

PRIMERA CONDENA A CATALUNYA BANC POR LAS
PREFERENTES. COMENTARIO A LA STS NÚM. 102/2016, DE 25 DE
FEBRERO (RJ 2016, 1514)

*FIRST SENTENCE AGAINST CATALUNYA BANC DUE TO THE
PREFERRED STOCK. COMMENT ON STS NO. 102/2016, OF FEBRUARY
25 (RJ 2016, 1514)*

Rev. Boliv. de Derecho N° 23, enero 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 392-407



Ana Isabel
BLANCO
GARCÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de marzo de 2016

ARTÍCULO APROBADO: 15 de abril de 2016

RESUMEN: La sentencia aquí comentada supone la primera condena a la entidad Catalunya Banc por la comercialización de productos complejos sin cumplir con el deber de información exigido por la normativa. Ello supone, a juicio del Tribunal, la existencia de error en el consentimiento de los consumidores, lo que determina la nulidad de los contratos. Ahora bien, la clave de esta resolución reside en el giro doctrinal que supone desvincular el perfil (inversor) del consumidor y el vicio del consentimiento.

PALABRAS CLAVE: Participaciones preferentes, error en el consentimiento, inexperiencia del inversor, deber de información.

ABSTRACT: The ruling discussed is the first sentence against Catalunya Banc for the marketing of complex financial products without complying with the duty of information required. According to the Supreme Court, the proven existence of error in the consent determines the invalidity of contracts. But, in this case, the key lies in the doctrinal shift that involves untying the profile of the (investor) consumer and the vice of consent.

KEY WORDS: Preferred stock, defect in consent, inexperience of the investor, duty of information.

SUMARIO.- I. LA PROBLEMÁTICA DE LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES.- 1. Fuente del conflicto.- 2. Noción de participaciones preferentes.- 3. Características: complejidad y elevado riesgo.- II. VICIO EN EL CONSENTIMIENTO.- 1. Error vicio.- 2. Labor de asesoramiento.- 3. Experiencia inversora.- III. LA IMPORTANCIA DE UNA SENTENCIA

SUPUESTO DE HECHO

La Sentencia aborda uno de los asuntos -conflictos- más importantes de los últimos tiempos y que ha afectado a un importante número de consumidores: la anulación por error vicio en el consentimiento prestado en la contratación de una serie de productos financieros complejos, en este caso, depósitos estructurados, obligaciones subordinadas y participaciones preferentes, regulados por la normativa MiFID.

En concreto, hablamos de los siguientes productos, a saber:

- Depósito Líderes: cuantía de 3.000€, con devolución de capital garantizada;
- Depósito Acumula 2: cuantía de 3.000€, con devolución de capital garantizada;
- Depósito Triple Euribor 2E: cuantía de 24.000€, con devolución de capital garantizada;
- Depósito Primeras Marcas: cuantía de 2.000€, con devolución de capital garantizada;
- Pagarés de Catalunya Banc a 12 meses: cuantía de 7.647,98€;
- Deuda Subordinada de Caixa Cataluña 1ª emisión: cuantía de 30.000€;
- Deuda Subordinada de Caixa Cataluña 6ª emisión: cuantía de 18.000€;

• **Ana Isabel Blanco García**

Licenciada en Derecho (2010) y Administración y Dirección de Empresas (2010) por la Universidad de Valencia, Máster en Derecho de la Empresa (2012) y Doctora internacional en Derecho por dicha universidad (2015). Actualmente ocupa el cargo de Profesora Ayudante Doctor del Departamento de Derecho Administrativo y Procesal de la Universidad de Valencia y Secretaria académica del Máster en Derecho, Empresa y Justicia. Ha centrado sus líneas de investigación en el Derecho procesal y en el derecho bancario, especialmente en las cláusulas abusivas y las vías extrajudiciales de resolución de conflictos con los clientes bancarios. Correo electrónico: A.Isabel.Blanco@uv.es

- Deuda Subordinada de Caixa Cataluña 8^a emisión: cuantía de 15.000  (12.000  + 3.000 ); y

- Participaciones Preferentes de Caixa Cataluña: cuantía de 20.000  y de carácter perpetuo.

