



Sra. Secretaria General de Consumo
Avda. de la Innovación, s/n. Edf. Arena, 1
41071 - Sevilla

Sevilla,
20 de julio de 2012

Sra. Secretaria:

Hemos recibido su informe, de fecha 25 de junio y registrado de salida con el número 378/170, relativo al expediente de queja arriba indicado, promovido de oficio por esta Institución en relación con la comercialización de participaciones preferentes por distintas entidades financieras, particularmente, por Banca Cívica.

Una vez analizada la documentación aportada y la recabada en la tramitación de las quejas formuladas por multitud de personas afectadas, de conformidad la posibilidad contemplada en el art. 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, consideramos conveniente formularle Resolución basada en los siguientes

ANTECEDENTES

1. Con fecha 16 de mayo de 2012 se acordó por esta Institución, de conformidad a lo prevenido en el artículo 10 de nuestra Ley Reguladora, incoar de oficio expediente de queja motivado por elevado número de escritos recibidos procedentes de personas que se han visto afectadas por la contratación del producto financiero denominado "participaciones preferentes".

En dichos escritos se viene denunciando la práctica abusiva desarrollada por las entidades financieras respectivas al haberles ofrecido la adquisición de productos financieros complejos, sin informarles adecuadamente sobre las características y los riesgos de dicho producto, sin valorar la inadecuación del mismo a su perfil como inversor y asegurándoles unas condiciones de liquidez y rentabilidad que no se comparecen con la realidad.

2. En el curso de dicha actuación de oficio, con fecha 18 de mayo de 2012, se remitió escrito a la Dirección General de Consumo, informándole de la apertura de dicho expediente e indicándole, entre otras cuestiones, que apreciábamos que las entidades financieras podrían haber ofertado como un producto bancario simple (depósito a plazo) lo que finalmente ha resultado ser un producto financiero complejo y de alto riesgo.

En tal sentido, destacábamos la coincidencia en el relato de las quejas y denuncias recibidas respecto de la falta de conocimiento de las personas afectadas acerca de la realidad del producto que estaban contratando; de que actuaron guiadas por la confianza que les generaba la persona que se lo ofrecía; de que se les habría indicado en todo momento que dicho producto era similar a un depósito a plazo fijo; y de que se les habría asegurado que podrían disponer del capital invertido en cualquier momento sin problemas.

Por dichos motivos, hacíamos expresa advertencia a la autoridad andaluza en materia de consumo de que considerábamos que existían serias dudas acerca del cumplimiento por las entidades financieras en la comercialización de dicho producto de la normativa de transparencia y protección de la clientela, y de las reglas que rigen las buenas prácticas y usos financieros.

Asimismo, llamábamos la atención de la Dirección General sobre la denuncia que nos trasladaban colectivos de personas afectadas relativa a la posibilidad de que existiera un número importante de clientes de las entidades financieras que, habiendo adquirido este producto, desconocieran la situación en que se encuentran, dada la falta de información y transparencia mostrada por dichas entidades.

Por otra parte, también se hacía referencia en el escrito remitido a la Dirección General a las operaciones de canje que estarían ofertando las entidades financieras a sus clientes para la recuperación del dinero invertido en este producto financiero y que, según las quejas recibidas, implicaría la adquisición de unos productos financieros incluso más complejos que el anteriormente adquirido y cuya idoneidad habría sido puesta en cuestión por responsables de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Partiendo de estos antecedentes se solicitaba de la Dirección General de Consumo la emisión de informe relativo a las actuaciones que pudiera venir desarrollando en su condición de Administración que tiene encomendada la defensa y protección de las personas consumidoras y usuarias en la Comunidad Autónoma de Andalucía, adjuntando la documentación oportuna para el esclarecimiento del asunto en cuestión.

3. Con fecha 29 de junio de 2012 se recibe en esta Institución informe de la Secretaría General de Consumo (actual rango del organismo consultado), dependiente de la Consejería de Administración Local y Relaciones Institucionales, por el que se nos facilita detallada información cronológica sobre las actuaciones desarrolladas a través de la plataforma Consumo Responde y por los Servicios Provinciales de Consumo, bajo la coordinación de esa instancia administrativa (anteriormente, por la Dirección General de Consumo).



Dichas actuaciones habrían sido fundamentalmente y de modo resumido las siguientes:

- de tipo informativo (información sobre el producto, consejos y vías de reclamación), habiéndose recibido 262 hojas de quejas y reclamaciones y 13 consultas;
- de coordinación de actuaciones con objeto de identificar las reclamaciones dentro de la aplicación SISCOM y para la recogida de datos sobre productos financieros de inversión complejos, así como para homogeneizar las actuaciones de los distintos Servicios Provinciales, incluyendo un protocolo de actuación;
- apertura de expediente informativo, con fecha 29 de marzo de 2012, con objeto de verificar los hechos acaecidos y los posibles incumplimientos de la normativa de consumo;
- de centralización en la Dirección General de Consumo de todas las reclamaciones presentadas en los Servicios Provinciales con el fin de *"dar un tratamiento global y con la intención de incoar, en su caso y siempre que proceda, un procedimiento sancionador o un traslado a Fiscalía"* (instrucciones de fecha 26/04/2012);
- creación de un Grupo de Trabajo, con fecha 4 de mayo de 2012, para estudiar las denuncias.

Asimismo, se nos informa de una denuncia formulada ante la Dirección General por FACUA, con fecha 22 de marzo de 2012, acerca de la comercialización de participaciones preferentes por la entidad financiera Banca Cívica con incumplimiento de los deberes de información y asesoramiento establecidos en la Directiva MiFID, en la Ley 47/2007 y en el Real Decreto 217/2008.

A este respecto se nos indica que, tras la documentación aportada por FACUA con fecha 2 de mayo de 2012 a requerimiento de ese organismo, relativa a los contratos suscritos y con identificación de los clientes afectados, dicha denuncia estaría en fase de análisis *"para extraer conclusiones sobre el posible incumplimiento del derecho de información de los consumidores"*.

CONSIDERACIONES

Primera.- De la defensa y protección de las personas consumidoras por la Administración autonómica en relación con la comercialización de productos financieros.

La respuesta de la Secretaría General de Consumo destaca el **marco competencial** que le es propio partiendo del artículo 58.2.4º del Estatuto de Autonomía para Andalucía, según el cual, corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía la competencia exclusiva en materia de defensa de los derechos de los consumidores. Dicha competencia habrá de ejercerse, en el marco del modelo económico diseñado por la Constitución, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actuación económica general y la política monetaria del Estado.

Asimismo, se ampara en el artículo 27 del propio Estatuto de Autonomía, que garantiza los derechos de las personas consumidoras a asociarse y a la información, formación y protección, remitiendo a la ley su regulación.

Sobre esta base se justifica el ejercicio de las actuaciones de carácter informativo y de examen de la posible comisión de infracciones administrativas en materia de consumo. No obstante, se parte de la premisa de que *“la regulación, supervisión, inspección y, en su caso, ejercicio de potestades sancionadoras e informativas acerca de los mercados de valores y el tráfico de las participaciones preferentes es una competencia inequívoca y exclusivamente del Estado”*, de acuerdo con la distribución constitucional de competencias.

En otras dos ocasiones a lo largo del informe se insiste en la distribución de competencias. Al referirse a las actuaciones que se están realizando a efectos de verificar los hechos acaecidos y los posibles incumplimientos de la normativa vigente en materia de Consumo, *“sin perjuicio de las competencias que la normativa vigente atribuye a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) como organismo encargado de la supervisión e inspección de los mercados de valores españoles y de la actividad de cuantos intervienen en los mismos (tiene entre sus objetivos velar por la transparencia de los mercados de valores españoles y la correcta formación de precios, así como la protección de los inversores)”*. Y en el párrafo final explicativo de las actuaciones de la Administración de Consumo de la Junta de Andalucía, advirtiendo que el ejercicio de dichas actuaciones se desarrolla *“teniendo siempre presente que las competencias en materia de supervisión y control de entidades financieras corresponde al Banco de España y las relativas a los productos de inversión a la Comisión Nacional del Mercado de Valores”*.

