



**VNiVERSIDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Derecho Privado

Derecho Mercantil

Curso 2017/2018

TUTELA DEL CLIENTE BANCARIO: OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN E INCUMPLIMIENTO

Marcos Cruz González

Fernando Carbajo Cascón

Mes: junio Año: 2018

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Derecho Privado

Derecho Mercantil

**TUTELA DEL CLIENTE BANCARIO
EMPRESARIO: OBLIGACIONES DE
INFORMACIÓN E
INCUMPLIMIENTO**

**MERCHANT BANK CLIENT
PROTECTION: INFORMATION
DUTIES AND ITS DEFAULT**

Nombre del estudiante: Marcos Cruz González
e-mail del estudiante: id00680786@usal.es

Tutor: Fernando Carbajo Cascón

RESUMEN

La obra se centra en exponer de una forma omnicomprensiva tanto la legislación como la jurisprudencia concerniente a una serie de supuestos escogidos en relación con los deberes de información y su incumplimiento por parte de las Entidades financieras, fundamentalmente desde la perspectiva de los empresarios y profesionales que operan en el mercado y que también se han visto afectados por dichos productos. Todo ello se acompaña de comentarios doctrinales sobre cada figura y solución a fin de enriquecer lo máximo posible el análisis planteado. La obra termina con una valoración global de lo expuesto, analizando las fallas regulativas o jurisprudenciales más evidentes y proponiendo tres posibles soluciones alternativas que van desde la reforma de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, endurecer la regulación sobre los deberes de información, hasta la consideración del posible encaje de los casos como un supuesto de Competencia desleal, concretamente engaño, planteando esta posible tercera vía para tratar de responder a los problemas generados desde la perspectiva exclusivamente empresarial y como vía transitoria en tanto se opera la reforma legal.

PALABRAS CLAVE: información bancaria, empresario, mercantil, Condiciones Generales, incumplimiento contractual

ABSTRACT

The Work concerns about explaining as a whole, the law and the case law existing, addressing a series of sample cases, chosen in their regard to de duties of information and their default made by Banks and similar entities, especially from a business and merchant perspective. All together with academic exposing of each figure and solution, in order to improve the analysis proposed. The script ends with a general view of the situation, analysing the different regulative failures and the mistakes made in the case law, proposing up to three different possible solutions: the reform of the General Contractual Terms Spanish Act, hardening the information duties further and trying to fit the cases in the unfair competition legal framework, specifically as fraud, proposing this third way as a mean of responding to the issues generated exclusively for the merchant perspective and as a transitory solution until a legal reform is passed.

KEYWORDS: bank information, businessman, merchant, General Contractual Conditions, contractual default

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

BLOQUE I: ESTADO DE LA CUESTIÓN

I.- PRIMERA CUESTIÓN PREVIA: DELIMITACIÓN DE LOS CONCEPTOS DE EMPRESARIO Y CONSUMIDOR	P. 8
II.- SEGUNDA CUESTIÓN PREVIA: NECESARIA DELIMITACIÓN DEL ESTUDIO REALIZADO	P. 10
III.- LA NECESARIA DISTINCIÓN ENTRE PRODUCTOS DE INVERSIÓN Y PRODUCTOS DE CRÉDITO A EFECTOS DE DETERMINAR LA NORMATIVA APLICABLE	P. 11
IV- NORMATIVA ESPECÍFICAMENTE APLICABLE A LOS PRODUCTOS DE INVERSIÓN: REGULACIÓN PRE Y POST MiFID Y LAS SUCESIVAS REFORMAS	P. 13
<u>1.- Regulación previa a la incorporación de la Directiva</u>	P. 14
<u>2.- Regulación introducida con la Directiva</u>	P- 16
<u>3.- Regulación posterior a la Directiva, las sucesivas reformas</u>	P. 18
<u>4.- Breves Consideraciones al respecto</u>	P. 20
V- NORMATIVA APLICABLE A LOS PRODUCTOS DE CRÉDITO: LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y NORMATIVA COMPLEMENTARIA	P. 21
VI- TIPOLOGÍAS MÁS HABITUALES DE INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMACIÓN	P. 23
<u>1.- Préstamo multidivisa o Préstamo en Moneda extranjera</u>	P. 24
<u>2.- Depósitos Estructurados</u>	P. 25
<u>3.- Obligaciones Subordinadas y Participaciones Preferentes</u>	P. 26
<u>4.- Permutas Financieras o SWAPs</u>	P. 27

<u>5.- Cláusula Suelo en Contratos Hipotecarios</u>	P. 29
<u>6.- IRPH como nuevo Índice referencial</u>	P. 30

BLOQUE II: SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

VII.- CONSIDERACIONES PREVIAS AL ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	P. 30
VIII.- SOLUCIONES PROPORCIONADAS PARA LOS PRODUCTOS DE INVERSIÓN: EL ERROR	P. 32
<u>1.- Depósitos Estructurados</u>	P. 33
<u>2.- Obligaciones Subordinadas y Participaciones Preferentes</u>	P. 36
<u>3.- Permuta Financiera o SWAP</u>	P. 37
IX.- ESPECÍFICA MENCIÓN AL PRÉSTAMO EN DIVISA EXTRANJERA	P. 40
X.- SOLUCIÓN EN CASO DE PRODUCTOS DE CRÉDITO SUJETOS A LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN	P. 43
<u>1.- Cláusula Suelo</u>	P. 43
<u>2.- Utilización del IRPH</u>	P. 45

BLOQUE III: VALORACIÓN FINAL Y PROPUESTAS

XI.- IDENTIFICACIÓN DE LOS CASOS CUYA SOLUCIÓN PARA EL CLIENTE EMPRESARIO RESULTA INSATISFACTORIA	P. 46
XII.- MECANISMOS TENDENTES A LOGRAR LA MEJORA EN LA SOLUCIÓN DADA	P. 47
<u>1.- La Necesaria Reforma de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación</u>	P. 47

<u>2.- El endurecimiento de los deberes de información y su utilidad relativa si no se acompaña de sanciones contractuales</u>	P. 49
<u>3.- La aparentemente obviada vía de la competencia desleal</u>	P. 51
XIII.- CONCLUSIONES	P. 55
BIBLIOGRAFÍA	P. 56

INTRODUCCIÓN

La reciente crisis económica que han experimentado las economías mundiales y especialmente la europea ha puesto de relieve una gran cantidad de puntos débiles en la regulación de la actividad económica, especialmente en el sector bancario. En concreto, centrándonos en el caso español, la reciente crisis, además de golpear duramente la economía española, al afectar a una de sus principales actividades: la construcción, ha permitido poner de manifiesto la mala salud económica que presentaban las instituciones crediticias (fundamentalmente las Cajas de Ahorros), que llevó a su consabida reestructuración, absorción y saneamiento, con la correspondiente purga del mercado bancario español y que generó a su vez una mayor tendencia regulatoria sobre el sector.

Nadie duda hoy en día, de la necesidad de regular debidamente una de las actividades que podemos definir como sustanciales en toda economía nacional e incluso mundial¹, como es la actividad bancaria. Ello se concretó en toda una exigencia de capital, requisitos de creación y control por una autoridad pública (Banco de España) que pesa sobre la actividad bancaria y, si bien esos controles existían, igualmente indudable resulta que no bastaron para evitar situar el mercado bancario español al borde del colapso.

No es, sin embargo, el objeto de este análisis entrar en las causas que coadyuvaron a la crisis, ni analizar la estructura del mercado bancario español, sino que únicamente se proporcionan de él y su crisis unas mínimas pinceladas para situar debidamente una materia bien distinta, aunque íntimamente relacionada, que no es otra que la vertiente contractual del mercado, sujeta a normas de Derecho Mercantil y, más concretamente, dentro de la prolija legislación que atiende a condicionar el comportamiento de los operadores en dicho mercado, los deberes de información que tienen las entidades bancarias respecto de sus contrapartes contractuales: sus clientes.

Tampoco resultará ajeno a nadie con los ojos abiertos al panorama actual, que se ha producido un ingente incremento en la reclamación judicial sobre la base de contratos de préstamo o de inversión bancarios, no solo a través de la tristemente célebre ejecución hipotecaria, sino en materia de clausulado contractual, especialmente desde la

¹ Dada la creciente interconexión de los mercados mundiales y, entre ellos, los bancarios

perspectiva del consumidor, aunque no la única, como se expondrá sobradamente. Resultan, así, habituales en los medios de comunicación, prensa e incluso en la vida ordinaria del ciudadano medio, expresiones tales como “cláusulas suelo”, “préstamo multidivisa”, “participaciones preferentes”, por citar algunos ejemplos.

En los últimos tiempos la jurisdicción civil ha tenido que dar respuesta a estos problemas, partiendo de una legislación poco preparada para dar una respuesta solvente a los mismos, realizando interpretaciones innovadoras y tratando de responder a la necesidad de los tiempos, en algunos casos con mejor fortuna que en otros, hemos de señalar. Ello ha llevado a una labor jurisprudencial que ha abarcado todos los niveles de la planta jurisdiccional y que ha descansado muy señaladamente en Audiencias Provinciales, el Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La mayoría de los casos analizados atienden fundamentalmente a supuestos planteados por particulares, esto es, “consumidores” a efectos del Derecho Europeo y Nacional, y, afortunadamente, en el momento actual se ha reconducido la mayoría de las controversias a unos cauces de solución general, frente a la descoordinación y desconcierto iniciales, con numerosa jurisprudencia contradictoria. Fundamental la labor de nuestro Alto Tribunal y de su homólogo europeo en establecer unos criterios uniformes.

Precisamente aquí arranca el objeto de este trabajo: viendo que la problemática principal, relacionada con el Derecho de Consumo, se ha canalizado uniformemente, cabe preguntarse por cómo se han solucionado los casos planteados por sujetos que, aun estando en una situación similar a los consumidores, no pueden considerarse como tales al operar en el tráfico económico y jurídico como profesionales o comerciantes, es decir, vamos a analizar cómo se encuentra la situación de los autónomos y pequeñas empresas, por otra parte, la tipología más habitual de operador en el mercado español, en relación a la contratación bancaria y, en particular, qué soluciones se dan y el grado de satisfacción a los problemas que se proporciona con las mismas.

Para ello, requisito indiscutible es desligar, ya desde un primer momento, las posiciones jurídicas de ambos, consumidores y profesionales y empresarios, pues, aunque operan en el mercado, no lo hacen en igualdad de estatus jurídico. Igualmente, tendremos que rechazar desde un primer momento la aplicación de la legislación de protección del

consumidor (RD 1/2007- TRLGDCU y normativa conexas) toda vez que, como ya hemos señalado, se trata de categorías jurídicas diferentes².

Por otra parte, resulta imposible obviar toda la jurisprudencia que sobre estas materias se ha pronunciado, ya que si bien hay que descartar la protección del consumidor, podemos en ella detectar soluciones que resulten válidas para ambos tipos de sujetos, pues muchas de ellas, dada la ausencia de una regulación suficiente, acuden a principios informadores del derecho (por ejemplo, la buena fe, el vicio en el consentimiento, etc.) o a las bases del derecho contractual, que resultan comunes también al Derecho Mercantil.

ESTADO DE LA CUESTIÓN

I- CUESTIÓN PREVIA: DELIMITACIÓN DE LOS CONCEPTOS DE EMPRESARIO Y CONSUMIDOR

El primer paso, por tanto, de cierta obviedad, pero esencial para plantear bien el análisis y que, precisamente por eso, es importante tratar, es delimitar el concepto de consumidor y el concepto de empresario en esta materia.

Respecto al concepto de consumidor, éste viene definido con gran exactitud en el art. 3 del TRLGDCU, que tras la reforma de 2014 reza: *son consumidores o usuarios [a efectos de la norma] las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión [y] también las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.*

Se trata de un concepto claro de consumidor, entendido como todo aquel que opera con un propósito ajeno a la actividad comercial, si bien no está exento de problemas, como, por citar algunos: los casos de actos mixtos, las compras en disfraz de empresario, etc.

Por su parte, la misma norma da una definición de empresario (art. 4), entendiéndolo como *toda persona física o jurídica, privada o pública, que actúe (...) con un propósito*

² No comparte esta opinión la totalidad de la doctrina, e incluso legislativamente pueden verse limitados intentos de extender la protección a autónomos y microempresas, siendo el ejemplo paradigmático el Código Civil Catalán.

relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Este precepto remite implícitamente a la legislación mercantil para definir completamente al empresario, ya que es aquel que se dedica a una actividad comercial, empresarial o profesional. El artículo 1 del CCo señala que son empresarios (si bien la redacción alude a comerciante) los que teniendo capacidad legal (mayoría de edad y libre disposición de los bienes *ex art. 4*) para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente y las compañías mercantiles o industriales constituidas conforme al CCo (actualmente remitidas al TRLSC).

De ambas normas, es sencillo concluir que el TRLGDCU se aplicará a aquellos contratos celebrados entre de un lado un empresario (en este caso una Entidad Financiera) y un consumidor que actúa con un propósito ajeno a la actividad comercial, lo que es tanto como señalar que se aplicará a contratos celebrados con un fin ajeno a la actividad comercial, mientras que el CCo y demás normativa mercantil se aplicará a los contratos celebrados entre empresarios (Entidad Financiera y Cliente) con un objetivo claramente marcado u orientado hacia la actividad comercial o profesional.

Puede parecer óbice señalar una cuestión tan elemental, pero lo cierto es que no debe perderse la perspectiva de que ésta es una de las primeras cuestiones a resolver por parte de los tribunales a la hora de dar solución a un conflicto como los señalados, ya que los empresarios, sujetos al CCo, se ven impuestos con una carga que los consumidores no sufren y que precisamente es lo que, a mi juicio, impide aplicar la legislación protectora del consumidor a los primeros, y es que se encuentra con un deber de especial diligencia en su actuación y, señaladamente, en la contratación, como principal medio de interacción en el mercado. Esta diligencia, “del ordenado empresario”, es un deber de diligencia superior al exigido para el “hombre medio” o “buen padre de familia” de la legislación civil, lo que hace que se compadezca poco con la normativa de consumo, toda vez que se caracteriza por un recorte a la baja de la diligencia contractual, bajo un criterio de consumidor medio, bastante menos informado. Así pues, diligencia del empresario y la condición del consumidor son elementos incompatibles, que impiden la aplicación de la legislación de consumo a estos pequeños empresarios y ello, aunque su situación se asemeje mucho a la de un consumidor, ya que ambos se ven afectados por casi las mismas asimetrías en la información, elemento central en la regulación contractual de consumo.

