

Una de cal y otra de arena

Fernando Zunzunegui

El Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha (CESCO) en colaboración con el Colegio Notarial de Castilla-La Mancha han publicado los trabajos [ganadores](#) del Premio estudios jurídicos de Derecho privado, de gran impacto económico y social. El primer premio ha recaído sobre el trabajo de Sergio Baz Barrios sobre "[La problemática de los swaps o contratos de permuta financiera](#)", y el segundo sobre el trabajo de Alicia Agüero Ortiz titulado "[El consumidor como inversor de alto riesgo: la impugnación por vicios del consentimiento de los contratos de adquisición de participaciones preferentes y swaps, una opción sólo al alcance de algunos](#)".

Una de cal

El trabajo de Sergio Baz Barrios ofrece un buen análisis de la comercialización de swaps partiendo de la literatura económica y de la mejor doctrina jurídica, aunque le falta la cita a algún autor imprescindible ([Díaz Ruiz](#)). Baz Barrios delimita el concepto de permuta financiera (swap) como derivado financiero, describe su régimen jurídico y la litigiosidad que ha generado este contrato. Destaca en su trabajo la importancia de informar de los riesgos y costes del contrato, y la asignación de la carga de la prueba, que corresponde al banco como obligado a informar. Descarta Baz Barrios que el cliente actúe contra sus propios actos por haber recibido alguna liquidación positiva, pues es lógico que el cliente no perciba el error hasta que se materializa el riesgo del contrato, con liquidaciones negativas de elevado importe. Subraya como un hecho destacable que los bancos esperasen a ofrecer estos productos, de cobertura frente a la subida de los tipos según previsiones del art. 19 de la Ley 36/2003, a un periodo en el que la crisis ya se vislumbraba en el horizonte. Lo cual nos lleva a una crítica que no resta méritos a este trabajo. Siendo así, que los bancos ofrecieron las coberturas a las que estaban obligados, no puede compartirse que cierre su trabajo con la siguiente conclusión: "es cierto que no todas las personas que han contratado un swap y ahora son demandantes, han actuado de buena fe, puesto que muchos conocían el funcionamiento de este instrumento y lo contrataron para especular, sumándose ahora al perfil del cliente sin conocimientos financieros con la intención de que los tribunales declaren la nulidad del contrato, y puedan recuperar el dinero que «apostaron» conscientemente." Pues si los bancos estaban obligados por el art. 19 de la Ley 36/2003 a ofrecer a los clientes que contrataban una financiación hipotecaria un producto de cobertura, debían haberse abstenido de ofrecer productos especulativos. Luego la mala fe será del banco que bajo el pretexto de una cobertura ofreció a los clientes una apuesta de carácter especulativo.

Otra de arena

El segundo premio se concede al trabajo de Alicia Agüero Ortiz sobre "El consumidor como inversor de alto riesgo: la impugnación por vicios del consentimiento de los contratos de adquisición de participaciones preferentes y swaps, una opción sólo al alcance de algunos", título que coincide exactamente con el recogido en la [convocatoria](#) de los premios. En relación con esta delimitación del trabajo sorprende que un centro de investigación convoque un premio sobre Derecho del consumo condicionando el resultado científico, al considerar de partida que la impugnación por vicio en el consentimiento solo debe estar al alcance de algunos consumidores.

El trabajo de Alicia Agüero Ortiz responde al objeto delimitado en la convocatoria aunque su contenido diste mucho del rigor exigible a un trabajo científico. El trabajo tiene dos partes. A la primera dedica veinte páginas en las que describe las participaciones preferentes y los swaps, y su régimen jurídico, en una larga enumeración de normas, con algunas citas jurisprudenciales. La segunda, son tres páginas en las