Coincidimos en la necesidad de efectuar esta advertencia acerca del reparto de competencias, si bien entendiendo que las actuaciones de ambas instancias no resultan incompatibles entre sí -como se explicará más adelante en relación con el ejercicio de la potestad sancionadora-, fundamentalmente porque apreciamos que recaen sobre distinto objeto.



Así, debe deslindarse la actuación que hayan de seguir los organismos supervisores de las entidades financieras en orden a que se ajusten a la normativa que les resulta de aplicación, frente a las medidas protectoras que cabe adoptar a la Administración de consumo para la defensa de los derechos e intereses de las personas consumidoras.

En relación con el **contenido de los derechos** garantizados por el artículo 27 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, nos parece oportuno acudir a la vigente Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de defensa y protección de los consumidores y usuarios de Andalucía (en adelante LDCA), destacando los que se podrían esgrimir ante los hechos acaecidos y las medidas que la ley encomienda a las Administraciones para su debida garantía:

Art. 4.2.- «La protección, reconocimiento y realización de sus legítimos intereses económicos y sociales».

Art. 4.3.- «La indemnización y reparación efectiva de daños y perjuicios producidos en los bienes, derechos o intereses que esta Ley tutela, de conformidad con la legislación vigente».

Art. 4.5.- «La información veraz, suficiente, comprensible, inequívoca y racional sobre las operaciones y sobre los bienes y servicios susceptibles de uso y consumo, de acuerdo con la normativa vigente».

Art. 4.7.- «La especial protección en aquellas situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión en que puedan encontrarse individual o colectivamente».

Estos derechos se concretan y desarrollan en la propia LDCA, especificando normativamente su alcance y contenido.

Así, por lo que se refiere al derecho contenido en el art. 4.2, la LDCA especifica que para la consecución de la **máxima satisfacción y respeto de los derechos e intereses legítimos de los consumidores**, la Administración de la Junta de Andalucía comprometerá su política social y económica (art. 10 LDCA). Con tal objetivo, los órganos competentes de la Administración de la Junta de Andalucía adoptarán, entre otras, las medidas de protección precisas para «asistir a los consumidores en el ejercicio de su libre acceso a los bienes y servicios del mercado, en condiciones de equilibrio e igualdad, especialmente, en caso de posición de dominio en el mercado» (art. 11.b LDCA). Igualmente, corresponde a los órganos de defensa del consumidor desarrollar sistemas de control e inspección que coadyuven a «la efectiva aplicación y estricto cumplimiento de las disposiciones vigentes referentes a la elaboración, distribución, información, publicidad, promoción, oferta y venta de bienes y servicios» (art. 12.i LDCA), entre otros objetivos.

En cuanto a lo dispuesto en el art. 4.3, la LDCA aclara que para la efectividad del **derecho a la indemnización y reparación de daños a los consumidores**, los órganos de defensa del consumidor adoptarán aquellas medidas que puedan promoverlo, incluyendo los procedimientos voluntarios de resolución de conflictos (art. 14 LDCA).

A los efectos de dar protección jurídica al **derecho de información** contemplado en el art. 4.5, señala la Ley que las Administraciones Públicas de Andalucía adoptarán medidas eficaces dirigidas a: «Asistir a los consumidores frente a las prácticas, métodos y sistemas de publicidad, promoción o comunicación que atenten contra la libre y racional elección entre las ofertas concurrentes en el mercado, sin perjuicio de la aplicación de la normativa vigente» (art. 16.b LDCA).

Asimismo, en defensa de los intereses colectivos de los consumidores, el artículo 17 LDCA impone obligaciones de información a los sujetos responsables de la comercialización, distribución y venta de bienes o prestación de servicios: «están obligados a ofrecer una información veraz, suficiente y comprensible sobre las características de los mismos, los procedimientos de contratación y todo aquello que afecte a su uso y consumo».

Por último, y en lo referente al derecho contenido en el art. 4.7, el artículo 36 LDCA encomienda a los órganos de defensa del consumidor que promuevan las medidas adecuadas para remediar las **situaciones de desventaja** de los consumidores en el mercado, por razón de edad, discapacidad, deficiencias de formación, desigualdad con las empresas, o cualquier otra análoga.

Los preceptos transcritos puestos en relación con los hechos denunciados referentes a la comercialización de participaciones preferentes ponen de manifiesto vulneraciones de los derechos que asisten a las personas consumidoras, que reclaman una actuación consecuente de la Administración a la que se ha encomendado su defensa y protección.

Así, los hechos que se reiteran en las quejas recibidas se refieren a la falta de información sufrida ya que las personas afectadas no tendrían conocimiento real del producto que estaban contratando al haberseles informado que actuaban como depósitos a plazo fijo, con garantías y posibilidades de recuperación en cualquier momento. Las personas que suscribieron los correspondientes contratos actuaron guiadas por la confianza que les generaba el personal de la entidad financiera que les ofertaba el producto. En muchos casos ni siquiera se les facilitó una copia del contrato suscrito y, en los casos que sí la dispusieron, sus conocimientos financieros no les permitían conocer el verdadero alcance del documento que rubricaban.



Especialmente graves nos parecen los casos de contratos con personas afectadas por enfermedades mentales o discapacidades intelectuales o bien de personas que no saben leer y escribir y firmaron los contratos con su huella dactilar.

Asimismo se habrían producido incumplimientos por parte de las entidades financieras de la normativa sectorial referida a la clasificación del cliente, a la realización de los test de conveniencia y a la valoración de la idoneidad del producto para el perfil de la persona contratante.

Sin embargo, la respuesta de las entidades financieras ante la situación actual en la que se encuentran quienes indebidamente adquirieron el producto -imposibilitadas de acceder a sus ahorros-, o bien se limita al silencio, o bien se ampara en los documentos suscritos, indicando que recogían los elementos informativos suficientes relativos a los riesgos del producto por lo que se habrían cumplido los requisitos exigidos a las entidades financieras para formalizar la operación.

Desde los departamentos de atención al cliente o las figuras del defensor del cliente y en relación a las reclamaciones presentadas, se reitera que sólo se analizan los hechos que quedan acreditados documentalmente y que no pueden valorar informaciones verbales que hubieran podido existir. Asimismo remiten a la vía judicial para probar la posible existencia de un vicio de consentimiento o a la reclamación ante la CNMV, que podría determinar la existencia o no de una mala práctica bancaria, pero no deciden sobre la recuperación del capital invertido.

Estas respuestas podrían parecer válidas para casos puntuales en que existiera una discrepancia entre la reclamación formulada y la posición de la entidad financiera, pero la repetición y reiteración de los hechos parece poner de manifiesto que nos encontramos ante una práctica comercial perfectamente organizada y estructurada cuya única finalidad es "la colocación del producto" sin tomar en consideración los derechos e intereses de los clientes y sin tener en cuenta los graves perjuicios que podrían derivarse para sus adquirentes en caso de concretarse los riesgos inherentes al producto, como finalmente ha ocurrido.