II.- SEGUNDA CUESTIÓN PREVIA: NECESARIA DELIMITACIÓN DEL ESTUDIO REALIZADO

Delimitados los posibles sujetos actores, corresponde ahora definir claramente el objeto de estudio del trabajo. Éste no es otro, tal y como se señaló en la introducción, que analizar la problemática, jurisprudencia y solución a los problemas derivados de los incumplimientos de información bancaria cuando el cliente es un Empresario y, más concretamente, cuando el cliente se encuentra en una posición similar a la de un consumidor, es decir, cuando hay una importante diferencia en la información contractual entre las partes. Todo ello, ocurre más frecuentemente en los casos de Autónomos, que entrarían dentro de la categorización de profesionales y, por tanto, se encuentran sometidos a la regulación mercantil y no a la regulación de consumo, como ya se sabe, más tuitiva.

No solo se trata de delimitar desde un punto de vista subjetivo el objeto del estudio, sino que también es necesario delimitar desde la perspectiva del objeto, esto es, desde los contratos y clausulado, el estudio, pues la jurisprudencia es amplísima en esta materia y la casuística sumamente rica, haciendo que un tratamiento pormenorizado de todos y cada uno de los posibles casos no solo carezca de interés en muchos de sus aspectos, puesto que son ampliamente conocidos ya y la solución se encuentra de largo consolidada, sino que excedería con creces el propósito y extensión de la obra entre manos. Por ello, se expone ya desde el primer momento de la lectura, que el presente análisis abarca los principales casos problemáticos planteados en la práctica, siendo problemáticos, además, en un doble sentido: como funestamente habituales en las Salas Civiles los últimos años, pero también como aquellos que más tinta han generado o mayores controversias han planteado.

En concreto, se propone el estudio aquí de los préstamos en moneda extranjera o multdivisa, depósitos estructurados, obligaciones subordinadas y participaciones preferentes, SWAPs o permutas financieras, la cláusula suelo y, por reciente y actual, el IRPH como índice referencial en los créditos. Se analizará cada una de estas figuras, identificando sus rasgos, determinando la legislación aplicable, analizando las soluciones a que la jurisprudencia ha llegado, valorando si tales soluciones son satisfactorias o no y, en su caso, proponiendo nuevas soluciones como preferibles.

Esto constituye, en definitiva, el objeto de estudio del presente trabajo y, sin mayores preámbulos, comienza el análisis de lo hasta ahora propuesto.

III.- LA NECESARIA DISTINCIÓN ENTRE PRODUCTOS DE INVERSIÓN Y PRODUCTOS DE CRÉDITO A EFECTOS DE DETERMINAR LA NORMATIVA APLICABLE

Una primera cuestión que hay que tratar y que no aparece siempre con la suficiente claridad en las monografías que a este tema se dedican, es la diferenciación de los productos o contratos bancarios en 2 grandes categorías, con efectos principalmente aplicativos, es decir, para poder determinar en primer grado la legislación que va a resultar aplicable.

No se puede obviar que una cláusula suelo, el IRPH o un préstamo multdivisa, resultan distintos a otros instrumentos como los depósitos estructurados, las preferentes y subordinadas o los SWAPs, ya que, si bien los primeros se incluyen dentro de las “operaciones de activo”, los depósitos y participaciones constituyen “operaciones de pasivo” y los SWAPs “operaciones neutras”, aunque en este último caso, su calificación resulta compleja.

Así pues, es posible señalar que los depósitos estructurados, preferentes y subordinadas, y los SWAPs se han configurado como “productos de inversión”, mientras que las cláusulas suelo y el IRPH se han podido definir como productos de financiación. Mención aparte merecen los préstamos en divisa extranjera, pues si bien son productos financieros, como veremos más adelante la jurisprudencia les ha venido dando un tratamiento asimilado a los productos de inversión.

Esta distinción permea en el tratamiento legal al que hay que someter a ambos productos y coincide en buena medida con la distinción que propone David Vázquez García³ en productos complejos y no complejo. Así, los productos de inversión se someten específicamente a la normativa reguladora de los mercados de valores (LMV), toda vez que son productos complejos, mientras que los productos financieros se someten, en tanto que productos no complejos, a la regulación contractual general

³ VÁZQUEZ GARCÍA, D. *La contratación bancaria en la reciente doctrina del tribunal supremo*, Bosch, 2017, p. 23.

respecto a los deberes de información contractual, es decir, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

La referencia legal al carácter complejo o no del producto lo encontramos en el art. 217 TRLMV que determina como tales: *las acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o equivalente de un tercer país, los instrumentos del mercado monetario, las obligaciones o titulizaciones de deuda salvo que contengan un derivado implícito⁴ y las participaciones de instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel de la UE*. El precepto, ya desde su incorporación en la reforma operada en 2015, busca, como puede rápidamente deducirse, convertir a los productos no complejos en un *númerus clausus*, fuera del cual el resto de productos se consideran complejos, como una medida de protección del consumidor, ya que como más tarde se analizará ha habido importantes reformas en cuanto al control y deberes de información a suministrar por las Entidades Financieras, fundamentalmente el Control de idoneidad y el Control de conveniencia, respecto de los cuales limitaremos aquí su tratamiento a señalar que el Control de Conveniencia queda fuera en el caso de productos no complejos, por imperativo del art. 216 TRLMV.

En los apartados 2 y 3 del mismo 217 nos encontramos con nuevas enumeraciones que tratan de perfilar el carácter complejo o no de los productos. El 217.3 deja claro que no se considerarán productos no complejos, es decir, serán productos complejos en todo caso: *los valores que den derecho a adquirir o a vender otros valores negociables o que den lugar a su liquidación en efectivo, determinada por referencia a valores negociables, divisas, tipos de interés o rendimientos, materias primas u otros índices o medidas, los instrumentos financieros señalados en el artículo 2, apartados 2 a 8, y los instrumentos financieros recogidos en el artículo 2.1.c) que a su vez sean pasivos admisibles para la recapitalización interna de acuerdo a lo establecido en (...) la Ley 11/2015*.

Por su parte, el apartado 217.2 señala 4 notas características en general sobre los productos no complejos que seguidamente se resumen. Se debe tratar de productos que:

- Se puedan reembolsar de forma frecuente en los mercados (líquidos o fácilmente liquidables) y a precios públicamente conocidos.

⁴ Los derivados implícitos son elementos del propio producto que dependen de la marcha de los mercados o alguno de sus activos, haciendo en el caso de un derivado implícito que un producto que a priori cuenta con un funcionamiento independiente a la situación de los mercados de valores evolucione conforme a su marcha.

- No pueden suponer una pérdida mayor que la inversión en ellos realizada
- Que haya información suficiente para el público, completa y comprensible sobre sus características, riesgo, etc.
- Que no contengan derivados implícitos⁵

Parece, por tanto, que ha habido un efectivo esfuerzo por parte del legislador en la última reforma de esclarecer si el producto es complejo o no complejo, esto es, en nuestra terminología, si puede incluirse bajo un concepto de producto de inversión (*lato sensu*) o si por el contrario no.

IV- NORMATIVA ESPECÍFICAMENTE APLICABLE A LOS PRODUCTOS DE INVERSIÓN: REGULACIÓN PRE Y POST MiFID Y LAS SUCESIVAS REFORMAS

Respecto a la normativa aplicable, debe señalarse que, en tanto que contratos de adhesión, contienen también condiciones generales de la contratación, y, por tanto, resulta aplicable la regulación contenida en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, ley 7/1998, si bien, al tratarse de productos de inversión (que por su naturaleza van a ser en la mayoría de los supuestos complejos) y depender del funcionamiento y actividad de los mercados de valores, dicha regulación debe ser complementada por la legislación que a estos mismos efectos contiene el TRLMV.

En este punto, como ya se ha venido exponiendo, el legislador español, fundamentalmente por incidencia del europeo, ha sido especialmente proactivo en el desarrollo de las disposiciones que, sobre información, deben cumplir las Entidades financieras en su contratación. Por tanto, es menester tratar de explicar en este punto las diferentes legislaciones que se han venido sucediendo en los últimos años, pues solo así será posible comprender en un momento posterior la solución que han dado los tribunales en los distintos supuestos⁶.

Partiendo de lo anterior, si hay que segmentar la evolución de la materia en base a un único hito legislativo, sin duda cualquier autor aludirá a la Directiva 2004/39/CE, conocida por sus siglas en inglés MiFID (*Markets in Financial Instruments Directive*),

⁵ Característica que añade nuevamente Vázquez García, y que se toma como otra característica más de los productos no complejos en general, en una interpretación sistemática de la legislación.

⁶ VÁZQUEZ GARCÍA, D. *La contratación bancaria en la reciente doctrina...*, óp., cit., pp. 85-93 y 110-117.

que entró en vigor en el año 2007. Esta directiva introdujo ya en las legislaciones nacionales el germen de las obligaciones de información en la contratación bancaria, tal y como las conocemos, y, a partir de la misma, se ha venido produciendo toda una revolución normativa, fundamentalmente como consecuencia de la crisis bancaria que sacude Europa.

Así, corresponde ahora analizar las obligaciones de información existentes en la legislación previa y posterior a la transposición de la directiva en España y tratar de perfilar las sucesivas reformas tras 2007 para poder delimitar el marco normativo aplicable.

1.- Regulación previa a la incorporación de la Directiva

La normativa previa a la transposición de la Directiva en materia de deberes de información bancaria respecto a los servicios de inversión la encontramos a partir del art. 78 de la ya derogada Ley 24/1988, del Mercado de Valores (LMV en adelante).

Dicho precepto se inserta en un título VII denominado con la genérica expresión “Normas de Conducta”, lo cual ya es indicativo de que en esta primera versión la norma no se preocupaba en exceso de estos deberes de información, dándolos en cierta forma por supuestos y limitándose a señalar unas normas de mínimos a fin de encauzar cualquier actividad de mala conducta por parte de los operadores del Mercado de Valores.

El art. 78 LMV establece una aseveración genérica y claramente insuficiente, que viene a señalar que los operadores directa o indirectamente relacionados con el Mercado de Valores deben respetar las normas de conducta contenidas en el título, las que se aprueben por Real Decreto a propuesta de la CNMV como códigos de conducta y su propia normativa interna de actuación. Es el artículo siguiente, el 79, el que arroja más luz sobre estos deberes de información, pudiendo destacar, de entre la panoplia de deberes enunciada en el precepto los siguientes:

- Deber de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y la integridad del mercado (art. 79.1.a LMV).
- Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como propios (art. 79.1.c LMV).

- Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados (art. 79.1.e LMV).
- Garantizar la igualdad de trato entre los clientes, evitando primar a unos frente a otros a la hora de distribuir las recomendaciones e informes (art. 79.1.f LMV).
- Dejar constancia frente a los clientes de cualquier posible conflicto de intereses en relación con el asesoramiento o con el servicio de inversión que se preste (art. 79.1.h LMV).

De estos deberes de información, resulta especialmente destacado el doble deber que se establece de, por un lado, *cuidar el interés de sus clientes como si fueran propios*, lo que supondría que el banco tiene la obligación de no venderle al cliente productos claramente contrarios a sus intereses, así como el deber de *asegurarse de que el cliente se encuentra adecuadamente informado*. Destacan estos dos deberes porque quizá sean los más palmariamente incumplidos junto a las alusiones sobre el conflicto de intereses, pues es evidente que en los últimos tiempos, los bancos han venido aprovechándose de la falta de información de sus clientes, para contratar con ellos productos manifiestamente contrarios a sus intereses o incluso en situaciones de un manifiesto conflicto de interés, por ejemplo, cuando el producto financiero contratado pertenecía al propio banco (piénsese en subordinadas y preferentes o en bonos necesariamente convertibles en acciones).

Podemos señalar, vista esta regulación básica, que ya antes de la entrada de la normativa contemplada por la Directiva MiFID, ya contemplada el Ordenamiento Jurídico Mercantil español unos mínimos deberes de información y, por ello, incluso en casos previos a 2007 y la entrada en vigor de la Ley 47/2007, ya son aplicables las exigencias de información en la contratación bancaria de productos de inversión.

A mayor abundamiento, se dictó el Real Decreto 629/2007, sobre normas de actuación en los mercados de valores, aplicable a los servicios de inversión, y cuyo art. 2 señala que las entidades que presten tales servicios (los del art. 71 LMV, que remite a su vez al art. 63) deberán cumplir los deberes contemplados en el anexo al texto normativo. En dicho anexo, encontramos un artículo 5, que versa sobre los deberes de información al cliente, cuyo apartado 3 dice literalmente: *la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente*

conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

Si algo se deduce de esta normativa reglamentaria es que se establecía meridianamente y para todo tipo de cliente, no solo el consumidor a efectos del TRLGDCU, un deber de informar claramente a la clientela, evitando la incorrecta interpretación de la misma y debiendo explicitar claramente los riesgos de cada operación, y ello en relación con cualquier producto que se contrate.

Así las cosas, puede concluirse que aun en esta primera etapa, ya tenía avanzada la legislación española un estándar de información alto⁷ en cuanto a información previa a la contratación bancaria de productos de inversión, eso sí, relegado fundamentalmente en una normativa de desarrollo de carácter reglamentario. Todo ello deja tristemente aún más claro que han fallado los medios de control del cumplimiento de tales deberes, fundamentalmente por parte de la CNMV, generando la consiguiente laxitud en el actuar de los operadores bancarios que ha llevado al uso de productos de una gran complejidad por parte de clientes mal asesorados, que carecen del conocimiento técnico suficiente para comprender los riesgos que alegremente han asumido.

2.- Regulación introducida con la Directiva

Analizada la legislación en su versión previa a la Directiva, corresponde ahora analizar qué novedades supuso para el, como ya hemos visto, avanzado panorama normativo español en materia de información al cliente bancario.

En este sentido, como elemento más destacado desde la perspectiva legal, encontramos la inclusión de un nuevo artículo, complementario del art. 79 LMV, que fue numerado como 79 BIS LMV. Este precepto añade toda una panoplia de obligaciones completamente nuevas en el cuerpo legal, y referidas exclusivamente a la contratación de productos de inversión.

Muy importante, resulta lo establecido en el apartado segundo, que exige que *toda la información dirigida a clientes, incluida la publicitaria debe ser imparcial, clara y no engañosa.*

⁷ Coincide esta opinión con la expuesta por la STS de 18 de abril de 2013, en VÁZQUEZ GARCÍA, D., *La Contratación bancaria en la reciente Doctrina...*, óp., cit., p. 86.

A ello se acompaña el apartado tercero, que exige *la entrega a los clientes potenciales y de una forma comprensible, de información sobre la propia entidad, los instrumentos financieros, los centros de ejecución de órdenes, gastos y costes asociados, de forma que el cliente pueda comprender la naturaleza y riesgos del servicio de inversión y tomar las decisiones con conocimiento de causa*. Fundamental resulta este deber, pues constituye el marco de información básico que debe proporcionarse a todo cliente cuando comienza a tratarse con él la posibilidad de contratar, exigiendo una información completa y, sobre todo, clara, para que pueda tomar una decisión con conocimiento de causa, es decir, sabiendo y conociendo perfectamente la decisión que toma y sus consecuencias, pudiendo darse en un formato normalizado.