En primera instancia, el 1 de julio de 2013, el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Zaragoza emitió su resolución estimando la demanda de los consumidores en su totalidad e instando a la entidad demandada a restituir a la demandante la cantidad de 122.647,98 euros más las comisiones y gastos satisfechos por sus respectivas contrataciones, menos las cantidades que resulten en su caso, previa liquidación en ejecución de Sentencia, como cobradas por la parte actora.

En segunda instancia, sin embargo, la AP Zaragoza (Secc. 5) revocó el fallo de primera instancia, el 8 de octubre de 2013, estimando el recurso de apelación interpuesto por la entidad de crédito Catalunya Banc. Obviamente, los consumidores afectados recurrieron dicha sentencia ante el TS, interponiendo sendos recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

Finalmente, el 17 de febrero de 2016 el Tribunal Supremo anula la sentencia sobre el caso dictada por la Audiencia de Zaragoza, que dio la razón al banco, y confirma la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Zaragoza. Así es, emite un fallo de condena a la entidad Catalunya Banc, ordenándole a devolver 122.647,98 euros a dos clientes correspondientes a participaciones preferentes, deuda subordinada y depósitos estructurados por el incumplimiento del deber de información sobre los productos financieros complejos que impone la Directiva europea MiFID e incluso la legislación anterior.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La cuestión principal planteada refiere de la nulidad por vicio del consentimiento en la contratación de productos derivados tales como depósitos estructurados, obligaciones subordinadas y participaciones preferentes.

El Tribunal Supremo examina cada uno de los argumentos que sirven para justificar el vicio en el consentimiento y determinar así la procedencia de los recursos formulados por los consumidores afectados.

En primer lugar, analiza la teoría del vicio del consentimiento y su relación con el deber de información exigido a las entidades en la normativa. Así, de conformidad con el artículo 1265 del Código Civil, el consentimiento será nulo cuando se hubiese prestado "por error, violencia, intimidación o dolo". En este sentido, confirma la

doctrina ya expuesta en anteriores Sentencias sobre la teoría y requisitos para que concurra el error en el consentimiento alegado [SSTS 20 enero 2014 (RJ 2014/781) y 12 enero 2014], si bien matiza que la “ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo”.

Bajo esta premisa, prosigue en segundo lugar con el estudio del cumplimiento de este deber de información por parte de la entidad Catalunya Banc en el proceso de comercialización de tales productos complejos. La normativa MiFID y la Ley del Mercado de Valores establecen esta obligación de entregar información clara, precisa y suficiente de los productos, recalcando la necesidad de que se realice un asesoramiento al consumidor; determinando que esta labor de asesoramiento debe realizarse en la propia oferta del producto, equiparando ambas al concluir que “[P]ara que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado “ad hoc” para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por la demandante y la entidad financiera. Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición”.

Por último, el Tribunal Supremo ha introducido una novedad en su doctrina en lo que concierne al perfil del consumidor. Si bien con anterioridad incluso el propio Tribunal vinculaba el error en el consentimiento al bajo perfil inversor del consumidor o, incluso, a un perfil inversor de tipo “conservador”, en esta Sentencia el Tribunal concluye que la experiencia inversora no es un factor determinante para decretar el vicio en el consentimiento, sino la desinformación acerca del producto ofertado. En otras palabras, el Tribunal Supremo desvincula la conexión causa-efecto que antes predicaba entre la experiencia del consumidor como inversor y el error vicio en el consentimiento.

COMENTARIO

I. LA PROBLEMÁTICA DE LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES

I. Fuente del conflicto

El caso origen del litigio reside en el análisis de la posible falta de información suficiente en la comercialización de los productos híbridos y complejos que estas entidades de crédito decidieron comercializar entre el mercado minorista. La raíz del problema es determinar si en dicha comercialización se ha vulnerado las disposiciones establecidas en la normativa europea, en concreto, en la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa

a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, (*Markets in Financial Instruments Directive*), (en adelante, Directiva MiFID), relativa a normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes (DOUE L núm. 145, 30 abril 2004).