No debemos olvidar que las entidades financieras habrían obtenido unos beneficios con la comercialización de tal producto: su contabilización como fondos propios de primera categoría (hasta la modificación de la Disposición Adicional 2ª de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, operada por Ley 6/2011, de 11 de abril), pero este beneficio en las ratios de solvencia no se ha obtenido merced al atractivo intrínseco del producto entre sus potenciales adquirentes sino a costa de haberlo presentado de forma artificiosamente atractiva, como un producto sin riesgo, con liquidez inmediata y alta rentabilidad, y eligiendo a sus destinatarios preferentemente entre personas con escasos conocimientos financieros, de avanzada edad e, incluso, analfabetas o con trastornos cognitivos.

En relación con las propuestas de canje que en los últimos meses se estarían desarrollando, hemos de advertir que en la mayoría de los casos se estarían reproduciendo las circunstancias anteriores, dada la falta de idoneidad del nuevo producto (obligaciones convertibles, acciones...) para unas personas con un perfil conservador y con escasos o nulos conocimientos financieros. Hasta el Presidente de la CNMV habría hecho públicamente esta advertencia.

El hecho de que la oferta de canje haya sido aceptada mayoritariamente por las personas tenedoras de participaciones preferentes en ningún caso debe llevar a pensar que existe una voluntaria y libre aceptación de tal producto pese a sus riesgos evidentes y su inadecuación al perfil inversor de estas personas. Antes al contrario, dicha aceptación de un producto de riesgo y altamente complejo únicamente pone de manifiesto la absoluta devaluación de los valores representados por las participaciones preferentes y la necesidad de estas personas de optar por esta oferta al no haberseles ofrecido otras ofertas alternativas mas adecuadas.

A este respecto, nos parece oportuno destacar la respuesta que algunas entidades financieras a través de sus departamentos de atención al cliente vienen ofreciendo a quienes reclamaron manifestando su disconformidad con el canje. Así, se viene destacando que las fórmulas de canje pretenden minimizar la pérdida del valor de la inversión ante la valoración actual de los títulos en las plataformas de negociación, habiéndose realizado por encima del valor de mercado. En esta línea, la aceptación del canje por un porcentaje mayoritario de las personas afectadas y la reducción del saldo vivo de preferentes en manos de minoristas se estaría presentando desde distintas instancias, incluyendo a la CNMV, como la solución que pondría fin al problema, cuando es evidente que dicha aceptación es la consecuencia lógica de haber colocado a los clientes en la disyuntiva de tener que optar por el nuevo producto financiero o por mantener unas participaciones preferentes cuyo valor de mercado es ínfimo y cuya rentabilidad está en cuestión por la inexistencia de beneficios que permitan el reparto de los intereses pactados.



Estima esta Institución que las condiciones del canje ofertado vulneran nuevamente los derechos de las personas consumidoras, por lo que debería corresponder a los órganos encargados de su defensa adoptar las medidas necesarias para su protección.

Segunda.- De las posibles infracciones a la normativa de defensa y protección de las personas consumidoras y su debida sanción.

Ante la situación expuesta, la lectura de la normativa de régimen sancionador en materia de consumo, tanto estatal como autonómica, resulta reveladora.

I.- Normativa estatal.

Al respecto encontramos en el artículo 49 del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (TRLGDC) determinados preceptos donde se recogen infracciones que podrían haberse producido:

«i. La introducción de **cláusulas abusivas** en los contratos»

«l. El uso de **prácticas comerciales desleales** con los consumidores o usuarios».

II.- Normativa autonómica.

La Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de defensa y protección de los consumidores y usuarios de Andalucía (LDCA), en el Capítulo IV de su Título II establece el régimen sancionador en materia de consumo vigente en nuestra Comunidad Autónoma. Nos parece oportuno transcribir los preceptos que recogen infracciones que estimamos podrían concurrir en la mayoría de los casos que se nos han puesto de manifiesto:

Art. 71.2.- Infracciones por incumplimiento de requisitos y condiciones de elaboración y comercialización de bienes o por incumplimiento de las condiciones técnicas de la instalación o de la prestación del servicio:

«1. Elaborar, distribuir, suministrar u ofertar bienes o servicios sin cumplir correctamente los **deberes de información** que impongan o regulen las leyes y los reglamentos en relación con cualquiera de los datos o menciones obligatorios o voluntarios y por cualquiera de los medios previstos para tal información.»

«6. Vender o **poner a disposición de los consumidores bienes destinados exclusivamente a un uso empresarial o profesional**, siempre que ello sea susceptible de perjudicar los intereses de los consumidores.»

Art. 71.6.- Infracciones por incumplimiento de obligaciones o prohibiciones contractuales legales:

«1. Incluir en los contratos con consumidores reenvíos a condiciones generales o características contenidas en textos o documentos **que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato o sin permitir al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia, alcance y contenido** en el momento de la celebración de aquél.

2. Introducir **cláusulas abusivas** en los contratos.»

Art. 71.8.- Otras infracciones:

«3. **No responder en plazo las quejas y reclamaciones** que presenten los consumidores.»

Los distintos tipos de infracciones descritos por la legislación de defensa y protección de las personas consumidoras, tanto estatal como autonómica, deben ponerse en relación con los hechos acaecidos de los que hemos podido tener conocimiento a través de las quejas recibidas:

a) Incumplimiento de los deberes de información

De acuerdo con el artículo 17.1 LDCA los sujetos responsables de la comercialización, distribución y venta de bienes o prestación de servicios están obligados a ofrecer una información “veraz, suficiente y comprensible” sobre las características de los mismos, los procedimientos de contratación y todo aquello que afecte a su uso y consumo.

Si acudimos a la normativa sectorial que detalla y especifica el contenido de este deber de información, debemos concluir que también se habría vulnerado la misma al no respetarse las obligaciones de información “imparcial, clara y no engañosa” que la misma estipula.

Aunque el incumplimiento de los deberes de información estipulados por la normativa sectorial han sido evidentes y notorios en todas las emisiones de participaciones preferentes comercializadas desde 2003, este incumplimiento se convierte en especialmente significativo en las emisiones ofertadas con posterioridad a la aprobación de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que modificó la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, introduciendo importantes novedades en esta materia como consecuencia de la aplicación al sector financiero de la Directiva 2004/39/CE y otras normas europeas de desarrollo de dicha Directiva.



Entre las modificaciones más significativas operadas por esta norma está la inclusión de un art. 79.bis en la Ley 24/1988 (LMV) que, entre otras cuestiones señala que a los clientes se les debió proporcionar, “*de manera comprensible*”, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión de modo que les permitiese comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se les ofrecía pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión debía incluir “*orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias*” .

Pero el incumplimiento de los deberes de información contenidos en la normativa sectorial con ocasión de la comercialización de las participaciones preferentes se hace aun mas clamorosa y evidente en los productos ofertados tras la publicación del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre. Dicho Real Decreto detalla estas obligaciones de información entre otros en el siguiente precepto:

«Artículo 60. **Condiciones que debe cumplir la información para ser imparcial, clara y no engañosa.**

1. A los efectos de lo dispuesto en el artículo 79 bis.2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, toda información, incluidas las comunicaciones publicitarias, dirigida a clientes minoristas, incluidos los clientes potenciales, o difundida de tal manera que probablemente sea recibida por los mismos, deberá cumplir las condiciones establecidas en este artículo. En particular:

- a. La información deberá incluir el nombre de la entidad que presta los servicios de inversión.
- b. La información deberá ser exacta y no destacará los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible.
- c. La información será suficiente y se presentará de forma que resulte comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios.
- d. La información no ocultará, encubrirá o minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia importantes. (...)»

Estos deberes se concretan y particularizan de forma minuciosa y detallada para los clientes minoristas en los arts. 61 y ss cuyo análisis realizaremos posteriormente.