Esta obligación sienta el marco básico sobre el que se ha venido operando la mayor parte de la resolución judicial de los problemas contractuales en casos de productos de inversión, con el añadido de 2 controles adicionales que se exponen a continuación.

Sobre la base del deber de información señalado en el apartado 3, se configura un doble control de transparencia en la contratación, uno de ellos contemplado en el apartado 6 y el otro en el 7. Dichos controles son los conocidos como control o test de conveniencia y control o test de idoneidad.

Respecto al test de conveniencia, que, de acuerdo al tenor literal del precepto, se aplica cuando se preste además del servicio a contratar, un servicio de gestión de carteras o de asesoramiento sobre la inversión, supone un examen de los conocimientos y experiencia del cliente o cliente potencial, respecto del ámbito del producto de inversión en cuestión, de la situación financiera y objetivos de inversión que tiene. Todo ello debe recabarlos la entidad financiera, con el claro objetivo de ofrecer al cliente información adecuada a su nivel de conocimientos, con explicaciones objetivas, como principal forma de blindar al cliente que contrata en un ámbito desconocido para él. La claridad con la que habla el apartado se ensombrece cuando *in fine* apostilla la no necesidad de este control cuando el cliente es profesional, sin concretar si se refiere al cliente empresario, profesional del tráfico económico, o profesional en el ámbito de la inversión. Ha tenido que ser la jurisprudencia, como se verá más adelante, si bien hay que adelantar un mínimo de información en este punto, la que aclare esta cuestión, habiendo entendido que por profesional se refiere a un cliente que haya realizado de manera habitual contratos en materia de inversión

El segundo control, es el control o test de idoneidad, que se debe realizar cuando se presten servicios distintos a los anteriores, fundamentalmente a propuesta de la Entidad Financiera, debiendo recabar en este segundo caso el grado de conocimiento y experiencia de inversión sobre el concreto producto que tiene el cliente, a fin de determinar si dicho producto es o no conveniente para el cliente y, en caso de no serlo, deberá advertírsele de manera clara.

A través de esta reforma, se otorga al cliente bancario una protección mucho más elevada en la contratación de productos de inversión, ya que tiene que ser sometido a un doble control de entendimiento del producto, sobre la base de unas obligaciones concretas de información sobre el servicio que se negocia.

Así pues, parece claro que si bien se partía de un estándar de protección elevado del cliente antes de la Directiva MiFID, su transposición por medio de la Ley 47/2007, fructificando en este artículo 79 BIS LMV, apuntala de una manera definitiva la tendencia tuitiva para con el cliente bancario, materializando y concretando las obligaciones genéricas de información expresadas por el art. 79, estableciendo un deber tangible de información con parámetros de medición del cumplimiento (claridad, riesgos, conocimiento de causa) que se completa con un doble control de transparencia en la información, haciendo que el sistema no solo se oriente a proporcionar información clara al cliente, sino también comprensible, debiendo el banco valorar la idoneidad o conveniencia del producto para el cliente en cada caso, atendiendo a su grado de comprensión y entendimiento del mismo, adecuando así el contenido de la información para que sea lo suficientemente clara como para que el cliente se haga una idea adecuada del producto, beneficios y riesgos que asume.

3.- Regulación posterior a la Directiva, las sucesivas reformas

Analizado el panorama normativo que ha tenido la jurisprudencia que venir aplicando para resolver la inmensa mayoría de los casos que le han sido planteados, corresponde terminar este recorrido legislativo con las reformas posteriores que se han producido, motivadas fundamentalmente por la ingente cantidad de casos controvertidos y que van a marcar el futuro de la contratación bancaria en lo que a transparencia se refiere durante los próximos años.

La primera reforma que se opera sobre el art. 79 bis tiene lugar por medio del Real Decreto-ley 24/2012 de 31 de agosto, añadiendo dos párrafos adicionales al apartado 3, descentralizando los concretos deberes materiales de información a proporcionar a las normas elaboradas por la CNMC y añadiendo una expresa referencia al caso de las preferentes, señalando una especial obligación de diferenciar los valores distintos a acciones emitidos por las entidades bancarias de los depósitos bancarios ordinarios, remitiéndose los pormenores a normativa de desarrollo. Asimismo, se modifica el apartado 6, añadiendo escuetamente la obligación de entregar en formato duradero al cliente *una descripción de cómo se ajusta la recomendación realizada a las características y objetivos del inversor*. Y el apartado 7, con una exigencia de entregar al cliente una copia de la evaluación de idoneidad realizada, así como añade, para los productos complejos, la obligación de incluir una expresión manuscrita del cliente junto a su firma en el contrato de que ha sido informado de que el producto no le resulta conveniente o que no se ha podido analizar su idoneidad en el caso.

Se trata de unas modificaciones menores, que tampoco aportan protección adicional, más allá de tratar de asegurar prueba documental suficiente en el momento de contratar, a fin de facilitar el eventual proceso futuro que pueda producirse y blindar documentalmente de alguna forma a las entidades que han cumplido todos los requisitos.

La tercera modificación sustancial se produce con el cambio de texto: la derogación de la tradicional Ley 24/1988 del Mercado de Valores y la sustitución de ésta por el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por RD- 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores. En este nuevo cuerpo normativo, toda la regulación condensada en el art. 79 bis de la antigua LMV, ha pasado a regularse en los artículos 209 a 218 del TRLMV. Esta nueva reforma, no ha aportado nada sustancial respecto a la regulación ya prevista anteriormente, si bien hay que considerar el esfuerzo clarificador que se ha dado a la nueva estructura de la norma, que viene a identificar de forma mucho más clara cada aspecto concreto de los deberes de información antes amalgamados en el denso artículo 79 BIS LMV.

Finalmente, en el año 2017, se ha operado una reforma sobre el artículo 217 TRLMV, añadiendo en el apartado 3 una tercera exclusión a la consideración de productos no complejos, incluyendo así *los instrumentos financieros recogidos en el artículo 2.1.c)*

que a su vez sean pasivos admisibles para la recapitalización interna de acuerdo a lo establecido en la sección 4ª del capítulo VI de la Ley 11/2015.

4.- Breves Consideraciones al respecto

A través de la sintética exposición del contenido de la norma sobre deberes de información en la contratación con productos de inversión (ya hemos visto que hay normativa específica para, dentro de los productos de inversión, aquellos de especial complejidad, pero es preferible en el tratamiento del tema continuar hablando de productos de inversión, pues todos los productos de inversión que se han planteado como problemáticos ante los tribunales, objeto de estudio de este texto, son sobre productos complejos), se ha podido apreciar claramente cómo se reguló desde Europa, de forma previa a la explosión judicial de casos, la materia, tratando de reforzar una regulación vaga, imprecisa, que dependía demasiado de la normativa reglamentaria de desarrollo y que, aunque preveía un estándar alto de protección, al no contar con una correcta formulación, resultó permeable a todo un conjunto de productos de inversión que claramente contravienen, por medio de artificios variopintos y disfraces de simplicidad, la bienintencionada legislación española.

La normativa europea viene a completar la legislación, tratando de salvar lo máximo posible los deberes de información y apostando por evitar a futuro la laxitud con la que las Entidades Financieras han vendido productos complejos a clientes inexpertos. Si esta regulación, más completa y más detallada, servirá de cara a los problemas futuros, es algo que aún está en el aire, pues ya se vio como una normativa aparentemente bien redactada y protectora del cliente, fue burlada por medio de ingeniosas figuras, sin que haya garantía de que pueda volver a ocurrir. Las últimas reformas han puesto cada vez un mayor énfasis en la Autoridad reguladora de los Mercados de Valores, la CNMV, cuya intervención dedicada en esta materia, por medio de un control exhaustivo de los productos que se ponen en circulación y a quién, acompañado de fuertes sanciones administrativas, podría frenar estas prácticas o, al menos, limitarlas a meros casos aislados.

Finalmente, hay que destacar el carácter evolutivo de la materia, que ha venido siendo reformada en favor de la tutela del cliente bancario de una forma continua desde el comienzo de los años 2000 y que sigue en la actualidad (baste pensar en la reciente

reforma de 2017) tratando de adecuarse a la dinámica evolución de los productos de inversión.

V- NORMATIVA APLICABLE A LOS PRODUCTOS DE CRÉDITO: LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y NORMATIVA COMPLEMENTARIA

Una vez analizada la legislación sobre el mercado de valores, aplicable a los productos de inversión, corresponde analizar la legislación rectora de los productos financieros (préstamos hipotecarios y multidivisa fundamentalmente). En este caso, no ocurre como en el anterior en que contamos con un régimen de transparencia específico, por lo que debemos acudir al régimen de transparencia general de la contratación mercantil, contemplado en la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación.

Comenzando en este nuevo cuerpo legal, encontramos un primer elemento a destacar en el art. 5, bajo la denominación de *requisitos de incorporación*, precepto que dedica varios apartados a regular cómo deben aparecer las condiciones generales de la contratación y qué debe hacer el predisponente para que se entiendan incorporadas al contrato, despachándolo con la genérica afirmación de que deben informarse al adherente y facilitar un ejemplar, obligaciones que, si bien dan una base para tratar la generalidad de casos, no constituyen una verdadera garantía de información al adherente, toda vez que se configuran como requisitos formales y no como requisitos materiales, que permitan comprobar el verdadero conocimiento del adquirente sobre los mismos.

Cierto es que esta legislación se encuadra adecuadamente con el concepto de diligencia propia del ámbito mercantil, marcada por un estándar elevado, derivado de la necesidad de seguridad en el tráfico jurídico y la particular celeridad que toma, pero no por ello debe obviarse que en cierta forma se configura como una norma incompleta, donde se echa en falta alguna referencia más precisa, como el establecimiento de un verdadero control material de incorporación.

Destaca de este precepto, precisamente, una alusión en el apartado 5, que especifica que la redacción de las cláusulas debe ser transparente, clara, concreta y sencilla. Constituye un intento de pautar en cierta medida la redacción de las cláusulas, si bien, como se ha

expuesto, muchos de los problemas suscitados no son tanto un problema de claridad o sencillez, como de comprensión material del propio producto.

Por su parte, el art. 6.2 LCGC prevé una regla de interpretación en favor del adherente ante cláusulas oscuras o de redacción compleja.

Más interesante resulta, sin duda, el artículo 7, que, bajo el título “*No incorporación*”, contempla casos en los que la condición no va a considerarse incorporada debidamente al contrato, siendo éstos:

- Cuando el adherente no haya tenido “oportunidad real” de “conocer de forma completa” en la celebración el contrato (...). Destaca el uso de “oportunidad real” y “conocer de forma completa”, ya que abren la vía a que jurisprudencialmente se pueda valorar el conocimiento material (esto es, real) de la cláusula controvertida.
- Las incomprensibles, ambiguas, ilegibles y oscuras, salvo que sean aceptadas por el adherente expresamente.

La consecuencia jurídica del no cumplimiento de los requisitos de incorporación pre-expuestos es, valga la redundancia, la no incorporación de las mismas al contrato, esto es, su no inclusión como parte del clausulado.

Por su parte, el art. 8 establece una consecuencia específica, la nulidad, en los casos en que las *condiciones generales contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en la Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*, a la par que en su apartado 2 veda el control de abusividad del clausulado exclusivamente a los contratos con consumidores. Es un precepto que en la actualidad resulta insuficiente, dado el actual panorama judicial, ya que restringe indebidamente la nulidad a la contravención de normas imperativas o a la propia Ley de Condiciones Generales, lo que ha dejado fuera, de acuerdo con el tenor literal y sin interpretaciones sistemáticas o extensivas los casos objeto de estudio, o dificulta su argumentación de una manera excesiva.

Finalmente, concluye esta exegesis, necesariamente breve, del texto legal aludiendo al artículo 10, que expresa el principio de permanencia de los contratos, esto es, la cláusula declarada nula o no incorporada no afecta al resto del contrato en lo que pueda pervivir sin dichas condiciones, y remite la integración de los contratos a la normativa contractual civil, contenida en los artículos 1258 y ss. CC.

De este análisis, se extrae la siguiente conclusión: se trata, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, de una norma de redacción deliberadamente abierta, donde pueden entrar los casos planteados, partiendo de una interpretación amplia, pero que, a mi modo de ver, no proporciona unas herramientas lo suficientemente completas para resolver de un modo satisfactorio los casos problemáticos en la contratación bancaria, siendo deseable, como luego se desarrollará, una pequeña modificación en el sentido de incorporar un verdadero control material de la información, *ad exemplum* de la normativa del Mercado de Valores, que permita reconducir la situación con mayor facilidad y reduciendo la necesidad de encaje judicial de normativa fragmentada para lograr una adecuada solución a los casos.

VI- TIPOLOGÍAS MÁS HABITUALES DE INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMACIÓN

Expuesto el panorama normativo que va a resultar de aplicación, conviene ahora, antes de entrar en el análisis de la casuística jurisprudencial, concretar los particulares casos que van a ocupar lo restante del texto, esto es, los casos sobre los que va a centrarse el análisis, dada la enormidad de casos que surgen en la práctica.

Hay que comenzar señalando que se excluyen directamente los casos de condiciones contractuales excesivamente adversas para el predisponente, tales como los intereses de demora excesivos, la cláusula de resolución anticipada unilateral del contrato, y otras muchas particulares cláusulas tipo, no porque sean poco relevantes, puesto que puede escribirse largo y tendido (de hecho así ha sido) sobre el dudoso criterio que el Alto Tribunal produjo de su chistera al resolver el asunto de los intereses moratorios, sino porque se trata de soluciones ya unificadas y consolidadas en la práctica, de forma similar a lo que ocurre con la abusividad de la cláusula suelo respecto a los consumidores.

Así pues, de entre todas las posibles cláusulas y productos a analizar, se han seleccionado los siguientes⁸:

⁸ Conviene señalar que en este punto va a definirse simplemente el producto tratando de expresar el porqué de su posible ilicitud contractual en los casos, para un análisis jurisprudencial detallado sobre cada uno de ellos, acúdase al Bloque II “Soluciones Jurisprudenciales”.

1.- Préstamo multdivisa o Préstamo en Moneda extranjera:

El préstamo en moneda extranjera, comúnmente (y erróneamente⁹) conocido como “multidivisa” constituye una modalidad específica de lo que podemos calificar como un préstamo al uso, es decir, se trata de un contrato de préstamo al uso en que el deudor se compromete a devolver la cantidad prestada al acreedor más un porcentaje del monto como interés remuneratorio. La peculiaridad proviene precisamente de la moneda (de ahí el nombre) en que se pacta la cuantía del préstamo, ya que, en lugar de pactarse en euros, se pacta en una moneda extranjera, que generalmente tiene una equiparación menor en euros.

