

Transparencia e información en la contratación de productos financieros

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

Para la contratación de productos financieros, lo esencial es analizar el proceso deductivo del conocimiento transparente de lo que se contrataba por una persona de formación media, con la voluntad e inteligencias intactas, y con la confianza que podría generar la relación entre el cliente y el asesor.

La normativa europea, junto con la española, y la información más la transparencia, son los requisitos de defensa del consumidor para convencer al tribunal del abuso de mercado y del error cometido, desplazando la prueba hacia el objeto más que hacia el sujeto. Se amplía la consideración de consumidor, porque si no se acredita que no lo es, la actividad desplegada, o el fin de la operación, es lo importante.

Palabras clave: productos financieros; transparencia e información; protección del consumidor.

Fecha de entrada: 13-04-2021 / Fecha de aceptación: 27-04-2021

Enunciado

Don Luis Pérez Ávalos adquiere en el año 2006 un producto financiero «atípico» en el banco privado Cetelino, por un importe de 35.000 euros. Producto que podría derivar en una gran rentabilidad pero con un evidente riesgo. El asesor financiero de la entidad, conocido por Luis desde hacía ya varios años, le informó; a su vez, le entregó el test de conveniencia previo a la contratación. Conviene destacar que no era la primera vez que Luis contrataba productos semejantes por la intermediación del referido asesor, quien no solo informaba, como se ha dicho, si no que intervenía directamente en la formación de la voluntad determinante de la decisión de Luis. Se le proporcionó, por tanto, la información financiera, además de un folleto informativo que contenía las prevenciones sobre posibles pérdidas parciales o totales de lo invertido. También se le dio traslado del precontrato antes de la firma. Producido el descalabro de la inversión, Luis demanda a la entidad bancaria por falta de transparencia e información, por abuso del clausulado, pidiendo la nulidad contractual, reclamando cantidades y perjuicios. El juzgado de primera instancia anula el contrato por deficiencias de información que vician el consentimiento e incitan al error. La audiencia confirma la sentencia, deduciendo presuntivamente esa falta de adecuado conocimiento del riesgo de la documental y la testifical.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Cuáles debe ser los criterios de presunción judicial para deducir la falta de conocimiento del riesgo del producto contratado y la valoración de la prueba?
2. ¿Por qué normativa se rige el control de la transparencia e información y cuáles son los criterios que establece la jurisprudencia para valorar el error?
3. ¿Luis puede ser considerado consumidor?

Solución

1. ¿Cuáles debe ser los criterios de presunción judicial para deducir la falta de conocimiento del riesgo del producto contratado y la valoración de la prueba?

Responder a esta pregunta es responder a la cuestión principal: ¿la presunción del tribunal sobre el vicio invalidante ha sido la correcta? Por tanto, tras la cuestión se esconde la verdadera intención de la interrogante: ilustrar sobre los criterios jurisprudenciales al respecto. Porque no se puede olvidar la profusión de sentencias sobre esta materia de consumidores, donde no es inane que la persona sea ignorante por la falta de práctica en la contratación, o por su formación, entendiendo esas carencias como esenciales para conferir o no a Luis su posición dominante por inferioridad respecto del banco. O aquellas otras que atienden al objeto contratado más que a la personalidad del actor. O aquellas otras que distinguen entre la información adecuada, su concurrencia, la transparencia, o bien la condición del consumidor ya conocedor de la naturaleza del producto contratado. A todo ello iremos haciendo referencia a largo del presente caso.

De momento, diremos que es recurrente aludir a la falta de consentimiento, al error derivado de la información incompleta o sesgada, como método deductivo para anular un contrato complejo de esta naturaleza. Se dice en el caso que el asesor era conocido por Luis, que ya había asesorado a este en otros asuntos o negocios de la misma naturaleza. Que hay un precontrato remitido antes de la firma, una información sobre el producto contratado, un test... Es decir, se trata de averiguar cómo se debe informar, cómo se debe entender la transparencia; esta es clave para rechazar las continuas invocaciones a la ignorancia, al error, como defectos invalidantes del negocio jurídico. El juzgado de primera instancia ha concluido que hubo tales vicios invalidantes, y la audiencia añade, reafirmando el pronunciamiento de la instancia, que la presunción sirve para conformar la voluntad del tribunal y rechazar la apelación.

Al parecer, se advierte en el caso que la información pudo ser correcta, y que el folleto informativo contenía todo lo que se tiene que saber en estos casos. No puede olvidarse asimismo que la relación entre el asesor y el cliente es fluida y que Luis no es un ignorante porque, en otras ocasiones, ha contratado productos similares.