Ciertamente resulta difícil creer que habiendo cumplido las entidades financieras de forma escrupulosa y exhaustiva con el espíritu y la letra de lo dispuesto en este Real Decreto pueda haber personas que, sin contar con un perfil de avezado inversor o incluso contando con él, haya aceptado con posterioridad a 2008 suscribir voluntariamente un producto financiero cuyos riesgos no solo eran elevados, sino que era notorio que estaban dándose las circunstancias propicias para su concreción.

El incumplimiento de los deberes de información no sólo se habría producido en el momento de celebración del contrato sino también en relación con los cambios significativos que sufre el producto tras la aprobación de la Ley 6/2001, de 11 de abril, por la que se modifica, entre otras, la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros.

La modificación de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/1985 viene a establecer los requisitos para la computabilidad de las participaciones preferentes como recursos propios. Una de sus previsiones se refiere al pago de la remuneración condicionado a la existencia de beneficios o reservas distribuibles en la entidad de crédito emisora o dominante, así como la posibilidad de que el Banco de España exija la cancelación de dicho pago basándose en la situación financiera y de solvencia de la entidad de crédito emisora o matriz, o en la de su grupo o subgrupo consolidable.

El desarrollo normativo de estas previsiones se estableció mediante Real Decreto 771/2011, de 3 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, de recursos propios de las entidades financieras. Asimismo, el BOE de 9 de diciembre de 2011 publicaba la Circular del Banco de España 4/2011, de 30 de noviembre, por la que se modifica la CBE 3/2008, de 22 de mayo, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos.

Este nuevo marco, así como las dificultades de venta de participaciones preferentes en el mercado secundario, tienen como consecuencia la imposibilidad práctica de recuperación de la inversión, circunstancia que consideramos de importancia para haber sido comunicada por las entidades emisoras a sus clientes.

Al respecto, establece el artículo 62.2 del Real Decreto 217/2008 que las entidades que prestan servicios de inversión deberán notificar a sus clientes con suficiente antelación cualquier cambio importante en la información exigible reglamentariamente que resulte pertinente para un servicio que se les esté prestando.



En este punto debemos recordar las quejas llegadas a esta Institución en las que las personas afectadas ponían de manifiesto que habían tenido conocimiento de la situación en que se encontraban por encontrarse con necesidad de disponer del dinero, porque habían recibido notificación del saldo de sus valores con importantes devaluaciones, o bien por habérselo comunicado terceros afectados o al llegar a su conocimiento noticias que se hacían eco de unos hechos muy parecidos a su experiencia personal.

Tampoco podemos olvidar la denuncia que nos trasladaban colectivos de personas afectadas relativa a la posibilidad de que exista un número importante de personas afectadas por la adquisición de participaciones preferentes que aún desconozca la situación real en que se encuentran. En esta situación podrían encontrarse especialmente las personas de avanzada edad y residentes en poblaciones rurales.

Se trataría de personas que no habrían tenido necesidad de recuperar sus ahorros, por lo que no se han visto en la situación de acudir a su entidad financiera y encontrarse con una respuesta negativa. En los casos que sus respectivas entidades financieras hubieran anunciado emisiones de obligaciones subordinadas u otros títulos para proceder al canje de participaciones preferentes, podría ser que no hubieran recibido la oportuna comunicación o que no alcanzasen a comprender el significado de la misma dada su complejidad.

La cuestión es que debemos recordar las obligaciones de información que atañen a los sujetos responsables de la comercialización, distribución y venta de bienes o prestación de servicios, incluyendo la de sus cambios significativos, así como las potestades de control e inspección que corresponde desarrollar a los órganos de defensa del consumidor para su estricto cumplimiento.

En consecuencia, estimamos oportuno que se exigiera a las entidades financieras que hayan comercializado participaciones preferentes a clientes minoristas en el territorio de Andalucía su debida individualización así como la acreditación de que han puesto en su conocimiento las circunstancias relativas a la modificación del valor de su inversión.

b) Cláusulas abusivas y prácticas desleales

Con respecto a la primera, el artículo 82.1 del propio TRLGDC define las **cláusulas abusivas** como todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas **prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.**

Por su parte, para la descripción de las **prácticas comerciales desleales** nos parece interesante acudir a la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, al estimar que se habrían producido las conductas descritas en relación con la comercialización de las participaciones preferentes:

«Art. 4. Cláusula general.

1. Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente **contrario a las exigencias de la buena fe**.

En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional **contrario a la diligencia profesional**, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, **que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio** o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.

A los efectos de esta Ley se entiende por comportamiento económico del consumidor o usuario **toda decisión por la que éste opta por actuar** o por abstenerse de hacerlo en relación con:

- a. La selección de una oferta u oferente.
- b. La contratación de un bien o servicio, así como, en su caso, de qué manera y en qué condiciones contratarlo. (...)

Igualmente, a los efectos de esta Ley se entiende por distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio, utilizar una práctica comercial **para mermar de manera apreciable su capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no hubiera tomado**.

2. Para la valoración de las conductas cuyos destinatarios sean consumidores, se tendrá en cuenta al consumidor medio.

3. Las prácticas comerciales que, dirigidas a los consumidores o usuarios en general, únicamente sean susceptibles de distorsionar de forma significativa, en un sentido que el empresario o profesional pueda prever razonablemente, el comportamiento económico de un grupo claramente identificable de consumidores o usuarios especialmente vulnerables a tales prácticas o al bien o servicio al que se refieran, por presentar una discapacidad, por tener afectada su capacidad de comprensión o por su edad o su credulidad, se evaluarán desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. Ello se entenderá, sin perjuicio de la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o respecto de las que no se pretenda una interpretación literal.»



«Artículo 5. Actos de engaño.

1. Se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación **induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico**, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos:

b. Las características principales del bien o servicio, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al bien o servicio.»

Las definiciones contenidas en los preceptos legales no merecen de mayor explicación que el destacado en negrilla para identificar las situaciones denunciadas en las quejas recibidas.

Los casos más graves, como hemos señalado anteriormente, nos parece que se producen a partir del año 2008, cuando el nominal de los títulos empieza a alejarse del valor de mercado habiendo advertido expresamente la CNMV que en las transacciones por encima del valor de mercado se perjudicaba al inversor que adquiriría los valores (ver su informe adjuntado). Esta situación debía ser conocida por las entidades financieras y, sin embargo, ello no les supuso ningún obstáculo para ofrecer el producto a inversores minoristas a través de una campaña desarrollada en las distintas sucursales que incluso se dedicaron a contactar telefónicamente con posibles clientes.

Más sorprendente aun es que en el año 2011, con los mercados secundarios ya cerrados tras la modificación de la Disposición Adicional 2ª de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, operada por Ley 6/2011, de 11 de abril, se hayan seguido ofreciendo participaciones con intereses rondando el 7%, lo que a nuestro juicio pone de manifiesto más que una práctica desleal una verdadera mala fe en cuanto al propósito subyacente, cuando no la comisión de un posible delito de estafa.

c) Ofrecimiento de productos destinados a un uso profesional

Entendemos que dicha infracción concurre en relación con la práctica totalidad de las emisiones de participaciones preferentes, ya que fueron ofertadas y comercializadas entre inversores minoristas que no tenían conocimientos financieros específicos, ni experiencia previa en este tipo de productos, cuando debieron ir dirigidas a inversores profesionales.

No obstante, esta infracción consideramos que se produce de modo particular en aquellos contratos suscritos con posterioridad a la aprobación de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores, y a la publicación del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, que establecen normas de conducta relativas a la clasificación de los clientes que no parecen haber sido observadas por las entidades financieras en la comercialización de ciertos productos de inversión como las participaciones preferentes.

En este sentido, procede traer a colación lo dispuesto en los arts. 61 y ss del Real Decreto 217/2008 que pormenorizan de forma detallada estas cuestiones:

«Artículo 61. Información referente a la clasificación de clientes.