Directiva transpuesta en nuestro ordenamiento por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (BOE núm. 304, de 20 de Diciembre de 2007), que también transpone disposiciones de la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva (DOUE L núm. 241, 2 septiembre 2006) y la Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito (DOCE L núm. 177, 30 junio 2006).

Esta norma exige a las entidades la puesta a disposición de los clientes toda la información necesaria para que comprendan no solo las características del producto que están contratando, sino también sus consecuencias económicas tanto en un escenario de bonanza económica como en uno de crisis, de forma que su consentimiento sea fundado. En otras palabras, deben aportar información acerca de los beneficios y de los riesgos asociados a dichos productos, en especial cuando se trate de productos complejos e híbridos que no todo consumidor comprende (artículo 19.3 Directiva MiFID).

En este sentido, el JPI, partiendo de que los demandantes son clientes minoristas que suscribieron contratos denominados depósitos cuando en realidad no eran imposiciones a plazo sino productos estructurados bastante complejos, así como la deuda subordinada y las participaciones preferentes son también productos complejos de alto riesgo que requieren especiales deberes de información por parte de la entidad, dictaminó que la información suministrada por la entidad financiera sobre las características de los productos ofertados y sus riesgos fue insuficiente y no se ajustó a lo previsto en la legislación sobre el mercado de valores.

2. Noción de participaciones preferentes

Encontramos una definición propia del Banco de España, donde indica que las participaciones preferentes, llamadas también acciones preferentes cuando son emitidas por una entidad extranjera, "son un instrumento financiero emitido por una sociedad que no otorga derechos políticos al inversor; ofrece una retribución fija

(condicionada a la obtención de beneficios) y cuya duración es perpetua, aunque el emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor (en el caso de las entidades de crédito, el Banco de España)''.

Si prestamos atención al contenido de esta definición, no somos capaces de entrever las dificultades prácticas que entraña este tipo de productos. *A priori*, se entiende que es un producto financiero no calificado de acción –de ahí la ausencia del derecho al voto–, ni presenta volatilidad puesto que ofrece una retribución fija, interpretada por muchos como rentabilidad superior a la obtenida con un depósito o imposición a plazo fijo. Este producto podría no parecernos peligroso pero, en la práctica, la falta de información sobre sus cualidades reales ha sido crucial.

La Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante, CNMV), por su parte, las define como “valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho a voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada. Se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido. Con independencia de su carácter perpetuo, el emisor, tratándose de una entidad de crédito, suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del Banco de España”.

Estas nociones engloban las disposiciones legales contenidas en la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior (BOE núm. 160, de 5 de julio de 2003), que incluyó la Disposición Adicional segunda en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros.

Las participaciones preferentes son, pues, un tipo de producto que queda encuadrado dentro de los “recursos propios” de la entidad de crédito, junto con las acciones ordinarias y las cuotas participativas. Puede ser calificada como deuda híbrida de capital, constituyendo una forma de financiación de carácter permanente pero subordinada (VILLAESCUSA GARCÍA, C. y CRUZ RAMBAUD, S.: “Participaciones preferentes: un análisis desde la perspectiva del partícipe”, *Análisis Financiero*, 2012, núm. 120, pp. 6-17; FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *Las participaciones preferentes. Un híbrido financiero supletorio del capital social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005 y ALONSO GONZÁLEZ, P., “Las participaciones preferentes en España”, *Actualidad Financiera*, 2001, vol. 6, núm. 7, pp. 19-31).