Ahora bien, ¿Qué se pacta devolver en moneda extranjera?, lo cierto es que se pacta absolutamente todo, tanto el capital como los intereses, porque es el propio capital el que se concede en moneda extranjera y luego se convierte a euros. Normalmente, como se emplean monedas que tienen una baja equiparación con el euro, resulta atractivo al cliente, que tiene la ilusión de pagar menos por el préstamo, ya que un euro vale varias unidades de la moneda extranjera.

El problema para el cliente viene fundamentalmente cuando el cambio de divisas fluctúa, ya que entonces la tasa de conversión se reduce respecto del euro, aumentando consecuentemente los intereses a pagar, pero, lo cierto es que no solamente se incrementan los intereses, ya que, hay que recordar, que igualmente el capital se concede en moneda extranjera, por lo que, a su misma vez, al apreciarse la moneda extranjera respecto del euro, no solo aumenta el valor de las cuotas y de los intereses, sino que se incrementa el valor del propio capital¹⁰.

Ello ha llevado a situaciones paradójicas en las que transcurridos dos años o tres del préstamo solicitado, el total importe a devolver no solo no ha disminuido, sino que se ha incrementado, al apreciarse sobre manera la moneda extranjera respecto del euro¹¹.

A mayor abundamiento, para enmascarar (no hay otra explicación posible a mi modo de ver) este mecanismo, se emplea un referencial distinto para el cálculo de interés, como

⁹ Puesto que no todos los contratos de préstamo en moneda extranjera prevén la facultad de cambiar de divisa, esto es, el elemento que los haría “multidivisa”.

¹⁰ NAVAS NAVARRO, S. "Cláusula sobre divisa extranjera en préstamos hipotecarios y falta de transparencia", *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, N.º 14, 2015, p. 137.

¹¹ VÁZQUEZ GARCÍA, D. *La contratación bancaria en la reciente doctrina...*, óp., cit., p. 34.

puede ser el libor¹² (tipo de interés interbancario de la bolsa de Londres), en lugar de mibor o Euribor, mucho más habituales y conocidos.

Este tipo de cláusula ha sido especialmente problemática en países como Rumanía, Bulgaria, Polonia, etc., donde hasta un 60% de los préstamos hipotecarios la incluyen¹³. También en España ha habido algunos casos, en general relacionados con el yen japonés como divisa escogida para el contrato.

Este es un caso que ha afectado a consumidores y a pequeños empresarios por igual, que han visto como las cantidades debidas no solo no disminuían a lo largo del tiempo, sino que aumentaban conforme se reducía la equiparación cambiaria entre ambas divisas, planteando especialmente problemas en relación con la información proporcionada al cliente, a efectos de determinar si el cliente bancario era consciente y conocedor del producto que contrataba o había algún vicio. Esta será una labor desarrollada eminentemente por la jurisprudencia que ha ido, por medio de sus pronunciamientos, dando una solución adecuada a cada caso.

2.- Depósitos Estructurados

El segundo tipo de producto que analizaremos es el depósito estructurado. Este producto de inversión toma la estructura de un depósito a plazo fijo tradicional, donde el cliente aporta a la Entidad Financiera una cantidad de dinero, de la que no puede disponer durante un determinado periodo de tiempo, a cambio de recibir tras el mismo el capital entregado junto a un interés. En este caso, la particularidad la encontramos en el hecho de que el rendimiento que el banco se compromete a entregar al cliente se determina no con base a un tipo de interés fijo y predefinido en el mercado, sino que se trata de un tipo de interés variable que se hace depender de un producto que cotiza en el mercado financiero, como puede ser un índice bursátil, la cotización de un conjunto de acciones, etc., en suma un conjunto de subyacentes que pueden considerarse productos complejos de acuerdo al art. 217.3 TRLMV, lo que genera que queden sometidos al régimen de

¹² NAVAS NAVARRO, S. "Cláusula sobre divisa extranjera en préstamos hipotecarios...", óp., cit., p. 135.

¹³ NAVAS NAVARRO, S. "Cláusula sobre divisa extranjera en préstamos hipotecarios...", óp., cit., p. 131.

información exigido por la normativa del mercado de valores y a los controles de conveniencia e idoneidad.¹⁴

Partiendo de dicha legislación, la jurisprudencia ha venido dando una solución caso por caso, atendiendo a si efectivamente se han cumplido los requisitos de transparencia e información que deben aplicarse al producto en cuestión.

3.- Obligaciones Subordinadas y Participaciones Preferentes

Es menester tratar ambos productos bajo un único epígrafe compartido, fundamentalmente debido a que ambos constituyen titulizaciones de deuda emitidas por las Entidades de Crédito, cambiando, eso sí, el propio mecanismo de funcionamiento, al ser productos bien distintos, y ambos son calificados como híbridos financieros, esto es, una vía de financiación empresarial a medio camino entre las acciones y los bonos¹⁵.

Respecto a las obligaciones subordinadas, son un título valor de renta fija, que se vendían con un interés ciertamente elevado, por los cuales el deudor (Entidad Bancaria) se compromete a devolver en el plazo señalado el capital representado junto al interés señalado. La principal diferencia, que lo convierten en un título-valor sui generis, es que, si bien es una titulización de la deuda empresarial emitida por Entidades crediticias, son títulos de deuda subordinada, esto es, deudas que, de acuerdo al art. 92.2 de la Ley Concursal, se subordinan en cuanto al cobro al pago de todos los demás acreedores.

Todo ello supone que el acreedor (cliente bancario) se sitúa con este producto en la misma posición que un socio respecto del cobro de su deuda y sin contar con derecho alguno en cuanto a la decisión de la gestión de la entidad.

Por su parte, las participaciones preferentes, mucho más celebres que las anteriores, pueden definirse como valores atípicos perpetuos, parte de los activos del emisor, que sin otorgar derechos políticos, compensan una retribución fija en función de los beneficios (STS de la sala primera de 8 de septiembre de 2014). El Banco de España opta por definir las del siguiente modo: *instrumentos financieros emitidos por una sociedad que no otorga derechos políticos al inversor, que ofrece una retribución fija,*

¹⁴ VÁZQUEZ GARCÍA, D. *La contratación bancaria en la reciente doctrina...*, óp., cit., p. 35.

¹⁵ RÓDENAS CORTÉS, P. "Obligaciones de deuda subordinada: Una mala práctica bancaria". *Anuario De La Facultad De Derecho*, N.º 31, 2014, p. 305.

condicionada a la obtención de beneficios, y que tienen una duración perpetua, aunque el emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas anticipadamente, previa autorización de la entidad supervisora. Este producto supone para el cliente la compra de una suerte de acción encubierta, que se promocionó y ofertó como un producto para clientes exclusivos, pero que en realidad constituía una venta masiva de acciones, con el exclusivo objeto de sanear la precaria situación de muchas instituciones crediticias del mercado español. Al ser perpetuas no tienen nunca un plazo de término, por lo que la única forma de que el cliente logre recuperar el capital invertido es venderlas en un mercado secundario a un segundo cliente. Igualmente, estos instrumentos, suponían que el inversor asumía la postergación del cobro de su deuda al último de los acreedores en caso de concurso¹⁶, esto es, inmediatamente antes de todos los socios y justo después de los acreedores. Se aprecia un cierto parecido en este punto entre Participaciones Preferentes y Obligaciones Subordinadas, toda vez que ambos se subordinan en caso de concurso respecto al cobro de las deudas contraídas por la entidad respecto a los inversionistas.

El principal problema que han planteado las preferentes es precisamente su mecanismo de venta acompañado de un eficaz nombre comercial¹⁷, ya que se obviaba por sistema su verdadero carácter de título de participación similar a una acción y se vendía como un producto de inversión de inusual rentabilidad, habiendo analizado los tribunales los casos planteados y determinado el efectivo incumplimiento de los deberes de información relacionados con estos productos.

4.- Permutas Financieras o SWAPs

Se trata de un instrumento financiero derivado, esto es, su funcionamiento depende de la evolución de determinados activos en los mercados denominados subyacentes¹⁸, que consisten en un contrato cuyo objeto es el intercambio de unas liquidaciones que realiza el banco y otras que realiza el cliente, para entregar a la contraparte, ambos sobre una misma cantidad y cada uno de los contratantes aplicando un diferente tipo de interés (referenciado al Euribor) a esa cuantía común, y ello durante un plazo de tiempo

¹⁶ LARRIBA DÍAZ-ZORITA, A. "Participaciones preferentes". *AECA: Revista De La Asociación Española De Contabilidad Y Administración De Empresas*, N.º 111, 2015, p. 45.

¹⁷ LARRIBA DÍAZ-ZORITA, A. "Participaciones preferentes...", óp., cit., p. 44.

¹⁸ BAZ BARRIOS, S. "La problemática de los SWAPs o contratos de permuta financiera", *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, N.º 8, 2013, p. 421.

determinado¹⁹. Hay varios tipos de SWAP, centrándose este estudio en los más problemáticos: los SWAP de tipos de interés.

Si tenemos que explicar el funcionamiento de un SWAP, para exponerlo de una forma más clara, encontramos que opera en torno a dos partes: el cliente, que se convierte en un pagador a tipo fijo, debiendo abonar pagos a la entidad bancaria a un tipo fijo contractualmente establecido, mientras que la entidad bancaria asume la obligación de abonar las mismas cantidades al cliente, pero a un interés variable, que fluctúa de acuerdo al referencial escogido en cada caso. Se puede apreciar que el objetivo de este tipo de productos es lograr fundamentalmente una mayor estabilidad en la financiación del inversor, generalmente empresas, logrando que ante un crecimiento de los tipos de interés²⁰, el interés real al que obtiene financiación sea más estable y generalmente inferior (tipo fijo).

El principal problema ocurre cuando, como ha ocurrido en España, los tipos de interés se desplomaron, haciendo que el tipo de interés fijo impida al cliente beneficiarse de una bajada en los tipos de interés, llegando incluso, en casos de bajadas muy intensas, a descompensar completamente las prestaciones de las partes en el contrato, haciendo que para una resulte sumamente oneroso su cumplimiento.

Estos contratos son contratos atípicos en nuestro Ordenamiento Jurídico, lo que supone que son las partes las que configuran de una manera casi exclusiva por la libre voluntad su contenido, si bien a efectos de las obligaciones de información resulta secundario, puesto que en la medida en que aparece un subyacente y el funcionamiento del contrato depende de la marcha de los mercados secundarios, queda sujeto a la normativa contenida en el actual TRLMV y su antecesora la ley 24/1988.

Precisamente, el principal problema del que adolecen los SWAPs no es que sean figuras *per se* injustas o desequilibradas, ni constituyen prácticas próximas a la estafa (como se ha señalado en algunos medios de información), sino que, pese a ser instrumentos completamente válidos, al haberse informado de una manera deficiente al cliente, al haberse incumplido los deberes de información prescritos legalmente, el cliente no estaba en condiciones de conocer y querer, con conocimiento de causa, obligarse con

¹⁹ GARCÍA ANGULO, B *Nulidad de los contratos SWAP en la Jurisprudencia*, Eolas Ediciones, 2011, p. 40

²⁰ BAZ BARRIOS, S. "La problemática de los SWAPs...", óp., cit., p. 426.

dicho contrato, generando una vez más que los tribunales hayan tenido que entrar a resolver los problemas suscitados.

5.- Cláusula Suelo en Contratos Hipotecarios

Conocida a estas alturas de una manera evidente, la cláusula suelo ha constituido una de las formas más palmarias de vulneración de las obligaciones de transparencia en la información exigida para los productos bancarios, especialmente sobre la claridad en la contratación.

Es una cláusula que se incorpora a un contrato, como Condición General de la contratación, por la cual las partes acuerdan que el mecanismo de fijación del tipo de interés en un préstamo de garantía hipotecaria no va a marcar un tipo de interés inferior a un tipo mínimo pactado, aunque el referencial determine efectivamente un valor inferior.

Es decir, se configura como un tope mínimo a la reducción a la baja de los tipos de interés.

No se trata de una cláusula directamente abusiva, sino que nuevamente el problema que trae aparejado es la forma de ofrecerse, ya que suele ir acompañada de una cláusula análoga conocida como cláusula techo, que en favor del cliente determina un tipo de interés máximo, con el evidente problema de que la cláusula suelo era ciertamente elevada, mientras que la cláusula techo protegía al cliente de unos tipos de interés impensables si quiera en el momento más álgido de la burbuja hipotecaria, esto es, se disfrazaban de mecanismos protectores del cliente, cuando en realidad era imposible que llegaran a aplicarse, mientras que la cláusula suelo impuso al consumidor un sacrificio desproporcionado para con el de la otra parte contractual.

Es por ello que los tribunales, por medio de la aplicación de la legislación de protección del consumidor y el encaje jurisprudencial apropiado han determinado el carácter abusivo de la cláusula. Determinado esta abusividad en relación con los consumidores es evidente preguntarse por cuál ha sido la respuesta en relación a las empresas que se ven afectadas por esta cláusula en sus préstamos contratados.

6.- IRPH como nuevo Índice referencial

El IRPH es como se conoce al índice de referencia de préstamos hipotecarios, un indicador que mide el tipo medio empleado por las entidades financieras españolas en la concesión de préstamos hipotecarios calculado sobre un periodo de 3 años²¹. En los mismos términos lo define el Banco de España²².

Al ser una media de los tipos de interés en el mercado hipotecario español, se trata de un índice que lógicamente tiene una mayor estabilidad que otros indicadores, como el Euribor, si bien como contraparte, tiene un valor superior, ya que los bancos a la hora de conceder préstamos los conceden a un tipo superior al marcado por el Euribor.

La principal polémica planteada con el IRPH se debe principalmente a su utilización como referencial en el cálculo de intereses de préstamos hipotecarios, ya que como se ha expresado, tiene siempre un valor superior al de otros referenciales, lo que encarece los intereses a pagar por los prestatarios.

Este índice ha estado ciertamente en boga lo que llevamos de año, debido al reciente pronunciamiento del Tribunal Supremo, señalando que no es abusivo, sentencia que será abordada más adelante.

Esta problemática será abordada debidamente en la parte correspondiente al estudio jurisprudencial de cada una de las figuras.

SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

VII.- CONSIDERACIONES PREVIAS AL ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Antes de entrar directamente con el análisis jurisprudencial del tema, teniendo en cuenta que hemos partido de un primer enfoque centrado en el análisis legal de la cuestión y en la explicación de cuáles han sido los principales incumplimientos típicos, hay que clarificar algunas ideas.

²¹ SUMARROCA HURTADO, I. "Sobre l'índex de referència de préstecs hipotecaris o IRPH". *Món Jurídic: Butlletí Del Col.Legi D'Advocats De Barcelona*, Nº 309, 2017, pp. 12-14.

²²https://clientebancario.bde.es/pcb/es/menuhorizontal/productosservici/relacionados/tiposinteres/guia-textual/tiposinteresrefe/Tipos_de_refere_c5dd071cbf28d51.html

Lo primero que debe señalarse es que, tal como se ha señalado para alguna de las figuras, anticipando lo que veremos seguidamente, todos y cada uno de los incumplimientos tipo no responden a productos engañosos o perjudiciales para el cliente bancario, sino que se trata de productos completamente válidos y que, de hecho, están ampliamente permitidos por nuestra legislación.