1. Tras la entrada en vigor de este Real Decreto, las entidades que presten servicios de inversión deberán notificar, o haber notificado, a sus clientes existentes y a los nuevos, la clasificación de clientes en minoristas, profesionales y contrapartes elegibles que establezcan, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 78 bis y 78 ter de la Ley 24/1988, de 28 de julio.

Asimismo, deberán comunicar a sus clientes, en un soporte duradero, que les asiste el derecho, en su caso, a exigir una clasificación distinta, indicando las limitaciones que esa nueva clasificación podría suponer en cuanto a la protección del cliente.

2. A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, las entidades por propia iniciativa o a petición del cliente, podrán:

a. Tratar como cliente profesional o minorista a un cliente que, en su defecto podría clasificarse como contraparte elegible en virtud de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 78 ter.1 de la Ley 24/1988, de 28 de julio.

b. Tratar como cliente minorista a un cliente que se considere profesional en virtud de lo dispuesto en las letras a a d del artículo 78 bis.3 de la Ley 24/1988, de 28 de julio. En este sentido, corresponderá al cliente profesional solicitar un mayor grado de protección cuando considere que no está en condiciones de valorar o gestionar correctamente los riesgos a los que se expone. En concreto, se le tratará como cliente minorista cuando celebre un contrato escrito con la entidad en el que se precisarán los servicios y tipos de productos y transacciones en relación con los cuales se le dará tratamiento de cliente minorista.

3. A efectos de lo dispuesto en el artículo 78 bis.3.e de la Ley 24/1988, de 28 de julio, para que las personas indicadas en dicha letra puedan ser tratadas como clientes profesionales, deberá observarse el siguiente procedimiento:



- a. El cliente deberá pedir por escrito a la entidad su clasificación como cliente profesional, bien con carácter general, bien para un servicio o transacción determinada, o para un tipo de producto o transacción específico.
- b. La entidad deberá advertirle claramente por escrito de las protecciones y posibles derechos de los que se vería privado.
- c. El cliente deberá declarar por escrito, en un documento distinto al del contrato, que conoce las consecuencias derivadas de su renuncia a la clasificación como cliente minorista.

4. Las entidades deberán elaborar y aplicar políticas y procedimientos internos, por escrito, para clasificar a sus clientes, correspondiendo a los clientes profesionales informar a la entidad de cualquier cambio que pudiera modificar su clasificación. En cualquier caso, cuando la entidad tenga conocimiento de que un cliente ha dejado de cumplir los requisitos para ser tratado como profesional, lo considerará con carácter inmediato, a todos los efectos, como un cliente minorista.

Artículo 62. Requisitos generales de información a clientes.

1. Las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus **clientes minoristas**, incluidos los potenciales, la siguiente información, con antelación suficiente a la celebración del contrato de prestación de servicios de inversión o auxiliares, o a la propia prestación del servicio, cuando éste sea anterior a aquel:

- a. Las condiciones del contrato;
- b. La información exigida en el artículo 63 en relación con el contrato o con los servicios de inversión o auxiliares.

2. Las entidades deberán proporcionar a los clientes minoristas, incluidos los potenciales, la información exigida por los artículos 63 a 66 con antelación suficiente a la prestación del servicio en cuestión. En el caso de clientes profesionales, la información a suministrar será la exigida en los apartados 5 y 6 del artículo 65.

Asimismo, deberán notificar con suficiente antelación cualquier cambio importante en dicha información que resulte pertinente para un servicio que se esté prestando al cliente en cuestión.

3. La información exigida en los apartados anteriores deberá proporcionarse en un soporte duradero o, a través de una página web, siempre que en este segundo caso, cuando no se den las circunstancias para considerarla como soporte duradero, se cumplan las condiciones señaladas en el artículo 3.2. La notificación de los cambios en la información proporcionada a la que hace referencia el párrafo segundo del apartado anterior deberá proporcionarse en soporte duradero, cuando éste se utilizó para la remisión de la información a la que aquella hace referencia.

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1 y 2 anteriores en cuanto a los clientes minoristas, se podrá proporcionar la información allí señalada inmediatamente después de la celebración del correspondiente contrato o, en el caso del apartado 2, inmediatamente después de la prestación del servicio en cuestión, cuando se den las siguientes condiciones:

a. Que el contrato, a petición del cliente, se haya celebrado utilizando un medio de comunicación a distancia que impida facilitar la información de conformidad con lo dispuesto en los apartados 1 y 2.

b. En cualquier caso, aunque el medio utilizado no haya sido la telefonía vocal, resultará de aplicación lo dispuesto en el artículo 7.3 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, considerando al cliente como consumidor y a la empresa como proveedor.

5. En cualquier caso, la información que se contenga en las comunicaciones publicitarias deberá ser coherente con cualquier información que la empresa proporcione a sus clientes, en el curso de la prestación de los servicios de inversión y auxiliares.

Asimismo, la comunicación publicitaria deberá incluir la información que sea pertinente de la mencionada en los artículos 63 a 66 cuando contenga una oferta o invitación que cumpla lo dispuesto a continuación e incluya la forma de respuesta o un formulario mediante el que se pueda dar respuesta:

a. Cuando se trate de una oferta para celebrar un contrato sobre un instrumento financiero o sobre un servicio de inversión o auxiliar con cualquiera que responda a la comunicación.

b. Cuando se trate de una invitación a quién responda a la comunicación a realizar una oferta para celebrar un contrato sobre un instrumento financiero o sobre un servicio de inversión o auxiliar.

Lo dispuesto en el párrafo segundo de este apartado no resultará de aplicación cuando el potencial cliente minorista, para responder a la oferta o invitación haya de hacer referencia a otro u otros documentos que, de manera individual o en su conjunto, contengan la información señalada en el párrafo segundo.

Artículo 63. Información sobre la empresa de servicios de inversión y sobre sus servicios destinada a clientes minoristas.

1. Las entidades que presten servicios de inversión deberán proporcionar a los **clientes minoristas**, incluidos los potenciales, la siguiente información sobre la entidad y sobre los servicios que presta:



- a. El nombre y dirección de la empresa así como todos los datos de contacto necesarios para permitir la comunicación efectiva del cliente con la empresa.
- b. Los idiomas en los que el cliente podrá comunicarse con la empresa y recibir documentos y cualquier otra información de ésta.
- c. Los medios de comunicación que deberán utilizarse entre la empresa y el cliente, incluidos cuando proceda, las formas de envío y recepción de órdenes.
- d. Una declaración en la que se acredite la autorización de la entidad, incluyendo el nombre y dirección de la autoridad competente que otorgó la autorización.
- e. Cuando la empresa actúe a través de un agente, deberá incluirse una declaración al respecto especificando el Estado miembro en el que aquel esté registrado.
- f. La naturaleza, periodicidad y fecha de los informes sobre el servicio prestado que la entidad ha de remitir a sus clientes de acuerdo con el artículo 79 bis.4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio.
- g. Cuando la empresa tenga en su poder fondos o instrumentos financieros del cliente, una descripción sucinta de las medidas que adopte para asegurar su protección, incluyendo los datos más relevantes de cualquier sistema pertinente de garantía de depósitos o de indemnización a los inversores que resulte de aplicación a la entidad en virtud de sus actividades.
- h. Una descripción, que podrá ser resumida, de la política de conflictos de interés de la entidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45. Asimismo, a petición del cliente, en cualquier momento, se deberá facilitar más información sobre esta política por medio de un soporte duradero o, a través de una página web, siempre que en este segundo caso, cuando no se den las circunstancias para considerarla como soporte duradero, se cumplan las condiciones señaladas en el artículo 3.2.