Aunque nos hemos centrado en el presente comentario en las participaciones preferentes, no son los únicos productos controvertidos y cuestionados en este caso, pues los consumidores contrataron, además, depósitos estructurados y obligaciones

subordinadas. Los primeros vienen definidos como “depósitos bancarios, en tanto que a su vencimiento

el cliente-depositante recuperará el capital invertido, en los cuales la rentabilidad está vinculada a la evolución de uno o varios índices bursátiles, de la cotización de un grupo de acciones, o cualquier otro. El capital está garantizado, pero lo que varía es la rentabilidad del producto, que dependerá de la fluctuación del producto subyacente. (...) Por tanto, no son meros depósitos bancarios, ni simples imposiciones a plazo, sino productos estructurados de carácter financiero, sujetos a la normativa del mercado de valores” (F.D. 3º). Por su parte, las obligaciones subordinadas son “títulos valores de renta fija con rendimiento explícito, emitidos normalmente por entidades de crédito, que ofrecen una rentabilidad mayor que otros activos de deuda. Sin embargo, esta mayor rentabilidad se logra a cambio de perder capacidad de cobro en caso de insolvencia o de extinción y posterior liquidación de la sociedad, ya que está subordinado el pago en orden de prelación en relación con los acreedores ordinarios” (F.D. 3º).

Por tanto, estos productos esconden una naturaleza compleja y volátil, siendo aptos para inversores con un perfil de riesgo alto, pero no conservador, pues sus características y riesgos jurídico-económicos no son tan fácilmente comprensibles, por lo que el cumplimiento del deber de información de las entidades deviene indispensable.

3. Características: complejidad y elevado riesgo

La problemática que envuelve a este producto híbrido comienza en su propia denominación. Ello porque no son “participaciones” ni tampoco “preferentes”. Pasamos a explicar esta consideración.

En primer lugar, la propia CNMV indica que estos valores emitidos “no confieren participación ni derecho al voto”. En otras palabras, no son “participaciones” en el sentido estricto de la palabra, pues no otorgan derechos políticos, entendidos éstos como el derecho de asistencia y de voto en las Juntas Generales de Accionistas de la entidad emisora de estos títulos.

En segundo lugar, no son “preferentes” porque su derecho de prelación solamente es mejor que el correspondiente a las acciones ordinarias, situándose, en caso de declaración de concurso de la entidad emisora, por detrás de los acreedores comunes y también de los subordinados, siendo por tanto los penúltimos de la cola en cobrar.

Por otro lado, a pesar de la confusión que pudiera acarrear la propia denominación, de las definiciones expuestas se pueden extraer las características principales (RAYÓN

BALLESTEROS, M. C. y GÓMEZ HERNÁNDEZ, J. A.: “¿Se puede recobrar el capital invertido en participaciones preferentes?”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, 2013, núm. XLVI, pp. 85-88) de este producto financiero, a saber:

- No otorgan derechos políticos a los inversores ni tampoco derechos de prelación ventajosos.

- Ofrecen una retribución fija, condicionada a la obtención de beneficios de la entidad emisora de las participaciones y sin carácter acumulativo.

- Carácter perpetuo, esto es, sin vencimiento. Aunque el plazo es ilimitado, el emisor se ha reservado el derecho a amortizarlas siempre que concurra la autorización del Banco de España y respetando el requisito de solvencia o suficiencia de los recursos propios. Esto en la práctica implica la pérdida del control por parte del inversor del momento en el que recuperará los fondos invertidos.

- Su liquidez en el mercado secundario es muy escasa. La relación rentabilidad-coste es elevada por cuanto los beneficios que podrían obtenerse de la comercialización en el mercado secundario podrían no ser suficientes para cubrir la inversión total realizada. Así es, “las características del mercado AIAF, donde cotizan, hacen que la ejecución de las órdenes no sea automática, sino que se requiere de la existencia de una contrapartida adecuada en el mercado. Es decir, el hecho de que una emisión esté admitida a cotización no implica que exista negociación” (CNMV: *Memoria 2011 sobre Atención de reclamaciones y consultas de los inversores*, CNMV, Madrid, 2011, p. 7).