El principal conflicto que plantean no es el de su naturaleza, sino el de su adecuación al cliente bancario en cada caso, a efectos del estudio para autónomos y pequeñas empresas, que en muchos casos carecían de un conocimiento exhaustivo (en el mejor de los casos) del producto y que contrataron movidos por una serie de motivos, entre los que comúnmente aparecen: la confianza en los comerciales de la entidad, la aparente mejoría que iba a suponerles dicho producto frente a otros o el carácter exclusivo o restringido de los mismos; en suma una serie de circunstancias que más bien se relacionan con la política de ventas empleada y no tanto el producto en sí. Esta es una idea que no debe perderse de vista y en la que es necesario incidir en el punto actual de la obra, ya que va a encararse el tratamiento jurisprudencial dado a las distintas figuras, un tratamiento que parte de la lógica antedicha. Por tanto, considero necesario advertirlo de antemano a fin de facilitar la comprensión del encaje jurisprudencial del tema.

En otro orden de cosas, como ya se hiciera en el tratamiento legal al asunto, en este punto el texto toma una estructura eminentemente bipartita, con un epígrafe dedicado a cada tipo de producto²³. La principal novedad viene dada por un tratamiento separado que se da al préstamo en divisa extranjera, ya que si bien es un instrumento de financiación de los particulares, que en principio es más ajeno a los mercados, debido a su carácter dependiente de la fluctuación del tipo de cambio de divisa ha sido tratado por la jurisprudencia como un producto híbrido, al contar con un derivado implícito²⁴, si bien de igual forma, entiendo que no es descartable la aplicación de la solución dada a los otros productos de financiación.

²³ Hay que recordar que se ha optado por clasificar los productos controvertidos en dos grandes grupos, con algún matiz como veremos: productos de inversión y productos de financiación.

²⁴ El tipo de cambio, que opera por medio de la variación de los mercados de divisas.

VIII.- SOLUCIONES PROPORCIONADAS PARA LOS PRODUCTOS DE INVERSIÓN: EL ERROR

Comenzando con los productos de inversión, los cuales cuentan con toda una normativa suficientemente detallada de obligaciones de información, rematada con desarrollo reglamentario por grupos de producto, que establece un estándar alto o elevado de tutela del cliente bancario, con obligaciones concretas, nos encontramos con que no están igual de concretadas en el panorama legal las consecuencias privadas del incumplimiento de los deberes de información, esto es, no hay previsión de cuáles son los efectos que para la vida del contrato va a suponer que la entidad financiera, durante la fase pre-contractual cumpliera todos los deberes de información a que se encuentra sujeta.

Este ha sido principalmente, el problema que ha encontrado la jurisprudencia: la ausencia de una consecuencia jurídico-privada al asunto, lo que forzó la utilización de las figuras generales de la contratación (contenidas en el Código Civil) para resolver los casos planteados, habiendo en el primer momento una gran disparidad de criterios: había tribunales que consideraban aplicables a los contratos las normas sobre el error-vicio del consentimiento contractual, mientras otros negaban que concurrieran los requisitos; otros optaban por integrar los deberes de información pre-contractual, como parte integrante del contrato y, en consecuencia permitían al cliente empresario resolver el contrato de acuerdo al 1124 CC (si bien no siempre es lo más beneficioso para el mismo),. En suma, sin ánimo de entrar más sobre lo que seguidamente se expondrá de manera detallada para cada caso típico, surgió en el momento inicial una ingente disparidad de criterio, que exigía una unificación, a fin de dar seguridad jurídica a ambas partes (tan necesaria en la contratación mercantil) y de proporcionar una respuesta uniforme para casos sustancialmente iguales. Han sido los pronunciamientos del Tribunal Supremo, sustanciados varios años después de la primera explosión de demandas, las que finalmente han ido dando un criterio unitario de resolución, si bien en ocasiones, tales soluciones no han estado exentas de polémica²⁵.

²⁵ Piénsese en la irretroactividad de la declaración de nulidad, que hace la archiconocida Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, 9 de Mayo de 2013, que hace una valoración *sui generis* sobre los efectos de la retroactividad de la sentencia a efectos de declarar la nulidad de la Cláusula Suelo, la cual fue posteriormente enmendada por sentencias posteriores del mismo órgano judicial (STS de 25 de Marzo de 2015, que declara la retroactividad de las Sentencias posteriores a 2013) y por un pronunciamiento del TJUE de 21 de Diciembre de 2016, al resolver una cuestión prejudicial en relación con tal peculiar doctrina del Alto Tribunal, que falla la retroactividad *ex tunc* de la nulidad de las cláusulas suelo.

1.- Depósitos Estructurados²⁶

Comienza la exégesis por los depósitos estructurados (*vid. Supra* para su definición). Los depósitos estructurados han sido unánimemente calificados por la jurisprudencia como productos complejos por contener un derivado financiero implícito, en la medida en que la rentabilidad proporcionada depende de un activo y su cotización en los mercados.

Siendo así las cosas, es evidente que va a ser aplicable las obligaciones de información contenidas en las distintas versiones de la LMV en función de los casos concretos, lo que ha permitido a la jurisprudencia operar en dos sentidos distintos: anulabilidad del contrato por error-vicio del consentimiento de acuerdo al 1265 CC, en relación con el 1266 y el 1261 CC, así como con el 1301 CC, que permite declarar la anulabilidad o nulidad parcial (impropiamente llamada nulidad en muchas sentencias, que genera, evidentemente una cierta confusión con la nulidad radical por ausencia total de elementos del contrato, y que es imprescriptible); y la indemnización de daños y perjuicios derivada del incumplimiento contractual, por medio de la contractualización de los deberes de información previstos en la legislación del mercado de valores.

Sobre la reconducción del problema a **error-vicio** del consentimiento, puede señalarse que es una doctrina que resulta adecuada para, sin perder de vista la necesidad de dar una respuesta individualizada en función de las circunstancias del caso, dar la mayor seguridad jurídica posible a las partes litigantes. Así, exponiendo brevemente como opera la reconducción, debe señalarse que parte de la consideración de que la información precontractual que están obligados a proporcionar los operadores bancarios, constituye un elemento esencial del contrato, de suerte, que su no provisión al cliente en términos suficientes para permitir a éste aceptar el contrato con “conocimiento de causa”, determina la inducción de este en un error, que es suficientemente intenso (esto es, cumple las condiciones de relevancia, importancia y

Igualmente debe tenerse en cuenta la reciente polémica respecto al IRPH, de nuevo con pronunciamientos contradictorios entre el Tribunal Supremo y el TJUE.

²⁶ La extensión del siguiente epígrafe será ligeramente superior a la del resto, ya que se aprovecha para incluir y explicar las doctrinas sobre el error planteadas, ya que se han aplicado de forma extensiva a los otros productos a tratar, por lo que el desarrollo de las mismas en los sub-epígrafes siguientes debe entenderse remitida a este primero.

excusabilidad) como para hacer que el consumidor contrate con una errónea idea de la realidad contractual.

Más interesante, resulta a efectos del presente estudio, sin embargo, la concreta forma de aplicar tal doctrina, que se opera fundamentalmente en atención a lo que se ha venido denominando como “perfil del cliente”. La jurisprudencia ha venido distinguiendo al menos 3 grandes tipos de cliente a efectos de información²⁷:

- Un primer conjunto vendría calificado como **clientela minorista**²⁸: en este grupo encontraríamos todo tipo de clientes, empresario o consumidor, que carezcan de unos conocimientos suficientes sobre el funcionamiento del mercado financiero. Este primer grupo es el que tiene una mayor protección de sus intereses en pleito y para él se viene exigiendo unos estándares fuertes de información, para favorecer una contratación consecuente del depósito.
- Un segundo grupo se consideran como **inversores o clientela moderada**: se trata de clientela que cuenta con un conocimiento avezado en materia de mercados financieros, que ha tenido experiencia previa con este tipo de productos o bien sabe que son productos diferentes a un depósito al uso.²⁹
- El tercer grupo se trata de la **clientela o inversor experto**: este tercer tipo de cliente es un cliente con un conocimiento exacto y preciso del mercado financiero, que conoce el funcionamiento del mercado financiero y que cuando contrata sabe qué contrata y lo que quiere.

Como resulta lógico, la protección recibida es inferior conforme se incrementa el nivel de conocimiento sobre la materia, de suerte que mientras en los dos primeros grupos hay una mayor protección, en el tercero se considera que no hay desequilibrio entre las partes, y que se trata de un contrato válido en que se han asumido conscientemente riesgos que han devenido finalmente en la pérdida del rendimiento prometido.

Así, por ejemplo, en la citada SAP Madrid de 8 de abril de 2014, se trata de un cliente moderado, lo que hace que el tribunal no pueda admitir el motivo de apelación fundado en el error-vicio del consentimiento, toda vez que era conocedor del producto y sus

²⁷ Así, entre otras, la SAP de Madrid de 8 de abril de 2014.

²⁸ Ya se aludió a cómo minorista de acuerdo a la LMV tiene un significado amplio, comprensivo de algunos empresarios.

²⁹ SAP de Madrid de 8 de abril de 2014

diferencias con otro producto. No obstante, lo reconduce por medio del incumplimiento contractual.

La segunda vía utilizada, la responsabilidad contractual, que genera una obligación de indemnizar los daños y perjuicios, también cuenta con abundante respaldo³⁰ jurisprudencial. Es una vía que parte de contractualizar los deberes de información, haciendo responsable a la entidad incumplidora de cuantos perjuicios se irroguen al cliente que tenía una expectativa real de ganancia (lucro cesante), truncada por una circunstancia inesperada e inadvertida.

Hay que señalar que la jurisprudencia se sirve a efectos probatorios, como complemento de ambas doctrinas, de 2 elementos para facilitar los casos: la inversión en la carga de la prueba de la información precontractual, que obliga a la entidad financiera a probar que la información era adecuada al caso y que se cumplieron los controles legalmente exigidos y, en segundo lugar, la negación de la validez probatoria de las cláusulas contractuales que afirman conocer todos los aspectos del contrato firmado³¹.

Así, por ejemplo, encontramos el caso de la STS de 29 de Junio de 2016, sobre una empresa Andaluza a la que se vendió un depósito estructurado, bajo la forma de un depósito a plazo fijo, y que resuelve un recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto contra la SAP de Jaén de 19 de diciembre de 2013, que falla en favor de la mercantil, al considerar que *“las cláusulas no se redactaron de forma sencilla, como alega la apelante, sino que su redacción se ha dado en forma compleja”*. Sentencia que destacamos por relevante en un doble aspecto: relevante dado el objeto de este trabajo, pero también porque permite apreciar el aspecto de análisis casuístico del tipo de cliente. Se concluyó que era un cliente minorista, pese a su condición de empresario, por lo que puede sostenerse de manera firme, que la condición de minorista es independiente a la calificación con que se actúe en el tráfico económico.

A mayor abundamiento, encontramos la STS 379/2015 de 7 de Julio de 2015, sobre el caso de un contrato de depósito estructurado suscrito por la Diócesis Católica de Salamanca, que concede indemnización por daños y perjuicios a la misma, al entender que se incumplieron los deberes de información precontractual mínimos, y que no es óbice a tal el hecho de que la Diócesis contase con un ecónomo para considerar que la

³⁰ Entre otras SAP Madrid sección 11ª de 26 de marzo de 2012, SAP Baleares sección 5ª de 2 de septiembre de 2011, SAP Zaragoza sección 4ª de 20 de julio de 2012, etc.

³¹ Entre otras, SSTS 244/2013 de 18 de abril, 746/2011 de 12 de enero, 222/2015 de 29 de abril, etc.

Diócesis ha sido asesorada por un experto en la materia ya que, *el hecho de que el economo de la Diócesis tuviera algún conocimiento en la comercialización de estos productos, extremo que no lo asimila a un experto en materia de inversión financiera, (...), no excusa el incumplimiento grave de la entidad en la prestación de sus propios deberes de información.*

Un problema particular a que se ha visto conducida la solución sobre la anulabilidad es el problema de la prescripción, pues la anulabilidad prescribe a los 4 años de consumarse el contrato. Para salir del paso, se ha argumentado que, dado que estamos ante un contrato duradero, la consumación solamente tiene lugar cuando se han culminado ambas prestaciones, lo que facultaría a reclamar hasta 4 años después de pagado el total monto del crédito. Se trata de una doctrina discutida y discutible, pero que considero necesaria, ya que, de lo contrario, las desigualdades entre las soluciones a los casos acabarían con la seguridad jurídica y entiendo que una cuestión de tanta gravedad para la vida del contrato no puede hacerse depender de un elemento tal como la fecha.

2.- Obligaciones Subordinadas y Participaciones Preferentes

Las Obligaciones Subordinadas y Participaciones preferentes han tenido una solución asimilada a la ya expuesta para los depósitos estructurados. Así, se han considerado nuevamente como productos sometidos a las obligaciones de información impuestas por la LMV y a partir de ello, se ha reconducido por medio de dos vías las soluciones: error vicio del consentimiento y responsabilidad contractual.

En el caso de las subordinadas, encontramos una prematura sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de noviembre de 2005, en la que respecto a la diligencia del banco señala: *no es la genérica (la diligencia) de un buen padre de familia, sino la de un ordenado empresario y representante leal en la defensa de los intereses de sus clientes, (...) lo que conlleva a dar información cumplida del riesgo que asume [el cliente].* Tras esta aseveración acude a los artículos 1265 y 1269 CC para determinar la existencia de dolo en la formación de la voluntad contractual, lo que determina la anulabilidad del contrato suscrito. Si bien en este caso se acude al dolo, se trata de una figura poco habitual en el panorama jurisprudencial, que aparece en casos donde la información, o más bien su ausencia, es tan palmaria que excede del mero error natural del cliente y se

considera que es un error originado por la propia entidad, por ejemplo, en casos en que el comercial con quien se negocia el producto lo vende como un producto completamente distinto (por ejemplo, un depósito o un seguro, como, de hecho ha ocurrido).

Sobre las preferentes, encontramos sentencias que apoyan la doctrina del error-vicio del consentimiento³², que en lo general coincide con lo expuesto para el error-vicio en el depósito estructurado (*vid. Supra*). Destaca, sin embargo, la vertiente de responsabilidad contractual, ya que aparece en este punto una importante novedad frente a lo expuesto, ya que, si bien la argumentación es la misma, se falla en favor de otra consecuencia distinta *ex art.* 1124 CC: la resolución del contrato. Sin duda, se opta por la resolución porque en el caso de un contrato como una participación preferente (u obligación subordinada) el interés preferencial del cliente es recuperar las cantidades invertidas, ya que recordemos que, en el caso de las preferentes, se trata de activos perpetuos. La resolución obliga a las partes a la devolución recíproca de las prestaciones, esto es, el cliente devuelve el título y la entidad devuelve el capital, logrando una solución satisfactoria para las pretensiones del cliente, que no se verían satisfechas si lo que obtiene es una indemnización de responsabilidad civil contractual por los perjuicios irrogados, pues no devuelve la disponibilidad sobre los fondos aportados y sigue dependiendo de un intermediario financiero para poder enajenar la participación y cobrar su precio, el cual será probablemente distinto al de adquisición, complicando aún más el cálculo del monto indemnizatorio.