2. Cuando la empresa preste el servicio de gestión de carteras de inversión, deberá utilizar un método apropiado de evaluación y comparación, como por ejemplo un parámetro de referencia significativo basado en los objetivos de inversión del cliente y en los tipos de instrumentos financieros de su cartera, con el fin de que el cliente pueda evaluar el resultado obtenido por la empresa.

3. Cuando la entidad proponga la prestación de un servicio de gestión de carteras de inversión a un cliente minorista, incluidos los clientes potenciales, deberá proporcionarle, además de la información indicada en el apartado 1, la siguiente información, cuando proceda:

- a. Información sobre el método utilizado y la periodicidad en la valoración de los instrumentos financieros de la cartera del cliente.
- b. En su caso, información sobre la delegación de la gestión de la totalidad o parte de los instrumentos financieros del cliente, o de sus fondos.
- c. Especificación del parámetro de referencia que vaya a utilizarse para comparar los resultados de la cartera del cliente.
- d. Los tipos de instrumentos financieros que pueden incluirse en la cartera del cliente así como los tipos de transacciones que puedan realizarse con ellos, incluyendo cualquier límite aplicable.
- e. Los objetivos de gestión, el nivel de riesgo que debe reflejarse en la gestión discrecional y cualquier limitación específica de dicha facultad discrecional.

Artículo 64. Información sobre los instrumentos financieros.

1. Las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, **teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente** como minorista o profesional. En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, **de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas.**

2. En la **explicación de los riesgos** deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

- a. Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.
- b. La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.
- c. La posibilidad de que el inversor asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.
- d. Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumentos.



3. Cuando la entidad proporcione a un cliente minorista, incluidos los potenciales, información sobre un instrumento financiero que sea objeto en ese momento de una oferta pública sujeta a la obligación de elaborar **folleto**, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, le deberá comunicar la fecha en que el folleto se pondrá a disposición del público.

4. Cuando sea probable que los riesgos asociados a un instrumento financiero compuesto por dos o más instrumentos o servicios financieros sean mayores que el riesgo asociado a cada uno de esos instrumentos o servicios individualmente considerados, deberá proporcionarse una descripción adecuada de cada uno de los instrumentos o servicios que integran el instrumento financiero en cuestión y una explicación de la forma en que la interacción entre los distintos componentes de ese instrumento financiero aumentan los riesgos.

5. Cuando el instrumento financiero incorpore una garantía de un tercero, deberá proporcionarse información suficiente sobre el garante y la garantía para que el cliente minorista, incluido el potencial, pueda valorar razonablemente la garantía aportada.»

Como puede observarse, la intención del legislador es proteger a clientes minoristas frente a productos de inversión poco adecuados a su perfil inversor intensificando al máximo las obligaciones de información a los mismos por parte de las entidades financieras. Sin embargo, del relato de las quejas recibidas se deduce que tal objetivo no se ha conseguido en este caso, por haberse incumplido total o parcialmente con dichas obligaciones de información o haberse cumplimentado las mismas de tal forma que en la práctica se desvirtuaba el fin propuesto.

En este sentido es posible detectar a través de las quejas recibidas una inadecuada valoración de los clientes, superando los mismos incomprensiblemente los test de idoneidad cuando carecen de una experiencia y conocimientos financieros que debería haber llevado a determinar la falta de adecuación del producto al perfil de quienes lo adquirieron.

En otros casos, la documentación incorporada al contrato registra expresamente el perfil inadecuado del cliente pero ello no obsta a que lo firmase “*a petición propia y con expreso conocimiento de los riesgos asumidos*” –según se puede leer en muchos de los contratos con estos o parecidos términos-. Circunstancia que resulta frontalmente rechazada por quienes firmaron el contrato guiados por el consejo de personas que se suponía tenían conocimientos financieros y gozaban de su confianza por ser su entidad financiera “*de toda la vida*”. En la mayoría de los casos, dicho documento sólo ha llegado al alcance de sus titulares cuando han reclamado la documentación referente al contrato, a raíz de la imposibilidad de acceder a sus ahorros.

d) Omisión de respuesta a las reclamaciones

Con respecto a este último punto debemos destacar que, según las quejas recibidas, muchas oficinas y/o departamentos de atención al cliente de las entidades reclamadas no habrían facilitado respuesta alguna a las reclamaciones interpuestas por la venta de este tipo de productos

A pesar de que los hechos denunciados por las personas afectadas por la adquisición de participaciones preferentes ponen de manifiesto la comisión de posibles infracciones de la normativa de defensa y protección de las personas consumidoras que vendrían perpetrándose desde hace bastante tiempo, de la información remitida por la Secretaría General de Consumo sólo se extrae que se abrió un expediente informativo a finales del mes de marzo de 2012 y que los hechos continúan siendo objeto de análisis, habiéndose constituido al efecto un Grupo de Trabajo a principios del mes de mayo del presente año.

Consideramos que las 262 reclamaciones con que cuenta la Administración -que suponemos similares al contenido de las quejas que viene recibiendo esta Institución y que deben haberse comenzado a recibir al menos tras la supresión en abril de 2011 del mercado secundario- justificarían suficientemente una actuación sancionadora en materia de consumo, no alcanzando a comprender que a la presente fecha no se hayan encontrado datos que justifiquen la iniciación de un expediente sancionador.

El procedimiento sancionador se presenta como uno de los cauces adecuados para el ejercicio de las competencias de defensa de las personas consumidoras, ya que tiene por finalidad la tutela y defensa de sus derechos e intereses, evitar conductas que atenten contra los mismos y el restablecimiento del orden jurídico infringido.

En cuanto a la competencia sancionadora de la Administración autonómica, debemos acudir al artículo 94.2 LDCA ya que deberá referirse «a las infracciones de consumo cometidas, siquiera sea parcialmente, en el territorio de la Comunidad Autónoma, cualquiera que sea el domicilio o el lugar en que radiquen los establecimientos o domicilio del responsable». Asimismo, para la determinación del lugar de comisión de la infracción, el artículo 96 LDCA señala: «Las infracciones tipificadas en esta Ley se entenderán cometidas en cualquiera de los lugares en que se localicen las acciones u omisiones en que consistan y, además, (...) en todos aquellos en que se manifieste la lesión o riesgo para los derechos de los consumidores protegidos por la ley».

Finalmente nos parece oportuno recordar las posibilidades que el ejercicio de la potestad sancionadora brinda para la reposición de la situación alterada por la infracción e indemnización de daños y perjuicios:



Art. 48 TRLGDC: «Conforme a lo previsto en el artículo 130.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el procedimiento sancionador podrá exigirse al infractor la reposición de la situación alterada por la infracción a su estado original y, en su caso, la indemnización de daños y perjuicios probados causados al consumidor que serán determinados por el órgano competente para imponer la sanción, debiendo notificarse al infractor para que en el plazo de un mes proceda a su satisfacción, quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial».

Tercera.- De la compatibilidad de las actuaciones sancionadoras de la CNMV y la Administración de defensa de las personas consumidoras.

En relación con las posibles reticencias que se deducen de la respuesta de la Secretaría General de Consumo acerca de las competencias de los organismos de supervisión de las entidades financieras, hemos de recordar que ya en nuestra petición de información le trasladábamos que la posible actuación de la CNMV no debería frenar la actuación en defensa de las personas consumidoras.

