del banco un producto que no se corresponde con su perfil inversor, que le dijeron que dichos valores estaban garantizados por el banco, que se amortizarían a los tres años y que su interés sería del 5,25 % anual, cuando en realidad no tienen esa garantía, son perpetuos y a los tres años cabe la posibilidad de una "call" y sólo pueden venderse si encuentran comprador en el mercado secundario; no le entregaron un folleto informativo de la emisión; le dijeron que eran bonos y no participaciones preferentes.

Alegaciones de la demandada

a.) El banco alega que no se puede hacer responsable al Banco que ejecuta una orden de compra del resultado de la inversión, que se debe a la insolvencia del emisor, sin intervención de la demandada, la cual se limitó a ejecutar en el mercado secundario la orden de compra de las participaciones preferentes emitidas por Lehman Brothers;

b.) Se trata de un contrato de administración y depósito de valores y no un contrato de gestión de cartera o asimilable del que se derive una obligación de asesoramiento durante toda la vida del contrato

c.) Que la actora fue puntualmente informada de todas las características de la emisión;

d.) La demandada no podía adivinar y anticipar la imprevisible quiebra Lehman Brothers, y cuando la conoció lo puso inmediatamente en conocimiento de sus inversores.

Conclusiones del Tribunal

La apelante no cumplió con las exigencias legales que se cifran en la normativa referida ut supra y que no informó a la parte apelada de forma clara, completa y en términos comprensibles sobre las características del contrato.

Esta deficiente información supone un incumplimiento contractual del artículo 1.101 del Código Civil, y de la suficiente entidad conforme al artículo 1.124 del mismo Código para provocar la resolución contractual, en relación con unas participaciones preferentes de una entidad emisora declarada en quiebra en septiembre de 2.008.

Fallo Se desestima el recurso de apelación y se confirma la sentencia de instancia.

4.) Sentencia de la AP Murcia, sec. 5ª, S 1-4-2011, nº 105/2011, rec. 65/2011.Pte: Hervás Ortiz, José Joaquín

DEMANDANTE: CONSUMIDOR, MINORISTA.

DEMANDADO: BANKINTER.

PRODUCTO: participaciones preferentes en Banco de Islandia

Resumen *La Audiencia acuerda desestimar el rec. de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia que estimó parcialmente la demanda sobre reclamación de cantidad derivada de la contratación de un producto financiero entre la actora y la entidad financiera demandada. Alega la entidad financiera apelante que la información suministrada a la actora sobre el producto financiero que ésta adquiriría no fue escueta ni insuficiente, sino que se atenía a la información que para este tipo de instrumentos financieros facilita la CNMV, señalando esta Sala que el recurso no puede prosperar por cuanto la entidad financiera que intermedia o interviene profesionalmente en la adquisición por parte de un cliente de un determinado producto financiero en el mercado de valores tiene la esencial obligación de informar a dicho cliente, previamente y con el suficiente detalle, de las características de dicho producto financiero, a fin de que el cliente pueda adoptar su decisión inversora con suficiente conocimiento de causa, y esa obligación de información debe cubrir, de forma especial, los concretos riesgos que lleva consigo la referida inversión, sin que el banco pueda proceder a un cumplimiento meramente formal de esa obligación de información por la vía de realizar una somera descripción del producto en la que simplemente se resalten las rentabilidades y se difuminen los riesgos, no constando en el caso de autos, a diferencia de lo que se afirma en el recurso, que el personal del banco informase adecuadamente a la hoy actora de las características y concretos riesgos de las participaciones preferentes que ésta adquiriría.*

Alegaciones de la parte demandada

La información suministrada a la actora sobre el producto financiero que ésta adquiriría -participaciones preferentes en Banco de Islandia- no fue escueta ni insuficiente, sino que se atenía a la información que para este tipo de instrumentos financieros facilita la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Conclusiones del Tribunal

a.) Respecto a la información facilitada alegada de contrario de ha de considerarse insuficiente la información que se incluyó en el contrato de autos, a modo de anexo, pues, de un lado, no se indicaba, de forma expresa, la posibilidad de que el cliente perdiese, total o parcialmente, el capital invertido.