En consecuencia, dadas las características de las participaciones preferentes – perpetuidad, amortizables a voluntad del emisor y estatus por detrás de la deuda subordinada en la prelación de créditos–, constituyen un instrumento poco atractivo para los inversores minoristas, pero sobre todo de muy difícil valoración (A favor; BLANCO MARCILLA, E., *Participaciones preferentes: Rentabilidad de las emisiones*, CNMV Monografía núm. 24, Madrid, 2009, p. 49). Estas dificultades han supuesto que la mayoría de los adquirentes no fuera plenamente consciente de la naturaleza de estas participaciones.

II. VICIO EN EL CONSENTIMIENTO

I. Error vicio

En las Sentencias del Pleno del Tribunal Supremo, núm. 840/2013, 20 enero 2014 y núm. 769/2014, 12 enero 2015, que trae también a colación en esta Sentencia, se establece que “hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a

partir de una creencia inexacta, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. Es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración, lo que exige que la equivocación se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias”.

Según el Código Civil, el consentimiento será nulo cuando se hubiese prestado “por error, violencia, intimidación o dolo” (artículo 1.265), pudiendo entenderse, a nuestro juicio, que concurre dolo en la comercialización de estos productos en tanto en cuanto consideramos que las entidades han tenido la voluntad de engañar o defraudar conscientemente al cliente sobre los elementos esenciales del contrato, en especial, sobre los riesgos, ocultando dicha información de forma deliberada.

Asimismo, la doctrina jurisprudencial ha determinado la exigencia de que concurren cuatro requisitos para estimar la existencia de error en el consentimiento (STS 113/1994, 18 febrero 1994, RJ 1994/1096), puesto que la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo. Tales requisitos son:

a) que el error recaiga sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que hubieran llevado a celebrarlo (artículo 1266 CC);

b) que derive de hechos desconocidos por el obligado;

c) que no sea imputable a quien lo padece;

d) que exista un nexo entre el error y la finalidad que se pretendía con el negocio jurídico;

e) que sea excusable, es decir, que no se pudiera haber evitado empleando una diligencia media de acuerdo con la buena fe.

Atendiendo a esta doctrina, matiza que la “ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo” (F.D. 3º, 4).

2. Labor de asesoramiento

El siguiente punto analizado en esta Sentencia es precisamente si las entidades de crédito proporcionaron toda la información sobre los productos que ofertaba y que suscribieron los demandantes, esto es, si cumplió con su deber de información. El Tribunal Supremo señala expresamente que la entidad incumplió este deber, pues

“[L]a información suministrada por “Caixa Catalunya” a los demandantes no puede calificarse como suficiente y no se ajusta a los parámetros exigidos por la normativa que entonces estaba vigente” (F.D. 3°.6).

Precisamente, el artículo 79 bis de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, modificando la Ley del Mercado de Valores e introduciendo la Directiva MIFID, detalla los deberes de información que deben cumplir las entidades que presten servicios de inversión. Así, establece como requisitos que: (i) la información, incluida la publicitaria, deberá ser imparcial, clara y no engañosa; (ii) se facilitará información comprensible y adecuada (a clientes actuales y potenciales) sobre los servicios que se prestan, gastos, costes asociados y riesgos, a fin de que el cliente pueda tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa; (iii) la entidad deberá incluir información adicional y destacada sobre las diferencias entre los instrumentos financieros y los depósitos bancarios; (iv) en caso de clientes minoristas, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, su situación financiera y objetivos de inversión, en caso contrario, no recomendará productos de inversión al cliente o potencial cliente y, finalmente (v) la recomendación, características de producto, y objetivos de inversión se entregarán al cliente por escrito o en soporte duradero.

Es más, este precepto refuerza el artículo 5 del anexo del RD 629/1993, aplicable a los contratos anteriores a la Ley 47/2007, que exigía que la información fuera “clara, correcta, precisa, suficiente”, además de “entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación”.