Así, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86.3 LDCA, se podrá evitar que un sujeto sea sancionado administrativamente dos veces por el mismo hecho y con igual fundamento conforme a las siguientes reglas:

«a. Si los hechos constitutivos de las infracciones previstas en esta Ley hubieran ya sido sancionados administrativamente conforme a otra legislación y se apreciara la identidad de sujeto, hecho y fundamento, los órganos de defensa del consumidor se abstendrán de imponer las sanciones previstas en esta Ley, declarándolo así tras, en su caso, la tramitación que resulte necesaria. Esta decisión podrá adoptarse antes de la iniciación del procedimiento sancionador o en el curso del mismo.

b. Si los hechos todavía no hubieran sido sancionados conforme a otra legislación administrativa, pero se hubiera iniciado el procedimiento encaminado a ello o concurrieran circunstancias que lo justifiquen, los órganos de defensa del consumidor podrán acordar motivadamente la iniciación del procedimiento sancionador que les corresponda tramitar, suspendiéndolo, hasta conocer la decisión adoptada por los otros órganos. Una vez conocida esa resolución, los órganos de defensa del consumidor tomarán la decisión pertinente sobre la procedencia o no de iniciar o reanudar el procedimiento sancionador.

c. En los demás casos, los órganos de defensa del consumidor adoptarán, en el curso del procedimiento sancionador, todas las medidas necesarias para que, en ningún caso, se produzca una doble sanción.»

En cualquier caso, debemos destacar el hecho de que deba apreciarse identidad de sujeto, hecho y fundamento, circunstancia que entendemos no se produciría ya que la actuación de la CNMV parece limitarse a sancionar a las entidades financieras cuando constata la existencia de una mala práctica por incumplimiento de la normativa de ordenación y disciplina de los mercados de valores. Es decir la CNMV sanciona el incumplimiento de las normas que ordenan y regulan el sector financiero, pero no entra a sancionar los incumplimientos de la normativa de protección de consumidores y usuarios que pudieran haberse producido en el seno de la relación contractual cliente-entidad.

Así, la actuación de la CNMV se centraría en investigar y, en su caso, sancionar los hechos denunciados que pudieran ser constitutivos de alguna de las infracciones recogidas en la Ley 24/1988, de 28 de julio, de Mercados de Valores (LMV) entre las que nos parece oportuno señalar:

Art. 99.n y 100.II: En relación con las ofertas públicas de venta o suscripción, «la omisión de datos relevantes o la inclusión de inexactitudes, falsedades o datos que induzcan a engaño en dicho documento», pudiendo considerarse muy grave cuando la cuantía de la oferta o de la admisión, o el número de inversores afectados, sean significativos.

Art. 101.2.b: «El incumplimiento singular en el marco de una relación de clientela de las normas de conductas previstas en el Capítulo I del Título VII de esta Ley».

Por el contrario, la actuación de la Administración competente en materia de consumo habría de dirigirse a la constatación del incumplimiento de los requisitos y condiciones de comercialización de bienes, en la que se hubiera producido vulneración de la normativa para defensa y protección de las personas consumidoras tal como se ha expuesto.

Por otra parte, de la información que nos trasladaba la Oficina del Defensor del Pueblo Estatal sobre la actuación de la CNMV únicamente resulta que dicho organismo *“ha abierto o se encuentra en trámite de abrir seis expedientes por mala comercialización de productos de renta fija, entre ellos participaciones preferentes”*.

A este respecto es significativo el hecho de que, según señalan algunas de las personas afectadas, en la respuesta de la CNMV a las reclamaciones presentadas, aunque se reconoce que puede haberse producido una actuación indebida por parte de la entidad financiera, se limita a remitirle para la defensa de sus derechos a los órganos jurisdiccionales o los organismos encargados de la defensa de los derechos de consumidores y usuarios.



En consecuencia, de argumentarse que la actuación sancionadora en defensa de consumidoras y usuarios pudiera suponer, en su caso, la vulneración del principio *non bis in idem*, deberíamos decir que no conocemos datos, o al menos no se nos han facilitado, que acrediten que la Administración garante de los derechos de las personas consumidoras tenga conocimiento de las actuaciones concretas que venga desarrollando la CNMV contra las entidades financieras que se hayan identificado como posibles infractoras de la normativa que regula los mercados de valores. Tampoco parece deducirse que se haya acordado suspender las posibles actuaciones sancionadoras en materia de consumo hasta conocer el contenido de la resolución que dicte la CNMV.

Cuarta.- Sobre el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración mediando denuncia.

Desde esta Institución se defiende que el procedimiento sancionador ha de iniciarse necesariamente, mediante el acuerdo adoptado al efecto por el órgano competente, cuando, mediando denuncia al respecto, concurren los requisitos precisos para ello. Dicha obligación entendemos que viene impuesta por el artículo 11.1 del Real Decreto 1398/1993 cuando señala que el acuerdo de iniciación tendrá lugar «por propia iniciativa o como consecuencia de (...) denuncia» (queja 10/5359 sobre la consideración de Asociaciones de consumidores como interesados en procedimientos sancionadores).

De este modo, y reproduciendo las consideraciones de la Resolución dictada en dicha queja, sostenemos que aun cuando el procedimiento se inicie exclusivamente de oficio, es evidente que no puede quedar a la mera voluntad de la Administración la realización u omisión a su arbitrio de las actuaciones tendentes a hacer cumplir la legalidad vigente, dejando impunes hechos que la infrinjan, cuando alguien a quien la norma legitima para denunciar los mismos, se haya preocupado en comunicarlos a quien debe sancionarlos, de resultar procedente. Lo que supone entender que la competencia que ostenta la Administración lo es exclusivamente para incoar el procedimiento sancionador, como acto administrativo formal de iniciación del mismo, sin que ello la legitime para decidir, arbitrariamente, ignorar el contenido de la denuncia y sustraerse a su obligación de reprimir las actuaciones infractoras.

Hay que recordar que, no en vano, los artículos 103.1 y 106.1 de la Constitución determinan el sometimiento pleno de la Administración a la ley y al Derecho, y el artículo 9.3 sienta el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, lo que comporta que la Administración, vinculada por el principio de legalidad, viene obligada a actuar frente a las infracciones administrativas en materia de consumo de las que tenga conocimiento, sin que pueda ampararse en el ejercicio discrecional de su potestad sancionadora cuando medie denuncia al respecto. Lo contrario, además del principio de legalidad referido, infringe los de igualdad y seguridad jurídica.

En este sentido, no se comprende como habiéndose recibido hasta 262 reclamaciones en los Servicios de Consumo en relación con estas prácticas abusivas de las entidades financieras aun no se ha iniciado ningún procedimiento sancionador por tales hechos.

Por otro lado, conviene recordar que las Asociaciones de Consumidores, por razón de su función, están específicamente y especialmente interesadas en promover la actuación de la Administración competente mediante denuncia de los hechos infractores de los derechos de consumidores y usuarios, en la confianza de que, una vez constatados por la misma, serán reprimidos mediante la resolución oportuna, en beneficio de los intereses colectivos y difusos que protegen directamente.

No persiguen con ello un simple interés por la legalidad, sino un interés cualificado por la naturaleza de la función protectora de consumidores y usuarios que funcionalmente les viene impuesta y que, entre otras actuaciones, materializa mediante la denuncia de las conductas presuntamente infractoras de sus derechos e intereses.

Dicho lo anterior, sorprende el hecho de que la denuncia formulada por FACUA contra Banca Cívica, en relación con la comercialización de participaciones preferentes incumpliendo obligaciones establecidas en la normativa sectorial, que fue presentada el 22 de marzo de 2011 y completada con fecha 2 de mayo de 2012, aún se encuentre *“en fase de análisis para extraer conclusiones sobre el posible incumplimiento del derecho de información de los consumidores”*.