3.- Permuta Financiera o SWAP

Ya se expuso el concepto de permuta financiera, tratando específicamente la permuta de tipos de interés. Si algo puede deducirse necesariamente de dichas explicaciones es que este producto viene marcado por una característica complejidad: se trata de un contrato muy concreto que busca unos objetivos específicos, generalmente apto únicamente para inversores expertos o asesorados, que saben exactamente lo que contratan. Estos contratos no se vendieron independientemente, sino como accesorios a otros contratos y

³² SAP de las Palmas de 21 de marzo, SAP Murcia de 1 de abril, SAP Pontevedra de 25 de abril, etc.

se vendieron además como un “seguro” de tipos de interés³³, lo que dificulta en general la comprensión del producto para un cliente minorista.

Es por ello, que la jurisprudencia ha extremado en este punto la exigencia de información. Así la STS, de la Sala 1ª de 20 de Julio de 2016, parte de la consideración del SWAP como un contrato de especial complejidad y que, por tanto, debe acompañarse de un especial deber de información por parte de la entidad bancaria, que se concreta en una explicación “clara y detallada de los diferentes escenarios y el resultado para el cliente de los mismos”.

Partiendo de estos deberes de información rigurosos, se opera por la vía tradicional en este punto, la reconducción del caso. Se redirige a las dos instituciones ya bien conocidas en la actualidad: error-vicio del consentimiento con eficacia anulatoria del contrato, y el incumplimiento de los deberes de información contractualizados con igualmente eficacia anulatoria. Destacable únicamente resulta ese mayor estándar exigido por la jurisprudencia, que determina la obligatoriedad de una información clara y detallada. Ello ha hecho que en la práctica la jurisprudencia venga admitiendo la anulabilidad en los casos de un perfil minorista y un perfil moderado de inversor, quedando únicamente excluido el perfil de inversor profesional, por razones obvias.

Destacable resulta igualmente la contestación planteada por algunas entidades que aluden a la doctrina de los actos propios, señalando que dado que el cliente se benefició cuando los intereses estaban al alza, no puede reclamar la anulación cuando el contrato le perjudica. La doctrina es completamente válida y se puede sostener su aplicación a aquellos clientes en los que no hubo error, esto es, los que conocían completamente el producto, ya que de lo contrario supone una carga excesiva para el contratante adherente, que quedaría vinculado siempre y en todo caso, con independencia de error o dolo, al cumplimiento de una obligación que excede con creces aquella representación mental del contenido del contrato que tenía en el momento de contratar. Es cierto que la doctrina de los actos propios y el principio *pacta sunt servanda* son claves para un sistema de mercado fuerte y seguro, pero no pueden tratarse como aspectos ilimitados, especialmente teniendo en cuenta que la legislación de la anulabilidad de los contratos contenida en el CC ataca específicamente ese principio de cumplimiento obligatorio de los pactos en aquellos casos en que entiende el legislador que el consentimiento dado difiere de la realidad del contrato o se ha obtenido un consentimiento forzado.

³³ BAZ BARRIOS, S. "La problemática de los SWAPs...", óp., cit., p.442.

En cuanto a los efectos de la anulabilidad, estos se van a concretar en el recálculo del interés de acuerdo a lo estipulado en el contrato principal, de forma similar a como se opera con la cláusula suelo, que seguidamente se expondrá, recalculando la tabla de amortización del crédito obviando el interés fijo pactado en el contrato de permuta anulado, que opera en la práctica como un “suelo”, salvando las distancias, a efectos de la determinación del tipo de interés cuando el referencial se encuentra en una tendencia bajista. En este mismo sentido, debe tenerse en cuenta que la anulación del contrato de permuta también supone recalcular el interés pagado de menos cuando los tipos superaban el interés fijo, por lo que en algunas ocasiones puede acabar siendo un arma de doble filo para el cliente.

Por último, a este respecto, conviene destacar que la opinión de esta obra disiente con la manifestada por otros autores³⁴, que califican al producto como “no complejo”. Respecto a esta primera cuestión parece evidente que el producto en cuestión tiene un derivado implícito, que depende directamente del funcionamiento de los mercados, por lo que se está ante lo que el art. 217.1 TRLMV excluye de la consideración de productos no complejos. Hay que tener en cuenta que la valoración de estos casos no puede hacerse *ex post* sino *ex ante* y siempre atendiendo al grado potencial de comprensión del cliente medio, lo que supone tratar de evitar dar una solución sesgada por el “efecto retrovisor”, esto es, una vez conocida una realidad o un resultado (en este caso el SWAP) parece mucho más evidente tanto su funcionamiento, como los resultados previsibles. De igual forma, a mayor abundamiento, dada la política de venta con que se planteó (seguro de tipos de interés y la accesoriedad a un crédito), resulta excesivo calificarlo de “apuesta”³⁵, toda vez que aunque así pueda ser considerada por un inversor experto, la mayoría de los clientes que contrataron lo consideraron un “seguro” o un “estabilizador” sobre los tipos de interés y, probablemente, de ser conscientes del carácter especulativo del producto en cuestión, habrían preferido mantener el tipo de interés pactado en el préstamo.

³⁴ BAZ BARRIOS, S. "La problemática de los SWAPs...", óp., cit., p. 442.

³⁵ BAZ BARRIOS, S. "La problemática de los SWAPs...", óp., cit., pp. 442 y 443.

IX.- ESPECÍFICA MENCIÓN AL PRÉSTAMO EN DIVISA EXTRANJERA

Continúa el análisis de la jurisprudencia con el Préstamo en Divisa extranjera, producto que hemos decidido tratar de una manera específica por su carácter híbrido, ya que es por un lado un producto con derivados implícitos (cambio de divisas, referenciado como producto complejo por el art. 217.3 TRLMV) pero a su misma vez es un contrato de crédito en que el carácter extranjero de la divisa o el carácter multidivisa del mismo viene determinado por una Condición General, lo que hace igualmente aplicable la Legislación sobre Condiciones Generales de la Contratación.

El resultado al que se llega es similar, aunque se opera por mecanismos distintos y tiene diferente complejidad. Resulta más sencillo resolver bajo la consideración de que se trata de un producto complejo, asimilándolo a los productos de inversión, al contar la Legislación sobre el Mercado de Valores unas exigencias de transparencia tasadas y claras, que facilita en gran medida la valoración judicial de los casos. No obstante, en tanto que contrato de adhesión sobre un crédito en que lo discutido es una cláusula concreta, el principio de conservación del contrato exigiría declarar la nulidad de la concreta cláusula en cuestión para lo que se requiere acudir a la LCGC.

En este sentido, la doctrina comunitaria ha venido considerando que la cláusula que fija la conversión del préstamo a moneda extranjera no forma parte del contenido esencial del contrato, lo que permitiría un eventual control de abusividad³⁶. Dado que nos centramos en la vertiente puramente mercantil del caso, tales disquisiciones sobre adecuación o incongruencia de dicha doctrina en relación a otras mantenidas no constituyen un objeto a tratar, no obstante, no puede obviarse señalar que dichas cláusulas fijan el “precio del contrato”, esto es, un elemento esencial del mismo, de una forma idéntica a como ocurre con la cláusula suelo, sí considerada elemento esencial del contrato³⁷.

Centrándonos en la jurisprudencia, esta ha venido reordenando los casos nuevamente en torno a las ya citadas doctrinas del error-vicio del consentimiento y el incumplimiento contractual por contractualización de las obligaciones de información legalmente establecidas. Ambas doctrinas, así consideradas, resultan necesariamente insuficientes,

³⁶ STJUE de 30 de abril de 2014

³⁷ STS de 9 de mayo de 2013

ya que supondría declarar la anulación de todo un contrato o su resolución, contra el principio de conservación de los contratos, que exigiría conservar el contrato en lo que sea posible. Esto supondría únicamente anular la cláusula que establece el préstamo en moneda extranjera, como de hecho hacen en la práctica los tribunales. Para solventar esta insuficiencia argumentativa aparente, debería acudirse, al menos así se sostiene a continuación, al control de transparencia establecido en el art. 5 LCGC, que determina la no incorporación al contrato de la cláusula no transparente, que sería no transparente precisamente por incumplir las obligaciones de información exigidas en la LMV. Con ello se da una base suficientemente argumentada a la exclusión sólo de la cláusula del contrato y la posibilidad de integrar el mismo, a efectos de fijar la moneda del préstamo en euros.

Toda esta construcción ha sido dejada sin efecto recientemente por medio de la STS 680/2017 de 15 de noviembre, que tomando la STJUE sobre el caso Banif Plus Bank, de 3 de diciembre de 2015, niega la condición de producto financiero a los préstamos multdivisa, bajo el argumento del carácter accesorio e independiente que toma el cambio de divisas en el contrato principal, que hace que no pueda considerarse como un contrato separado del principal. Partiendo de esta argumentación y señalando el deber de interpretar y aplicar el Derecho Comunitario de acuerdo a lo expresado por el TJUE, revoca su jurisprudencia anterior³⁸ y determina el carácter no financiero del préstamo y la exclusión del mismo del ámbito de la Legislación reguladora del Mercado de Valores.

De dicha sentencia, resulta particularmente interesante el fundamento jurídico séptimo, ya que el TS supremo argumenta la improcedencia del motivo de recurso por solicitar la nulidad por abusividad de la cláusula con base en el incumplimiento del control de transparencia del art. 5 LCGC, toda vez que la consecuencia sería la no incorporación de la cláusula y no la nulidad, doctrina acertada, pero que olvida la “abusividad por falta de transparencia” que declara tan alegre en la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusula suelo, donde declara abusiva la cláusula suelo por falta de transparencia, con base en un control de transparencia agravado y que anuda al mismo precepto legal (el art. 5 LCGC). Es positivo que el TS trate de corregir los errores en su doctrina y trate con una precisión óptima las materias controvertidas, pero lo cierto es que no debe hacerlo a costa de los derechos de los ciudadanos que se encuentran en casación, toda vez que acuden parapetados en dicho control de abusividad por falta de transparencia que

³⁸ STS de Pleno de 30 de junio de 2015

erróneamente formuló en la extensa sentencia de 9 de mayo de 2013. Curiosamente, el TS tras rechazar la abusividad por falta de incorporación vuelve a insistir en ese control de transparencia “adicional” al de incorporación que enunció en su día ahondando más en el desconcierto, cuando lo cierto es que habría sido más efectivo aprovechar para reconducirlo al control de incorporación del art. 5 LCGC y haber enmendado así la confusión, ya que continúa siendo un control fundamentalmente casuístico que habrán de operar los tribunales, por lo que no hay riesgo en abrirlo a un control de carácter general para todo adherente, tal como opera el control de incorporación básico. Finalmente, concluye la sentencia, con una extensa argumentación a todas luces innecesarias, que procede a justificar la nulidad por no transparentes de las cláusulas sobre el contrato de préstamo en divisa extranjera.

No es intención de esta obra realizar un comentario a la sentencia, pero no puede obviarse la necesaria realización de una crítica a la misma. En primer lugar, porque la sentencia continúa ahondando más en la ya de por sí confusa distinción entre nulidad por falta de transparencia, que parece vincular a la aplicación de la normativa de consumo, y la no incorporación por falta de transparencia de la LCGC. No se entiende que continúe con esta tendencia que solo genera confusión entre los operadores, como expresa la propia sentencia (fundamento jurídico séptimo) donde se aprecia claramente la confusión de la parte actora en la casación, que pide “abusividad por falta de incorporación” en un intento de estructurar de una manera lógica lo confuso de la situación. En segundo lugar, porque la sentencia da un enorme rodeo, dificultando la solución de los casos, omitiendo la aplicación de la normativa de Mercado de Valores, que expresamente alude como productos complejos y, por tanto, sujetos a las obligaciones de transparencia específicas, a los que dependan del cambio de divisas (obviando en este caso el planteamiento de si los artículos relevantes de la LMV van contra el sentido de la Directiva MiFID en el aspecto planteado), pero retoma el control de transparencia del clausulado para concluir, partiendo de doctrina comunitaria el carácter nulo por no transparentes de las cláusulas, un razonamiento complejo, cuya única virtud es complicar la argumentación para resolver el caso de la misma forma. Por tanto, dos lacras pueden derivarse de dicha sentencia: mayor confusión respecto al control de transparencia y mayor complejidad en la resolución de casos de préstamo en divisa extranjera.

Así pues, la perspectiva de resolución actual de estos supuestos que puede plantearse sería partir o bien de la no incorporación de tales cláusulas *ex art. 5 LCGC*, ya que la propia sentencia no lo impide (FJ 7, que alude a que no lo admite por no haberse planteado en apelación) partiendo de un razonamiento similar al empleado por el TS y TJUE para sostener la falta de transparencia o plantear la opaca y confusa “nulidad por falta de transparencia” realizando nuevamente una argumentación sobre el porqué de la falta de transparencia. Apostamos en este texto por la primera de las soluciones posibles, ya que, en este primer caso, la admisión o no de la resolución depende de la calidad de la argumentación sobre la falta de transparencia, mientras que en el segundo depende de la interpretación que haga en casación del TS sobre la doctrina de nulidad por falta de transparencia y que parece que solamente él tiene claro su funcionamiento, aunque no lo exprese con igual lucidez en sus sentencias.

X.- SOLUCIÓN EN CASO DE PRODUCTOS DE CRÉDITO SUJETOS A LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

1.- Cláusula Suelo

En cuanto a la archiconocida cláusula suelo, en este ámbito se opera en torno a dos ideas fundamentales: el control de incorporación de la LCGC (art. 5) y el “control de abusividad por falta de transparencia” enunciado por nuestro Alto Tribunal en la Sentencia de 9 de mayo de 2013.

Tal como se expresa en el Auto del TS de 3 de junio de 2013, el objetivo del control de transparencia es determinar que la contratación se produjo con un perfecto conocimiento por parte del cliente bancario de la importancia económica que iba a tener la cláusula suelo respecto de la vida del contrato, esto es, un control de inteligibilidad material, que se encuentra anudado al control de incorporación del art. 5 LCGC, y que supone un conocimiento real del contenido del contrato.