b.) Tampoco consta que, a diferencia de lo que se afirma en el recurso, el personal del Banco informase adecuadamente a la hoy actora de las características y concretos riesgos de las participaciones preferentes que ésta adquiría. En este sentido, no puede entenderse cumplida la obligación de información por parte del Banco.

c.) **La exclusión de responsabilidad alegada por el Banco, ha de considerarse abusiva desde el punto de vista de la legislación sobre consumidores y usuarios**, desde el momento en que ni siquiera se establece como presupuesto de la misma un adecuado cumplimiento por parte del Banco de su esencial obligación de informar adecuadamente y de forma completa al cliente sobre los riesgos de la inversión. Es decir, viene a tratarse de una exclusión de responsabilidad "a todo evento", en la medida en que también viene a exonerar al Banco en los supuestos de incumplimiento por su parte de esa obligación de información, lo que resulta, desde luego, inadmisibles y daría lugar, así interpretada, a la nulidad de dicha condición y a tenerla por no puesta.

d.) Se desprende que ha de entenderse acreditada la existencia del error en el consentimiento que la parte actora invocaba en su demanda. En este sentido, cierto es que la Jurisprudencia declara que corresponde la prueba del error a quien lo alega, pero no es menos cierto que las circunstancias concurrentes permiten entender probada la existencia de dicho error.

e.) No cabe duda tampoco de que la falta de información por parte del Banco sobre los riesgos de la inversión ha de generar la correspondiente responsabilidad civil para éste, al no haber podido la actora recuperar el capital invertido, sin que el Banco haya acreditado que sí resulte posible esa recuperación ni que las participaciones preferentes adquiridas en su día tenga en la actualidad algún valor económico real.

Fallo Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la demandada, y se confirma la sentencia de instancia.

5.) AP Pontevedra, sec. 6ª, S 25-4-2012, nº 324/2012, rec. 3001/2011.Pte: Míguez Tabares, Eugenio Francisco

DEMANDANTE: CONSUMIDOR, MINORISTA.

DEMANDADO: BANCO DE SANTANDER

PRODUCTO: PARTIC.PREF.GRUPO SOS CUETARA

Resumen: *La Audiencia acuerda desestimar el rec. de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia que estimó la demanda interesando que se declarara la nulidad del contrato de participaciones preferentes suscrito entre las partes en litigio. La entidad financiera apelante alega en su recurso error en la valoración de la prueba e infracción de las normas sobre interpretación de los contratos y sobre la carga de la prueba. Señala la Sala que la actora debe ser calificada de cliente minorista en cuanto a su perfil inversor, ostentando además la condición de consumidora y, por tanto, siendo merecedora de la máxima protección. En este sentido cabe tener en cuenta que las participaciones preferentes 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, los rumores sobre la solvencia del emisor. En relación con la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, y sobre todo en el caso de productos de inversión complejos, debe procurarse al contratante por la propia entidad una información lo suficientemente clara y precisa para que aquel entienda el producto o servicio que pudiera llegar a contratar y si se encuentra dentro de sus necesidades y de las ventajas que espera obtener al reclamar un servicio o al aceptar un producto que se le ofrece. Concluye en base al relato fáctico expuesto, que en dicha fase previa no se le dio a la cliente información suficiente sobre los riesgos que asumía, máxime cuando la demandante no era una persona experimentada y cabe considerar que ni tan siquiera conocedora de este tipo de contratos complejos, lo que implica la existencia de vicio en la prestación del consentimiento.*

Hechos

- a.) Doña Angelina en fecha 21 de abril de 2005 suscribió en la oficina del Banco de Santander de la Avda. de la Florida de esta ciudad un Fondo de Inversión de Renta Fija (SCH Tesorería FIAMM) por importe de 110.000 euros.
- b.) Con el fin de obtener un mayor rendimiento el Director de la oficina bancaria, D. Eulalio, le recomendó la suscripción del contrato de Participaciones Preferentes Grupo SOS Cuétara.
- c.) Las negociaciones las llevaron a cabo el citado testigo Director de la sucursal y D. Fermín, hijo de la demandante.
- d.) El señor Eulalio reconoció en la vista que el hijo de la actora le indicó que en un plazo de dos años su madre necesitaba disponer del dinero, pues según resulta de la documentación aportada con la demanda la actora tenía intención de adquirir una vivienda en la localidad de Bueu.