Una vez expuesto lo anterior, procede recordar la doctrina sobre el error en la valoración de la prueba para que pueda fundarse la infracción del derecho fundamental (469.1.4.º de la LEC); porque con la primera pregunta se trata de desgranar el proceso deductivo del tribunal, y con las segundas, las bases de la estrategia del actor para convencer al tribunal del error cometido, del vicio en su consentimiento. Por consiguiente, para poder invocar la infracción del derecho fundamental (art. 24 CE), por infracción de las normas relativas a la valoración de una prueba, por ejemplo, privada (documentos relativos al producto con-

tratado), y llegar a la conclusión del error en dicha valoración, es necesario que este sea de gran magnitud.

Por consiguiente, revisar y casar una sentencia, en estas circunstancias, y con estos controles, va a ser difícil por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal. Lo que estamos diciendo es que el error de valoración no esencial impide su apreciación y no cambia el fallo de la sentencia de la audiencia. El error importante es el fáctico, el material, sobre el cual se ha sustentado el fallo; el error importante, a su vez, tiene que ser «patente o manifiesto», perfectamente deducible de las actuaciones judiciales, de los documentos, de las pruebas practicadas. Visto así, para concluir que la Audiencia se ha equivocado presuntamente, hay que analizar la naturaleza de su error con los criterios aludidos, para que la invocación del artículo 24 de la CE pueda prosperar.

¿Y cuál es entonces la clave para deducir o no el error esencial? Pues evidentemente la información recibida por Luis del asesor sobre el producto que iba a contratar. Obsérvese que aludimos a ello en el caso, como a la documental entregada (folleto), como al precontrato, etc. De todo, lo esencial es analizar el proceso deductivo del conocimiento transparente de lo que se contrataba por una persona de formación media, con la voluntad e inteligencias intactas, y con la confianza que podría generar la relación entre el cliente y el asesor. Pero todo, absolutamente todo ello, pasa por el filtro de las explicaciones recibidas por Luis para el conocimiento del riesgo que se asumía. O sea, el entendimiento perfecto que anula la ignorancia del riesgo.

El contrato, la testifical y la documental son los elementos por analizar. Conviene reproducir aquí lo esencial de la narración del caso:

El asesor financiero de la entidad, conocido por Luis desde hacía ya varios años –pues le había asesorado en la contratación de otros productos de la misma naturaleza– le informó; a su vez, se le entregó el test de conveniencia previo a la contratación. Por tanto, se trasladó aparentemente la información financiera, porque el folleto informativo contenía las prevenciones sobre posibles pérdidas parciales o totales de lo invertido. También se le dio traslado del precontrato antes de firma.

Parece que el folleto menciona el riesgo; la testifical del asesor advierte del riesgo, y el precontrato, del cual se dio traslado para su examen al cliente, no hace presumir precisamente la ignorancia. Por consiguiente, puede concluirse que la deducción falla por error esencial en la valoración de la prueba, pues es manifiesto, evidente y notorio, verificable de manera incontrovertible. La audiencia, y el juzgado de instancia, no han valorado la prueba desde una perspectiva lógica y deductiva, las pruebas aportadas y, en este caso, la excepcionalidad del control por medio de un recurso extraordinario por infracción procesal puede prosperar.

Al exponerse los elementos que la doctrina jurisprudencial ha elaborado, hemos visto que la presunción incorrecta permitió deducir un error esencial en el negocio jurídico. Luis, por su formación o conocimiento de lo contratado, no puede alegar ignorancia y reclamar nulidades y cantidades a devolver.

2. ¿Por qué normativa se rige el control de la transparencia e información y cuáles son los criterios que establece la jurisprudencia para valorar el error?

Con esta segunda cuestión, conectada a la anterior, se pretende plasmar los criterios para valorar el error del cliente (Luis) o la negligente actuación del banco, así como exponer la normativa en vigor aplicable a estos negocios jurídicos complejos. La cuestión anterior se ha pronunciado más por la infracción procesal en la valoración de la prueba en cuanto al error cometido por el tribunal, vista la documental aportada y la testifical, y desde la perspectiva del artículo 24 de la CE; ahora el fondo es la normativa de referencia o el error del cliente (que no del tribunal) al contratar ese producto complejo con riesgo.

El contrato del producto financiero completo tiene fecha –según dice el caso– del año 2006, con anterioridad, por tanto, a la Ley 47/2007, de 19 de diciembre. Por esta norma se produjo la trasposición de la directiva comunitaria en el artículo 79 de la LMV –derogado–. Por aquella directiva, según indica:

La Directiva 93/22/CEE del Consejo (6) trataba de establecer las condiciones en que las empresas de servicios de inversión y los bancos autorizados podían prestar determinados servicios o establecer sucursales en otros Estados miembros sobre la base de la autorización y supervisión del país de origen. Pretendía armonizar así los requisitos de autorización inicial y funcionamiento de las empresas de servicios de inversión, así como las normas de conducta. Preveía también la armonización de algunas de las normas de funcionamiento de los mercados regulados.