Esta falta de respuesta administrativa, habiendo transcurrido ya tiempo suficiente desde que la Administración tiene a su disposición todos los elementos necesarios para apreciar si concurren circunstancias que justifiquen la iniciación de un procedimiento sancionador, nos parece que vulnera el derecho a una buena administración (artículo 31 del Estatuto de Autonomía para Andalucía) así como determinados principios que deben regir la actuación administrativa como los de eficacia, eficiencia, simplificación de procedimientos, transparencia, buena fe, protección de la confianza legítima y proximidad a los ciudadanos (artículos 133 del Estatuto de Autonomía para Andalucía y 103 de la Constitución).

Quinta.- De otras medidas para la defensa y protección de las personas consumidoras.

Como hemos dicho, el ejercicio de la potestad sancionadora tiene por objeto evitar conductas que atenten contra los derechos e intereses de las personas consumidoras y el restablecimiento del orden jurídico infringido.



Pero para la defensa y protección de consumidores estimamos que las Administraciones competentes pueden ejercer otras iniciativas distintas al ejercicio de la potestad sancionadora.

1.- Procedimientos judiciales.

En el caso particular de las personas afectadas por la adquisición de participaciones preferentes tendría especial importancia, dado que el único remedio que actualmente se les ofrece es acudir individualmente a la lenta y costosa vía judicial para la declaración de nulidad de sus respectivos contratos y la devolución de las cantidades invertidas como consecuencia del engaño sufrido en la comercialización del producto, así como, en su caso, la indemnización de daños y perjuicios.

Así, el artículo 54.1 y 3 TRLDC establece que los órganos de las Comunidades Autónomas competentes en materia de defensa de consumidores y usuarios están legitimados para ejercitar la acción de cesación frente a las conductas contrarias a lo dispuesto en materia de cláusulas abusivas y frente al resto de conductas contrarias al TRLDC que lesionen intereses colectivos o intereses difusos de los consumidores y usuarios.

Asimismo, podrán personarse en los procesos promovidos por otra cualquiera de las entidades a las que dicha norma atribuye la misma legitimación, si lo estiman oportuno para la defensa de los intereses que representan (art. 54.2 TRLDC).

Dicha acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura (art. 53.1 TRLDC) o a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz (art. 12.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, en adelante LCGC).

De acuerdo con este último precepto, a la acción de cesación podrá acumularse, como accesoria, la de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones.

En este caso, la legitimación de los órganos de las Comunidades Autónomas competentes en materia de defensa de los consumidores viene recogida en el artículo 16.4 LCGC. Igualmente, el inciso final de este precepto establece la posibilidad de personación en los procesos promovidos por otras entidades que ostentan legitimación.

Conocemos la actuación de la Fiscalía de Galicia, entidad también legitimada para el ejercicio de la acción de cesación, frente a entidades financieras con sede social en dicha Comunidad Autónoma.

Asimismo, a través de prensa hemos podido saber que la Fiscalía General del Estado estaría estudiando la misma posibilidad y, lo que es aun más relevante, desde esta Institución se ha dirigido petición a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en tal sentido, habiéndose aperturado por parte de la misma diligencias informativas previas que podrían conducir al ejercicio de tal acción de cesación.

2.- Procedimientos extrajudiciales.

El sistema extrajudicial de resolución de conflictos a través de arbitraje nos parece una medida especialmente adecuada para la posible solución individualizada a las situaciones particulares.

En este sentido, muchas de las quejas recibidas en esta Institución hacían referencia a las medidas acordadas por determinadas entidades financieras, que habrían accedido a la petición de su clientela de convertir en depósitos a plazo fijo durante un tiempo razonable (entre 3 y 5 años) las cantidades invertidas en la adquisición de participaciones preferentes.

El sistema arbitral establece la posibilidad más ágil, informal y económica que la vía judicial, de alcanzar un acuerdo entre las partes a través de la mediación o bien terminar en el correspondiente laudo que, con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, resuelve la correspondiente reclamación (aunque su efectiva ejecución haya de ser instada en vía judicial).

Particularmente de interés resulta el artículo 56 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, mediante el que se establece la posibilidad de desarrollar un arbitraje de consumo colectivo. Éste tiene por objeto resolver en un único procedimiento arbitral de consumo los conflictos que, en base al mismo presupuesto fáctico, hayan podido lesionar los intereses colectivos de los consumidores y usuarios, afectando a un número determinado o determinable de éstos.

A este respecto, entendemos que la adopción de esta medida no debería verse impedida por el hecho de que muchas personas tenedoras de participaciones preferentes hayan aceptado el canje de las mismas por otros productos financieros, ya que entendemos subsistentes los vicios de consentimiento que afectaban a los contratos que sustentaron la adquisición de dichos productos y de los que dicho canje trae causa, por lo que de prosperar las acciones dirigidas a anular dichos contratos originarios, la invalidez extendería sus efectos al canje efectuado.



Por todo ello, consideramos que una medida de arbitraje podría encontrar una respuesta positiva por parte de las entidades financieras ya que posibilitaría la adopción de soluciones alternativas a la oferta de canje realizada y que parece haber suscitado un rechazo mayoritario entre los clientes, aunque los mismos se hayan visto precisados de aceptarla por resultar un “mal menor”.

En este sentido, la propuesta que han ofertado a sus clientes algunas entidades financieras de convertir las preferentes en depósitos a plazo, además de haber sido bien recibida por los mismos, creemos que presenta la ventaja de restituir la realidad jurídica a la realidad fáctica de lo realmente ofertado cuando se suscribieron las participaciones preferentes.

Por todo lo anterior, y de conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula a la Secretaría General de Consumo la siguiente

RESOLUCIÓN:

RECOMENDACIÓN 1: Que se exija a las entidades financieras que hayan comercializado participaciones preferentes a clientes minoristas en el territorio andaluz su debida individualización, así como la acreditación de que han puesto en su conocimiento las circunstancias relativas a la modificación del valor de su inversión.

RECOMENDACIÓN 2: Que se inicie procedimiento sancionador frente a dichas entidades financieras por la comercialización de productos de inversión complejos, como las participaciones preferentes, con infracción de las normas que garantizan los derechos e intereses de las personas consumidoras.

RECOMENDACIÓN 3: Que, de modo particular, inicie expediente sancionador contra Banca Cívica ante la denuncia formulada por FACUA, con fecha 22 de marzo de 2012, y se le tenga por parte interesada en dicho procedimiento.

RECOMENDACIÓN 4: Que se considere la conveniencia de ejercer otras medidas de protección y defensa de las personas consumidoras y usuarias tales como:

- el ejercicio de la acción de cesación de conductas contrarias a lo dispuesto en materia de cláusulas abusivas y que lesionen intereses colectivos o intereses difusos de los consumidores y usuarios o bien relacionadas con las condiciones de contratación impuestas por las entidades financieras en el ámbito territorial de Andalucía, sumada a la de devolución de las cantidades invertidas y, en su caso, indemnización de daños y perjuicios,

- supletoriamente, la personación en los procesos que puedan resultar promovidos por otras entidades que ostentan legitimación para ello, como puede ser el Ministerio Fiscal o las organizaciones de defensa de los derechos de consumidores y usuarios,
- el arbitraje de consumo colectivo como vía extrajudicial para la solución del conflicto que ha afectado a un número determinado o determinable de personas en Andalucía.

Esperamos confiadamente que, de conformidad con lo dispuesto en el apartado primero del artículo 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, en el plazo no superior a un mes nos facilite respuesta escrita a la presente Resolución donde ponga de manifiesto la aceptación de la Recomendación formulada o, en su caso, exponga las razones que estime oportunas para no aceptarla.

Sin otro particular, reciba un cordial saludo.

A circular blue stamp of the Defensor del Pueblo Andaluz is positioned to the left of a handwritten signature in blue ink. The stamp features a central emblem with a scale of justice and a figure, surrounded by the text 'EL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ' and a small star at the bottom.

José Chamizo de la Rubia
Defensor del Pueblo Andaluz en funciones