Alegaciones de la parte demandada

Sustentan el recurso de apelación en base a los siguientes motivos:

- a.) error en la valoración de la prueba.
- b.) infracción del art. 1281 Cc
- c.) infracción del art. 217 LEC EDL 2000/77463

Todos ellos se relacionan con la afirmación efectuada por la parte recurrente de que a la demandante se le ofreció completa información del producto y que lo suscribió de forma voluntaria.

Conclusiones del Tribunal

a.) En la fase precontractual Doña Angelina debió recibir una información completa y precisa acerca de las características del producto y los riesgos que asumía. Sin embargo **en el presente supuesto no consta que haya sido así, porque en modo alguno cabe deducir que Doña Angelina sea una inversora con conocimientos profundos de los mercados financieros, ni una persona experta en la materia; por el contrario ha resultado probado que se trata de una señora mayor que con anterioridad se había limitado a invertir en un fondo de inversión de renta fija garantizado.**

b.) La actora debe ser calificada de cliente minorista en cuanto a su perfil inversor, ostentando además la condición de consumidora y, por tanto, siendo merecedora de la máxima protección.

c.) Se aprecia la existencia de error por parte de Doña Angelina en cuanto a lo que constituye el objeto del contrato, es decir la clase de inversión contratada, ya que al menos sí resulta plenamente acreditado que la misma manifestó al director de la oficina que intervino en la formalización del contrato la necesidad de poder disponer del dinero invertido en un plazo de dos años, y las participaciones preferentes adquiridas se emitieron por tiempo indefinido, con fecha de amortización fijada en el 31/12/50.

Fallo: Se desestima el recurso de apelación interpuesto y se confirma la sentencia de instancia.

6.) Sentencia 92/2012, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec.10, rec. 707/2011 Ponente: ANGEL VICENTE ILLESCAS RUS

DEMANDANTE: MINORISTA, CONSUMIDOR. Profesión: banquero, y que ha trabajado desempeñado altos cargos en distintos bancos (incluyendo el propio Bankinter

DEMANDADO: BANKINTER S.A

PRODUCTO: BONO CUPON EURO/DÓLAR 6%

Hechos descritos por la parte demandante

1.) El demandante padeció un vicio en el consentimiento ya que siempre pensó que el garante del Bono era Bankinter, es decir, que su inversión estaba respaldada por la entidad.

2.) Se aducía un vicio en el consentimiento en relación a los riesgos asumidos con la compra del producto. Se esgrimía que la ficha comercial y la orden de compra del Bono, no hacían mención al riesgo de quiebra del emisor, y tan sólo advertían de la posibilidad de no obtener rentabilidad, pero en ningún caso de perder el capital, pues éste se encontraba 100% garantizado.

3.) Se esgrimía que Bankinter incumplió sus deberes contractuales porque no advirtió de la inminente quiebra de Lehman Brothers al actor, no informándole tampoco del valor de mercado del Bono y no avisando del supuesto incremento del riesgo emisor del producto, y ello porque según la demanda, Lehman Brothers estaba sufriendo un más que notorio deterioro que debía haber sido comunicado por Bankinter al Sr. Tomás.

Conclusiones del Tribunal

-No queda evidenciada la observancia por la entidad demandada de la obligación de informar a la parte actora, previamente y con el suficiente detalle, de las características del producto financiero finalmente contratado, de modo que aquél adquiriera el suficiente conocimiento de todas sus características y consecuencias.

-En todo caso, lo verdaderamente relevante es que sus cualidades profesionales no le permitían comprender con exactitud las informaciones que se le facilitaron sobre el producto en el que resolvió invertir y conocer en su plenitud el alcance, extensión y consecuencias las características de dicho producto.

Fallo.

Se desestima el recurso interpuesto por la parte demandada y se confirma la sentencia de instancia