En los últimos años ha aumentado el número de inversores que participan en los mercados financieros, donde encuentran una gama mucho más compleja de servicios e instrumentos. Esta evolución aconseja ampliar el marco jurídico de la Unión Europea, que debe recoger toda esa gama de actividades al servicio del inversor. A tal fin, conviene alcanzar el grado de armonización necesario para ofrecer a los inversores un alto nivel de protección y permitir que las empresas de servicios de inversión presten servicios en toda la Unión Europea, ya que se trata de un mercado interior, tomando como base la supervisión del país de origen. La Directiva 93/22/CEE fue, por lo tanto, sustituida por la Directiva 2004/39/CE.

Nada más ilustrativo que transcribir la directiva y su intención: la protección del consumidor frente al abuso de los productos financieros de gran complejidad. Se trata de proteger

a inversores, como Luis, en la contratación de productos de esta naturaleza, con un sistema de control por los Estados. Por ello, es lógico que nuestro inversor pretenda impugnar el producto financiero, aludiendo a la normativa de referencia.

El artículo 79 actual del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del mercado de valores (LMV), nos decía:

Las sociedades rectoras supervisarán las operaciones realizadas por los miembros del mercado con objeto de detectar infracciones de las normas del mercado o anomalías en las condiciones de negociación o de actuación que puedan suponer abuso de mercado. A tal efecto, las sociedades rectoras deberán:

- a) comunicar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores toda infracción significativa de sus normas y toda anomalía en las condiciones de negociación o de actuación que pueda suponer abuso de mercado,
- b) facilitar de inmediato la información pertinente a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para la investigación y persecución del abuso de mercado cometido en el mercado, y
- c) prestar plena asistencia en la investigación y la persecución del abuso de mercado cometido en o mediante los sistemas del mercado.

Es decir, que la protección del consumidor se garantizaba por la comunicación a la CNMV de las infracciones cometidas por abuso de mercado, con trasmisión de la información para la investigación y facilitación de la misma. Nuestro inversor invocaría entonces este artículo para intentar probar el abuso de mercado, al margen de otras consideraciones a las que después aludiremos. Ahora bien, el contrato se ha dicho que es del año 2006, por consiguiente esta sería la normativa a tener en cuenta. Traspasada la realidad de un asunto idéntico a la actualidad, el artículo 79 de la LMV ha de considerarse derogado. Entonces, recurriría a otra norma en vigor: el Real Decreto-ley 21/2017, de 29 de diciembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia del mercado de valores.

En definitiva, aquella por el momento de la contratación del producto financiero, o esta que deroga el artículo 79 pero también contempla el control y la sanción del abuso del mercado, adaptando nuestra normativa a la comunitaria en esta materia, serían las normas esenciales invocadas por Luis en defensa de la nulidad del contrato, por los motivos que ahora sí se indican a continuación.

Pero, desde el punto de vista de la jurisprudencia, se dice que hay una asimetría informativa entre la entidad bancaria y el cliente, que ubica a Luis en una posición de inferioridad y obliga a una información y transparencia comprensibles, según las características del producto y su formación. Sin embargo, en sentido estricto, tampoco la falta de información

es determinante de la nulidad o del error cometido, sino la ausencia del deber de informar propio de productos de este tipo, porque así lo exige la normativa (STS 840/2013, de 20 de enero de 2014 [NCJ058317] y 559/2015, de 27 de octubre [NCJ060572]). Es jurisprudencia constante que

lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información expuestos, pues podría darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Sin perjuicio de que en estos casos hayamos entendido que la falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. No es que este incumplimiento determine por sí la existencia del error vicio, sino que permite presumirlo (SSTS 560/2015, de 28 de octubre [NCJ060733] y 840/2013, de 20 de enero de 2014 [NCJ058317]).

De otro lado, si la ley exige información, también es necesaria la transparencia, y en lo que respecta a esta, Luis, además de alegar su condición de consumidor no informado, podría decir que no hubo transparencia en la contratación, que hubo opacidad. Vemos que su recurso al error como efecto invalidante del negocio jurídico se fundamentaría en los criterios anteriores. Expuesta la normativa básica, procede desgranar los elementos de la falta de transparencia, para, al final, deducir si tiene razón Luis y los defectos de información le dan la razón.