Este deber de información está relacionado con otra exigencia básica y fundamental para evitar que se produzca vicio en el consentimiento: el test de idoneidad. En efecto, a tenor del artículo 4 RD 629/1993, de 3 de mayo, es necesario incluir información relativa a la situación financiera del consumidor; a su experiencia inversora y a los objetivos de inversión, de forma que se acreditara la idoneidad del mismo al producto ofertado. Se trata, obviamente, de una exigencia que busca garantizar la seguridad en la inversión y, en cierto modo, la protección del consumidor.

En el asunto aquí enjuiciado se argumentaba no solo la falta de suministro de la información del producto, sino que la entidad de crédito había realizado una labor de asesoramiento de los beneficios de los productos -depósitos estructurados, obligaciones subordinadas y participaciones preferentes-, ocultándose los riesgos. Al respecto, no se pone en duda que hubo asesoramiento porque los consumidores contrataron tales productos “porque les fueron ofrecidos por la empleada de “Caixa Catalunya” con la que tenían una especial relación”.

Teniendo en cuenta que el asesoramiento es, *per se*, un servicio ofrecido por la entidad de crédito -con su respectivo contrato-, pues las entidades de crédito pueden

actuar como asesores, aconsejando a sus clientes cómo invertir sus activos para obtener rentabilidad. Actividad que recibe el nombre de “asesoramiento financiero” o “gestión del patrimonio” (en inglés, “*financial planning*”), normalmente englobada en el concepto de “Banca privada” (CULL, M., “The rise of the financial planning industry”, *Australasian Accounting, Business and Finance Journal*, 2009, vol. 3, núm. 1, pp. 26-37). El cliente, por su parte, que no tiene por qué ser experto en finanzas, deposita su confianza en la diligencia y responsabilidad de la entidad de crédito para gestionar sus recursos económicos de forma que le proporcionen beneficios y una mayor rentabilidad de la obtenida si ellos administrasen y gestionasen tales recursos directamente.

Sobre esta cuestión, el Tribunal Supremo desvincula el desempeño de esta labor con la firma de un contrato remunerado, pues es suficiente con que “la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición”.

No obstante, este criterio del Tribunal Supremo contrasta con la propia interpretación normativa del deber de información y el servicio de asesoramiento, ya que a tenor del artículo 73 del RD 217/2008, que afirma que “las entidades que prestan servicios de inversión distintos de los previstos en el artículo anterior deberán determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado”, se desprende que estamos ante dos cuestiones distintas que no pueden equipararse en la forma en que lo ha hecho el Tribunal aun cuando en la oferta y comercialización de un producto o servicio financiero se informe o asesore en cierta manera al consumidor:

A nuestro juicio, el error en el consentimiento es la consecuencia directa de la falta de información suficiente de los riesgos que podrían derivarse de los productos financieros complejos, con independencia de si realmente se produjo o no una labor de asesoramiento, pues lo que ha determina el vicio en la contratación de estos productos es la ignorancia y desconocimiento de las consecuencias.

Precisamente, uno de los requisitos para declarar el error en el consentimiento -visto *supra*- es que el error sea excusable, como así sucede en el caso de autos, puesto que “la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error; pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente”.

3. Experiencia inversora

La experiencia inversora previa o los conocimientos en materia financiera de los consumidores inversores condicionaban la determinación del error en el consentimiento e incluso el alcance de la estimación de la demanda, tal y como lo expresaba el propio Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de abril de 2015 (RJ/2015/4741) al argumentar que “es razonable que sean tomados en consideración los conocimientos y experiencia del hijo de la demandante a efectos de decidir si existió vicio de la voluntad por error”.

Esta percepción encontraba una justificación en la obligación de las entidades de realizar el anteriormente citado “test de idoneidad”, donde se analizaba el perfil y conocimientos del consumidor en la materia para determinar su mayor o menor capacidad para comprender las características y riesgos derivados de los productos financieros.