Sin intención de que resulte reiterativo, hay que expresar que muchas son las dificultades y confusiones que plantea dogmáticamente ese control por falta de transparencia, ya que determinaría la abusividad de la cláusula (cuando ontológicamente, en tanto que parte o forma de control de incorporación habría de

suponer su no incorporación al contrato, resultado similar al alcanzado con la nulidad, pero tratado de forma diferente por nuestra legislación). Se trata, la nulidad, de una consecuencia que en principio el art. 8 LCGC veda a que tal consecuencia la dispongan otras leyes o se trate de un contrato de consumo. Desde la perspectiva del consumo poca polémica puede plantear, pero desde el ámbito mercantil la plantea necesariamente puesto que se trata de un control que, por sí mismo, no aporta nada respecto al control de incorporación del art. 5, que exige claridad en la redacción de las cláusulas entre otras cuestiones. Sin embargo, desde la perspectiva mercantil, no encontramos normas aplicables cuya consecuencia prescrita para estos casos suponga la nulidad de la cláusula.

Así las cosas, es incierto, hoy por hoy, dar una solución en un sentido u otro al cliente empresario, dudando la doctrina entre negar la posibilidad de eliminar la cláusula suelo del contrato con un empresario como cliente con base en el deber de diligencia empresarial y aplicar de una forma u otra el control de transparencia-incorporación. Dichas dudas pueden igualmente apreciarse en la escasa jurisprudencia que sobre estos extremos, en relación con empresarios, puede encontrarse.

Se sostendrá en este punto la necesidad de acudir a la regulación de las condiciones generales de la contratación y, por medio del control de incorporación, argumentar que al faltar la transparencia necesaria para que el cliente pueda entender debidamente el producto, como parte del control material de incorporación, no pueden considerarse incorporadas en un sentido amplio, material o *lato*, determinando en su caso la no incorporación de la cláusula. Todo lo cual debe hacerse atendiendo fundamentalmente al perfil manifestado por el cliente en cuestión y procediendo a la integración del contrato, que supone en este caso tanto como eliminar la cláusula y recalcular el cuadro de amortización a efectos de reestructurar el préstamo.

Si algo podemos destacar de este punto es que parece claro como el TS trata por sistema de excluir a los empresarios de un control que, por una parte, tiene un fundamento en una norma que les resulta aplicable: la LCGC; y, por otra, al ser un control fundamentalmente casuístico que atiende al perfil del cliente no implica en ninguna forma imaginable, la resolución favorable al cliente empresario siempre y en todo caso.

2.- Utilización del IRPH

Reciente también resulta la polémica en relación con el uso del Índice de referencia de Préstamos Hipotecarios como referencial para los créditos hipotecarios concedidos. La STS de Pleno de 14 de diciembre de 2017 señala, no sin ciertas discrepancias (dos votos particulares discrepantes) que el referenciación de un préstamo al IRPH no puede considerarse falto de transparencia. Es esta una cuestión sumamente controvertida en la actualidad.

El TS argumenta el fallo señalando que es un índice simple de comprender (es la media aritmética de los intereses prestados en préstamos hipotecarios por los bancos españoles a un periodo de 3 años) y porque entiende que la cláusula es clara y está bien redactada, siendo por tanto una cláusula transparente. Esta sentencia yerra sobremanera, a nuestro entender, en sus razonamientos, puesto que no puede prejuzgarse que el cliente medio tiene un conocimiento suficiente sobre el funcionamiento del préstamo, sino que precisamente, por ese desconocimiento estructural que se ha venido manifestando desde el cliente, se establece un amplio abanico de deberes de información en normativa de desarrollo como la Orden EHA 2899/2011, que exigen importantes deberes de información precontractual y cuyo inadecuado cumplimiento degenera en una reclamación que no es en absoluto achacable al cliente, sino a la entidad bancaria incumplidora de los mismos, pues la transparencia no puede configurarse como un criterio de comprensibilidad media de la cláusula sin más, sino que antes que eso, exige comprobar que se han desarrollado todos los protocolos necesarios, tendentes a asegurar que el cliente comprende con conocimiento de causa el producto. En este caso, puede entenderse, como de hecho hacen dos de los magistrados al formular su voto particular, que es evidente que el cliente no comprendió el producto con conocimiento de causa y, que, en consecuencia, no supera el control de transparencia.

En este sentido, considerando la argumentación plasmada en la SAP Salamanca de 5 de septiembre de 2017, efectivamente puede tratarse de una condición general de la contratación inválida si se han faltado a los deberes sectoriales de información, impidiendo un conocimiento adecuado por parte del cliente de dicho clausulado. Si bien el caso reseñado se trata de un caso con consumidores, manteniendo lo que hemos venido exponiendo, debe aplicarse igualmente el control de transparencia en los casos en que los clientes sean los empresarios, puesto que se anuda necesariamente al control de incorporación previsto en la LCGC y porque lejos de ser un control automático, es

un control casuístico que permite al juez valorar caso por caso si realmente hay una falta de transparencia en la forma de operar de la entidad financiera que ha generado finalmente la aceptación por parte del cliente de un desequilibrio en las prestaciones contractuales, esto es, no se trata de un control de la culpabilidad del cliente al contratar un producto, de suerte que solo cuando estemos ante una cláusula oscura se exonere de culpa, sino que es un control de culpabilidad que debe pivotar, o al menos así se ha entendido, sobre la entidad, que es quien tiene el deber de transparencia, de lograr que los productos sean transparentes, todo lo cual exige un control caso por caso y, tomando como referencia un criterio de entendimiento medio u ordinario, analizar si dado el supuesto concreto y facilitada la información por parte de la entidad, un cliente medio podía haber comprendido con suficiencia las implicaciones económicas y jurídicas de aquello en lo que estaba consintiendo.

VALORACIÓN FINAL Y PROPUESTAS

XI.- IDENTIFICACIÓN DE LOS CASOS CUYA SOLUCIÓN PARA EL CLIENTE EMPRESARIO RESULTA INSATISFACTORIA

Como puede resultar evidente, la solución de muchos de los casos, por omnicomprendiva de todo contrato, resulta satisfactoria en la vertiente mercantil. Es el caso de todos los productos financieros de inversión analizados, esto es, Participaciones Preferentes y Obligaciones Subordinadas, Depósitos Estructurados y SWAPs, donde la reconducción por error-vicio o la contractualización de los deberes de información, permiten resolver de una forma completa y cierta los casos planteados.

Más insatisfactoria se muestra, sin lugar a dudas, la solución dada para los casos de Préstamo en divisa extranjera tras la STS de 2017, las cláusulas suelo y el IRPH, ya que no se cuenta, como resulta obvio, con un mecanismo claro que permita valorar los casos, planteándose una disquisición entre considerar que la diligencia del ordenado empresario excluye control adicional alguno más allá del de incorporación formal establecido en la LCGC, obligando a confirmar judicialmente el posible desequilibrio, o bien aplicar, como control de incorporación material, el control de transparencia enunciado en la doctrina del TS³⁹, aunque parece estar vedada exclusivamente a los

³⁹ La ya citada STS de 9 de mayo de 2013

casos con consumidores. No obstante, no se entiende el porqué, toda vez que, en tanto control de carácter fundamentalmente casuístico, no prejuzga los casos de antemano, de suerte que permitiría aplicarlo a aquellos casos donde realmente haya un desequilibrio en la información.

Es por tanto, que entendemos que en estos casos es donde más se muestra como necesario un cambio en el *statu quo* actual, de suerte que pueda darse una solución clara, en un sentido o en otro a estos casos, puesto que lo que principalmente importa, al margen de las convicciones propias que cada uno pueda tener a este respecto, es la seguridad jurídica al contratar, que permita a los operadores tener claro qué es válido y qué no a la hora de incorporarlo a los contratos, ya sea como Condición General de la Contratación o como Condición negociada individualmente, y esto es algo que actualmente nuestro Ordenamiento Jurídico no permite.

XII.- MECANISMOS TENDENTES A LOGRAR LA MEJORA EN LA SOLUCIÓN DADA

1.- La Necesaria Reforma de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación

La primera solución, que se deduce de forma obvia dados los planteamientos anteriores, pasaría por reformar los artículos 5 y 7 LCGC para incluir o excluir, según como se prefiera, el control de transparencia bajo el control de incorporación.

En esta obra se ha expresado una opinión proclive a extender el control de transparencia a todo contrato, esto es, considerarlo incluido en el control de incorporación de las condiciones generales, y ello, fundamentalmente, porque el incluirlo no condiciona las soluciones que se puedan dar en absoluto, puesto que solo supone darle a los órganos jurisdiccionales un instrumento adicional para aplicar en cada caso, y siempre de forma ponderada con otros principios que informan, el Ordenamiento Jurídico mercantil, como son la seguridad, la celeridad del tráfico y la diligencia, que exigen considerar siempre un estándar elevado en la conducta del cliente, que ha de ser diligente y asegurarse de entender lo que contrata, pero que no es incompatible con el que pueda incluirse en el contrato una condición compleja que exceda su comprensión y que se haya podido

obviar como oscura, o bien porque los comerciales hayan explicado sesgadamente el funcionamiento del producto.

Casos de lo anterior serían tanto los préstamos en divisa extranjera, como los SWAPs. Así, los primeros plantean una oscuridad implícita que puede obviarse al entendimiento de lo que a efectos de información se considera un cliente minorista y que es el hecho de que el préstamo por entero concedido se computa en divisa extranjera, que puede malinterpretarse como que el cambio de divisas solamente pueda tener una incidencia en la fijación de los intereses remuneratorios pactados, cuando en realidad el propio capital se encuentra sujeto a variación.

En el caso del segundo producto, si bien se resuelve de una forma satisfactoria al ser exigibles las intensas obligaciones de información de la regulación sobre el Mercado de Valores, no puede obviarse que también se valora la información disponible por el cliente, así como la forma en que se vendió el producto, lo que puede hacer que una cláusula que supere el control de incorporación tal como está configurado, no cumpla con el deber de transparencia bancaria exigido.

Ambos productos vienen a demostrar como un control de transparencia de carácter general permiten dar una solución más adecuada al caso, sin restringir innecesariamente el rango de instrumentos con los que cuenta el juez a la hora de poder solucionar los casos planteados y, por ello, es preferible introducir una reforma tendente a establecer su inclusión como una parte o vertiente del control de incorporación de la LCGC.

En cualquier caso, aunque se opine en un sentido opuesto, no puede obviarse que igualmente resulta necesario contemplar expresamente en el texto legal la no aplicación del control de transparencia en la LCGC, y ello porque la doctrina se encuentra limítrofe con la función del legislador, ya que nos encontramos ante un nuevo tipo de control creado *ex novo* por el Tribunal Supremo, a efectos de valorar la abusividad de las cláusulas contractuales bancarias integrantes del objeto del contrato en relación con clientes consumidores (o eso parece querer señalar el TS). No obstante, si analizamos la naturaleza jurídica del control, encontramos que, en cuanto al objeto, es un control de transparencia bancaria, y que se trata de un control más próximo al de incorporación, puesto que se orienta a comprobar si ha habido un entendimiento de la cláusula suficiente como para entender consentimiento válido en obligarse por la misma, mientras que la consecuencia a él asociada, es la abusividad de la cláusula (aunque otras ocasiones alude solamente a nulidad) lo cual lo emparentaría con el control de

contenido, siendo en este sentido un *tertium genus* que se vendría a situar a medio camino entre ambos tipos de controles, siendo necesario delimitar de una manera más clara dicho control y siendo deseable un pronunciamiento claro de nuestro Tribunal Supremo en dicho contexto.

En este mismo sentido, es importante, recoger legalmente la aplicación exclusiva del control de transparencia a los consumidores, añadiendo un párrafo al art. 7 en el que se exprese una consideración del tipo: “no podrá considerarse no incorporada una cláusula cuando el desconocimiento de la misma sea imputable a una falta de información precontractual sobre la misma”.

En cualquier caso, queda expuesto que es necesario una reforma en cualquiera de los dos sentidos expuestos de la LCGC para lograr aportar claridad y seguridad jurídica a futuro en materia de transparencia contractual.

2.- El endurecimiento de los deberes de información y su utilidad relativa si no se acompaña de sanciones contractuales

La segunda solución posible, de cierta obviedad, parece pasar por el endurecimiento de los deberes de información. Esta idea puede parecer adecuada, ya que supone una mayor regulación que deja menor margen de actuación a los bancos y obliga a una mayor transparencia bancaria, y así puede ser hasta cierto punto, pero como se ha venido comprobando, los deberes de información son suficientes, esto es, el problema no viene tanto de la parte del incumplimiento de los deberes de información, que en muchos casos es manifiesto, sino del hecho de que no se especifica qué consecuencias va a tener el incumplimiento de dichos deberes respecto de los contratos firmados.

Es evidente que las entidades financieras han incumplido los deberes de información establecidos legalmente, tanto en el caso de productos de inversión (actual TRLMV) como en los productos de crédito (normativa sectorial de desarrollo ministerial), pero, tal como se deduce de la jurisprudencia, no hay una sanción en el aspecto privado, sino que han de buscarse respuestas en la teoría general de los contratos, acudiendo a figuras como el error-vicio o la contractualización de los deberes de información para sustentar un incumplimiento contractual.

Se trata de medidas a la postre eficaces, que han permitido resolver la mayoría de los casos, con unos pocos supuestos que escapan a una solución por estas vías. Si la solución es óptima y los deberes de información previstos son suficientes, la única vía de mejora es clara: incorporar tales consecuencias jurídicas al cuerpo de la ley para facilitar la resolución de los casos futuros y ahorrar 3 años de jurisprudencia confusa e inseguridad jurídica.

Por tanto, sostendremos aquí que no hay necesidad de reforzar las obligaciones de información, sino de incorporarles la consecuencia jurídica, para que las entidades bancarias cuenten con un campo de juego justo, en el que sepan a qué atenerse cuando incorporan una condición general de la contratación, de suerte que no vean, como ha ocurrido, que una cláusula o un producto en principio lícito se declara nulo por falta de transparencia, sin estar prefijada ni la consecuencia jurídica ni el control que ha conducido a la misma. Con ello no se trata de justificar la posición de las entidades, puesto que a estas alturas queda sobradamente acreditado que si obraron maliciosamente y si incumplieron obligaciones legales, es claro que deben ser sancionados. No, lo que se trata de expresar es que debe primarse para estas perspectivas de futuro la seguridad jurídica, clave para el correcto funcionamiento del mercado y, más si cabe, de un mercado tan esencial como el mercado financiero.

Por otra parte, otro argumento que viene a demostrar la escasa incidencia de una reforma en materia de obligaciones de transparencia lo encontramos en el antes citado Auto del TS de 3 de Junio de 2013, donde se señala que el pleno conocimiento que debe tener el cliente sobre la cláusula puede obtenerse por una gran cantidad de medios diversos, pero que en forma alguna puede anudarse al cumplimiento de unas meras formalidades (como serían los deberes de transparencia legales), puesto que no existen medios tasados que permitan llegar de forma inequívoca a la meta planteada: lograr el conocimiento de causa por parte del cliente a la hora de contratar.