En lo que a la transparencia se refiere, tras la lectura del caso, solo se indica que fue informado, que se le entregó el precontrato y el folleto informativo. ¿Nos bastan para excluir de responsabilidad al banco?

La STS de 8 de septiembre de 2014 establece que

el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada.

Es decir, que el folleto informativo y la reglamentación, así como la información, en especial el precontrato, requieren de una formulación gramatical comprensible para el consumidor. Si no, no tendría sentido el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, que

debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no solo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo.

Es decir, el consumidor puede y debe aludir a la claridad u oscuridad de la redacción del contrato, a la mayor o menor comprensión del riesgo que asumía al contratar el producto. Esto es la transparencia que mencionamos.

En definitiva, la contestación a la pregunta es que la normativa europea, junto con la española, y la información más la transparencia, son los requisitos de defensa del consumidor-Luis para convencer al tribunal del abuso de mercado y del error cometido. Vicio de consentimiento que pretende anular el contrato por abusivo. Con la connotación de que no es la desinformación cuando el contratante conoce por otros medios el contenido del producto, sino el incumplimiento de la obligación legal de informar, aunque se presume que la falta de información al cliente no profesional es causa que vicia el consentimiento.

3. ¿Luis puede ser considerado consumidor?

Evidentemente, si Luis no es consumidor se nos cae el castillo y no cabe invocar protección alguna de falta de transparencia o de información. Estos controles son predicables del inversor accidental no profesional.

Siguiendo la STS 2018/730, de 10 de enero de 2018, se reconoce la evolución del concepto de consumidor desde «una concepción restrictiva hasta una posición más reciente», que tiende a ampliar el concepto de consumidor, o por lo menos a contextualizarlo de una manera más abierta, no circunscrita a su condición o no de profesional. Ahora se atiende más que a la personalidad del contratante, al objeto del negocio en sí. La STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14 (NCJ060447) otorga un carácter objetivo al concepto de consumidor, «al poner el foco en el ámbito no profesional de la operación».

El Tribunal Supremo, en sentencia de 5 abril de 2017, núm. 224/2017, rec. núm. 2783/2014 (NCJ062402), indica:

En fin, para determinar si una persona puede ser considerada consumidor a los efectos de la Directiva 93/13/CEE y del TRLGCU, en aquellas circunstancias en las que existan indicios de que un contrato persigue una doble finalidad, de tal forma que no resulte claramente que dicho contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el criterio del objeto predominante ofrece una herramienta para determinar, a través de un examen de la globalidad de las circunstancias que rodean al contrato –más allá de un criterio puramente cuantitativo– y de la apreciación de la prueba practicada, la medida en que los propósitos profesionales o no profesionales predominan en relación con un contrato en particular. De manera que, cuando no resulte acreditado claramente que un contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el contratante en cuestión deberá ser considerado como consumidor si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato, en atención a la globalidad de las circunstancias y a la apreciación de la prueba.

Para contestar a la pregunta, entonces, la clave está en el objeto del contrato, pero no en «la personalidad del contratante; de tal forma que lo que hay que analizar es si esa relación contractual encubre una actividad profesional». La más moderna jurisprudencia comunitaria, y española, desplazan la prueba hacia el objeto más que hacia el sujeto. Se amplía así la consideración de consumidor, porque si no se acredita que no lo es, la actividad desplegada, o el fin de la operación, es lo importante. En el caso se nos dice que es el contratante de un producto financiero, dando a entender que es habitual en este tipo de negocios, con asesoramiento de un tercero. Parecería que sí es consumidor, porque no solo no despliega una actividad profesional, sino que, además, el producto, el objeto contratado, no encubre una actividad de mercado profesional. Ahora bien, llegados a este extremo, aun siendo consumidor, va a serle difícil convencer al tribunal que ignoraba el riesgo del producto, pues no solo se le dio traslado del precontrato, también contaba con asesoramiento, un folleto informativo y cierta experiencia.

La conclusión de consumidor tanto por su cualidad como por el objeto, al margen de su personalidad, no excluye la transparencia del contrato y la información del producto contratado.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- SSTS 418/2012, de 28 de junio; 262/2013, de 30 de abril; 840/2013, de 20 de enero de 2014; 44/2015, de 17 de febrero; 559/2015, de 27 de octubre; 303/2016, de 9 de mayo; y 411/2016, de 17 de junio.
- SSTSJCE 149/2014, de 10 de marzo; 166/2014, de 7 de abril; 688/2015, de 15 de diciembre; 367/2016, de 3 de junio; 16/2017, de 16 de enero; 224/2017, de 5 de abril; y 594/2017, de 7 de noviembre.