No obstante, en esta Sentencia el Tribunal matiza su hasta ahora criterio, señalando que el hecho de tener conocimientos financieros o un elevado patrimonio no anula la mala comercialización y, en consecuencia, el derecho de los clientes a recuperar su dinero. En este sentido, se desprende que el Tribunal quiere castigar la mala praxis de las entidades, sin atender a circunstancias que hasta ahora habían actuado como una especie de atenuantes o condicionantes para la apreciación del error en el consentimiento. A tal efecto aduce argumentos como que la contratación de productos similares en periodos anteriores no conlleva experiencia inversora. Ahora bien, añade la condición de que en aquella contratación tampoco les fuera suministrada a los consumidores la información legalmente exigida.

En consecuencia, falla a favor de los consumidores alegando que el “consentimiento fue viciado por error por la falta de conocimiento adecuado de los productos contratados y de los concretos riesgos asociados a los mismos, que determina en los clientes que los contrataron una representación mental equivocada sobre las características esenciales del objeto de los contratos, debido al incumplimiento por la empresa de inversión demandada de los deberes de información que le impone la normativa del mercado de valores cuando contrata con clientes respecto de los que existe una asimetría informativa”.

III. LA IMPORTANCIA DE UNA SENTENCIA

Estamos ante una sentencia histórica por cuanto supone la primera condena del Alto Tribunal a la entidad Catalunya Banc por el asunto de la comercialización de las participaciones preferentes. La Justicia, una vez más, ha vuelto a ponerse del lado de

los consumidores afectados por la compra de unos productos que parecían seguros y rentables pero que, con el tiempo, se ha demostrado que eran todo lo contrario.

Pero esta Sentencia va a marcar un antes y un después en la interpretación jurisprudencial por la novedad interpretativa sobre la doctrina del vicio del consentimiento en la contratación de este tipo de productos.

Al respecto de este fallo, entendemos que la intención del Tribunal es la de proteger al consumidor de la actuación omisiva de la entidad en lo que concierne a sus obligaciones informativas. Sin embargo, cuestionamos la línea argumental en tanto en cuanto el test de idoneidad refleja la capacidad del consumidor de conocer o, al menos entender, qué está contratando, por tener bien conocimientos financieros, bien experiencia inversora previa.

A nuestro parecer, la contratación de otros productos complejos le sirve al consumidor para conocer el alcance y los riesgos de tales productos, abriendo este fallo la veda a que aquellos consumidores (especuladores) puedan impugnar la contratación de estos productos alegando error en el consentimiento, recuperando la inversión porque no han obtenido las ganancias esperadas e incluso han sufrido pérdidas cuando, en el momento de contratar el producto y con independencia de la actuación de la entidad, era consciente de los riesgos que asumía.

No obstante, se trata de una resolución que aboga por acabar con los abusos de la banca y por el respeto de los derechos e intereses económicos de los adherentes del contrato: los consumidores, quienes en muchas ocasiones han visto cómo las entidades han manejado sus ahorros en beneficio propio, sin importarles los perjuicios que una mala gestión o una mala comercialización pudieran conllevar.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO GONZÁLEZ, P.: "Las participaciones preferentes en España", *Actualidad Financiera*, 2001, vol. 6, núm. 7.

BLANCO MARCILLA, E.: *Participaciones preferentes: Rentabilidad de las emisiones*, CNMV Monografía núm. 24, Madrid, 2009.

CULL, M.: "The rise of the financial planning industry", *Australasian Accounting, Business and Finance Journal*, 2009, vol. 3, núm. 1.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *Las participaciones preferentes. Un híbrido financiero supletorio del capital social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

RAYÓN BALLESTEROS, M. C. y GÓMEZ HERNÁNDEZ, J. A.: "¿Se puede recobrar el capital invertido en participaciones preferentes?", *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 2013, núm. XLVI.

VILLAESCUSA GARCÍA, C. y CRUZ RAMBAUD, S.: "Participaciones preferentes: un análisis desde la perspectiva del partícipe", *Análisis Financiero*, 2012, núm. 120.