Por tanto, hay que señalar llegado este punto que toda reforma que se realice en esta materia debe ir encaminada no solo a reforzar las obligaciones de información, cuya utilidad puede incluso cuestionarse, sino a completar el régimen jurídico de las mismas para lograr una adecuada seguridad jurídica en los contratantes y a su misma vez, una solución justa para los distintos incumplimientos, pues no se trata en absoluto de cuestiones reñidas o inconciliables.

3.- La aparentemente obviada vía de la competencia desleal

La tercera de las propuestas, pasa por considerar la posible aplicación, dado el estado actual de la situación, de la competencia desleal para poder resolver los casos que no caben bajo la legislación del Mercado de Valores y que entendemos excluidos de todo control de transparencia, esto es, si interpretamos que el control de transparencia es un control vinculado a determinar la abusividad de la cláusula por falta de transparencia, lo que haría que solamente se pueda aplicar dicho control a los contratos de consumo. Ya hemos calificado tales casos (vid. Supra) como la “cláusula suelo”, el “préstamo multidivisa” tras la STS de 2017 y el “IRPH” como referencial en los préstamos hipotecarios.

Si nos atenemos a la estricta interpretación que puede deducirse de la confusa jurisprudencia del Supremo en esta materia, estos tres supuestos, en caso de cliente empresario no cuentan con un criterio claro de resolución, habiendo, hasta ahora, dos vías alternativas: negar la nulidad del contrato, determinar la nulidad del contrato o cláusula con base en una argumentación *a simile* de la empleada para el control de transparencia, partiendo del control de incorporación.

Ante este panorama, una posible vía para reconducir el caso podría ser la Competencia Desleal. Por ello, a continuación, se expondrá el encaje legal para sostener acudir por esta vía pasando a reseñar las principales ventajas e inconvenientes que puede plantear este enfoque.

Si acudimos a la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, el artículo 2 determina un ámbito objetivo de aplicación restringido a *actos (...) que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales*, expresión que debe completarse con el párrafo número 2, que establece la siguiente presunción: *se presume la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero*. De acuerdo a este tenor, las prácticas de las entidades bancarias, que omitieron información perjudicial para la firma del contrato o vendieron unos productos como si

fueran otros distintos, son evidentemente calificables como conductas objetivamente idóneas para promover la difusión de las prestaciones propias.

Desde el ámbito subjetivo, el artículo 3, no opone complicación alguna, ya que toma un concepto amplio de operador, como todo aquel que participe en el mercado.

Por tanto, desde el punto de vista del ámbito de la norma, se puede argumentar fundadamente que nos encontramos dentro respecto de las prácticas bancarias y es que no debemos obviar, como ya se ha expuesto, que no se trata de productos nulos por desproporcionados en las prestaciones, sino de productos anulables por el comportamiento de las entidades durante la fase precontractual, esto es, la estrategia de venta.

Tomando como base lo anterior, si tenemos que calificar las conductas entre los tipos ilícitos de la Ley de Competencia Desleal, dos preceptos sobresalen como adecuados: el artículo 5, regulador de los actos de engaño, y el artículo 7, sobre omisiones engañosas, actos con los cuales pueden consumirse todas las conductas determinantes de la ilicitud contractual de los productos controvertidos.

En cuanto a los actos de engaño, el artículo 5 exigen que tengan una determinada entidad: debe tratarse de información falsa, o que aun siendo veraz induzca o sea susceptible de inducir a error a los destinatarios, *siendo susceptible de alterar su comportamiento económico*. Es precisamente en el comportamiento económico donde principales objeciones se pueden plantear, pero si tenemos en cuenta que, como resulta evidente, se trata de condiciones que de haberse conocido expresamente no se habrían aceptado, puede entenderse que el “engaño” de las entidades al disfrazar el producto como lo que no es, tiene una entidad suficiente para hacer que el cliente contrate un producto que de otra forma no habría aceptado. A mayor abundamiento, la ley determina que tal engaño debe recaer sobre ciertos elementos, tales como *la naturaleza del bien o servicio* (art.5.1.a); *las características principales del servicio, tales como disponibilidad, beneficios, riesgos, (...) su carácter apropiado, (...) resultados que pueden esperarse de su utilización* (art. 5.1.b); *el alcance de los compromisos del empresario o profesional* (art. 5.1.d); *el precio o su modo de fijación o la existencia de una ventaja específica con relación al precio* (art. 5.1.e); *etc.* Puede apreciarse como la gran mayoría de estas conductas precisamente son las que han dado lugar a casos litigiosos sobre la contratación bancaria.

Por su parte, el artículo 7 señala que se considera desleal *la omisión u ocultación de información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa*. Esta alusión a conocimiento de causa, ya la habíamos analizado en relación con la legislación del Mercado de Valores, pudiendo interpretarse para estos casos como que el cliente conoce el producto y sus riesgos de forma clara y suficiente. Igualmente, son declaradas desleales las conductas en que *la información (...) es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de la práctica*. Para determinar en cada caso la omisión, debe atenderse al contexto en el que se produce la emisión de la misma, teniendo en cuenta las posibles limitaciones del medio (art. 7.2).

Nuevamente, el encaje de las conductas típicas entre las tipificadas es sorprendente, más aún cuando en la exégesis jurisprudencial no se ha podido encontrar ni una sola solución en este sentido.

A mayor abundamiento, la Legislación sobre Competencia Desleal, en su artículo 32, dispone de una amplia panoplia de acciones, con las que se podría solucionar cada pequeño detalle del caso: acción de cesación de la conducta para evitar la reiteración en la misma, acción de remoción de los efectos para integrar el contrato debidamente, acción de rectificación de las informaciones engañosas, o acción de indemnización de daños y perjuicios para reequilibrar las posiciones de ambos contratantes, entre otras. Es un abanico más que amplio para poder dar solución a todos los problemas y prevenir eficazmente a futuro dichas conductas que la ley, por su necesaria generalidad, no puede prever específicamente.

Hasta ahora, parecen todo ventajas, por lo que cabe preguntarse ¿Por qué es una vía tan poco explorada? Si atendemos al artículo 35, sobre prescripción, encontramos su posible respuesta: *las acciones (...) prescribirán por el transcurso de un año desde el momento en el que pudieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto; y, en cualquier caso, por el transcurso de 3 años desde el momento de la finalización de la conducta*. Se trata de un plazo de prescripción breve, que dificulta la posibilidad de plantear esta vía en los momentos actuales.

Así pues, pueden señalarse las siguientes ventajas:

- Se trata de una ley de aplicación casuística, por lo que permite la valoración judicial caso por caso, de la deslealtad de la conducta, logrando una solución ajustada a la realidad.
- Los tipos de engaño activo y omisivo encajan como un guante a todos y cada uno de los casos, tanto respecto de los productos de inversión como de los productos de crédito.
- Es especialmente adecuado para resolver aquellos casos en que el panorama actual no da una solución al caso, como en las cláusulas suelo, préstamo en divisa extranjera o uso del IRPH, empleados con clientes empresarios.
- Ofrece una amplia panoplia de acciones que permiten resolver cada punto del contrato, abarcando desde la prohibición de reiteración de la conducta, hasta la integración del contrato.

Por el contrario, aparecen las siguientes desventajas:

- La más importante desventaja son los plazos de prescripción, de un año desde que se conoce el carácter desleal, o tres años desde la finalización. Respecto al plazo objetivo de 3 años, dado que estamos ante contratos duraderos y no ante contratos instantáneos, los 3 años computan desde la terminación del contrato, por lo que no plantea especial complejidad. Por su parte, el plazo de un año a contar desde que se conoce la deslealtad de la conducta, puede ser difícil de mantener dada la evolución con que ha contado el asunto ante los tribunales y en los medios, siendo cada vez más evidentes para el hombre medio. Una interpretación restrictiva de deslealtad, como deslealtad declarada respecto de la concreta práctica, puede servir para abrir esta vía aun inexplorada.
- Puede considerarse que el encaje de los casos bajo la competencia desleal resulte forzado, fundamentalmente con relación a un requisito y es que se afecte a la competencia en el mercado, ya que los actos de competencia desleal exigen que tenga intensidad suficiente como para alterar de manera relevante la competencia en el mercado. En este sentido, el único argumento posible es sostener que como consecuencia de esa conducta se alteró el comportamiento económico del consumidor, que habría contratado otro producto distinto, más adecuado, y, por tanto, se ha producido una privación

de clientela potencial a otras entidades bancarias, que es lo que en cierta forma puede entenderse que ha ocurrido.

Por tanto, este tercer enfoque no se trata de un enfoque exento de problemas, pero puede configurarse como un mecanismo válido para dar una respuesta adecuada dado el actual vacío normativo, al contar con una aproximación eminentemente casuística, que favorece una resolución ajustada de los casos a la situación presente en ellos.

XIII.- CONCLUSIONES

Llegamos ya a la etapa final del análisis planteado, partiendo de la legislación, analizando su aplicación judicial, exponiendo los problemas y aportando soluciones diversas. Poco puede señalarse en este punto que no se haya reseñado ya, pero es posible extraer algunas conclusiones fundamentales:

1. Una importante parte de la problemática está resuelta de una manera satisfactoria por medio de la regulación del Mercado de Valores: subordinadas y preferentes, depósitos estructurados y SWAPs.
2. Aún resta por resolver una parte importante que no encuentra en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación acomodo suficiente y que, parece estar vedada al control de transparencia del Tribunal Supremo: préstamo en divisa extranjera, cláusula suelo e IRPH.
3. Queda todavía por hacer una importante labor de clarificación de las doctrinas seguidas a fin de estructurar debidamente el panorama jurisprudencial, especialmente del control de transparencia.
4. Pese a las sucesivas reformas no encontramos una consecuencia expresa en el orden privado que pueda ayudar prevenir la reiteración de estas conductas a futuro.
5. Queda todavía una inexplorada perspectiva sobre el asunto: la planteada desde la competencia desleal, que puede servir de válvula para aliviar la presión de la

situación y como mecanismo preventivo a futuro en los contratos con clientes empresarios.

BIBLIOGRAFÍA

OBRAS:

- BAZ BARRIOS, S. “La problemática de los SWAPs o contratos de permuta financiera”. *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, N.º 8, 2013, pp. 420-445.
- CADENAS DE GEA, C., PAREJA SÁNCHEZ, M., y CASASOLA DÍAZ, J. M. “Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: Mire bien por dónde pisa”. *Extoikos*, N.º 9, 2013, pp. 27-32.
- CARRASCO PERERA, Á. “Fin de la historia de la cláusula suelo: A devolver a los bancos el dinero que éstos entregaron”. *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, N.º 14, 2015, pp. 259-261.
- FERNÁNDEZ BENAVIDES, M. “Participaciones preferentes: Aproximación al problema y primeras respuestas de la jurisprudencia civil”. *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, N.º 4, 2012, pp. 25-50.
- GARCÍA ANGULO, B. “Nulidad de los contratos SWAP en la Jurisprudencia”, Eolas Ediciones, 2012, p. 40.
- GONZÁLEZ CARRASCO, C. “Una carrera hasta el fondo de la degradación jurídica en materia de cláusulas abusivas hipotecarias: Juzgado 7 Collado Villalba”. *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, N.º 7, 2013, pp. 265-270.
- GUTIÉRREZ ALONSO, D., VACAS LARRAZ, J. “Las participaciones preferentes y la reestructuración bancaria”. *Lo Canyeret*, N.º 76, 2012, pp. 13-25.
- LARRIBA DÍAZ-ZORITA, A. “Participaciones preferentes”. *AECA: Revista De La Asociación Española De Contabilidad y Administración De Empresas*, N.º 111, 2015, pp. 43-46.
- MARTÍN FABÁ, J. M. “Circunstancias definitorias de la existencia de error en el consentimiento del cliente minorista al suscribir SWAPs de tipos de interés”. *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, N.º 21, 2017, pp. 128-131.
- MARTÍNEZ CARRASCOSA, J. “Tutela del consumidor en la contratación bancaria”. *Escritura Pública*, N.º 89, 2014, pp. 6-13.

NAVAS NAVARRO, S. “Cláusula sobre divisa extranjera en préstamos hipotecarios y falta de transparencia”. *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, N.º 14, 2015, pp. 130-164.

PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V. “La protección del consumidor en la contratación bancaria”. *Derecho (privado) de los consumidores*. Marcial Pons, 2012, pp. 415-434.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario. *Indret: Revista Para El Análisis Del Derecho*, N.º 3, 2013, pp. 1-28.

RALUCA STROIE, I. “Deberes de información en los contratos de permuta financiera. un recorrido por la jurisprudencia civil de 2012”. *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, N.º 5, 2013, pp. 124-151.

RÓDENAS CORTÉS, P. “Obligaciones de deuda subordinada: Una mala práctica bancaria”. *Anuario De La Facultad De Derecho*, N.º 31, 2014, pp. 303-317.

RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. “Contratación bancaria y protección de los consumidores: El defensor del cliente y el servicio de reclamaciones del banco de España”. *Derecho del mercado financiero*, Editorial Civitas, 1994, pp. 65-134.

SUMARROCA HURTADO, I. “Sobre l’índex de referència de préstecs hipotecaris o IRPH”. *Món Jurídic: Butlletí Del Col.Legi d'Advocats De Barcelona*, N.º 309, 2017, pp. 12-14.

TAPIA SÁNCHEZ, M. R. “La información del consumidor en la contratación bancaria a distancia”. *Perspectivas Del Sistema Financiero*, N.º 96, 2009, pp. 29-65.

VÁZQUEZ GARCÍA, D. *La contratación bancaria en la reciente doctrina del tribunal supremo*, Bosch, 2017, pp. 23-217 y 237-299.

JURISPRUDENCIA:

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE:

STJUE de 21 de marzo de 2013 as. C-92/11

STJUE de 30 de abril de 2014 as. C-280/13

STJUE de 3 de diciembre de 2015 as. C-312/14, *Banif plus Bank*

TRIBUNAL SUPREMO:

STS de 12 de enero de 2011

STS de 9 de mayo de 2013

STS de 18 de abril de 2013

STS de 8 de septiembre de 2014

STS de 25 de marzo de 2015

STS de 29 de abril de 2015

STS de 30 de junio de 2015

STS de 7 de julio de 2015

STS de 29 de junio de 2016

STS de 20 de julio de 2016

STS de 15 de noviembre de 2017

STS de 14 de diciembre de 2017

AUDIENCIAS PROVINCIALES:

SAP Baleares de 2 de septiembre de 2011

SAP Jaén de 19 de diciembre de 2013

SAP Las Palmas de 21 de marzo

SAP Madrid de 6 de abril de 2011

SAP Madrid de 8 de abril de 2014

SAP Murcia de 1 de abril de 2011

SAP Palma de Mallorca de 21 de marzo de 2011

SAP Pontevedra de 25 de abril

SAP Salamanca de 5 de septiembre de 2017

SAP Zaragoza de 20 de julio de 2012