que se recoge la opinión de la autora en unas conclusiones extravagantes sobre el caso de las preferentes que no tienen desperdicio. Comienza con una frase lapidaria: “Ahora debemos descender del mundo de las ideas y analizar críticamente qué hay de verdad en todo lo estudiado.” Tras esta frase describe la etapa de bonanza económica como “una era de positivismo y confianza en el sistema que propició la comercialización de distintos productos financieros en una especie de euforia por aumentar la rentabilidad. En resumen: todo el mundo quería su parte del pastel.” Etapa en la que según la autora “el ahorrador o inversor minorista quería más rentabilidad, sin importar mucho el porqué ese producto que le ofrecían en su entidad de crédito prometía el doble de rentabilidad que los depósitos a plazo fijo de toda la vida.” Para concluir que: “ha habido una concurrencia de comportamientos negligentes en direcciones opuestas, de un lado el consumidor-free rider que bajo la consideración de minorista pretendía obtener la mayor rentabilidad y ostentar una máxima protección para el caso de que los réditos se acabaran; y de otro lado, las entidades de crédito embebidas de un afán de la triada venta-colocación-beneficio que pervirtió toda ética a la hora de comercializar estos productos. La consecuencia de ello ha sido el impresionante número de bajas producidas en medio del fuego cruzado y la devastadora crisis de las estructuras bancarias, que dejan un panorama desolador para el consumidor del futuro.”

Contrapone la autora el consumidor honrado al “consumidor listillo o espabilado de antaño, es el que ahora se apresura a calificarse como ignorante, en un eterno retorno nietzscheano del listillismo [sic] nacional, que conduce irremediamente a la desprotección del consumidor diligente, que (i) pudo verse atrapado en el “fuego cruzado”, y (ii) de cara al futuro deberá lidiar con el escenario creado por los despropósitos de unos y otros.” Como ejemplo de consumidor honrado cita un “matrimonio de 70 años de edad (en la primera suscripción y 80 en la última), padeciendo uno de los integrantes Alzheimer”, que ni siquiera había firmado una de las órdenes de compra. Este consumidor merece protección, los demás serían desaprensivos indeseables. “No todo vale” dice la autora, para concluir que “los imperativos categóricos no existen, ni tampoco está en los genes del banquero la semilla inductora al fraude, ni en los genes del consumidor el monopolio de la razón y la buena fe”. Terminando el trabajo con esta máxima: “el mercado del mañana se merece a un consumidor preparado, informado, y honrado”, como si el consumidor del presente no fuera una persona honrada.

Llama la atención que dos instituciones públicas, la Universidad de Castilla-La Mancha y el Colegio Notarial de Castilla-La Mancha, otorguen un premio de Derecho de consumo sobre un tema de “gran impacto económico y social”, según reza la convocatoria, a un trabajo que cuestiona a las víctimas del fraude masivo de las preferentes. Viene a calificarles de falta de honradez por acudir a los Tribunales para defender sus derechos. Hay decenas de miles de casos de malas prácticas reconocidos por sentencias y laudos arbitrales. Bankia ya ha reconocido 134.160 casos de malas prácticas. El FROB estima que el 60% de los clientes de CEISS han sido objeto de una incorrecta comercialización. El propio legislador ha reconocido la existencia de un fraude masivo al poner en marcha un mecanismo arbitral para reparar a los afectados.

En la actual cultura bancaria sí está la semilla inductora del fraude. Como ha recogido el Defensor del Pueblo en sus informes, la banca se ha aprovechado de forma sistemática de la vulnerabilidad del cliente. Fue la banca quien tomó la iniciativa para reforzar sus recursos propios moviendo el ahorro de cientos de miles de clientes depositantes hacia instrumentos complejos de alto riesgo como las participaciones preferentes. No ha sido el cliente quien ha acudido al casino, ha sido la banca quien ha llevado las apuestas a casa de los clientes. La banca con sus malas prácticas generalizadas es la principal responsable de la crisis y no es admisible que se culpe a las víctimas de las consecuencias de la mala conducta bancaria. Como tampoco es admisible que una Universidad y un Colegio Notarial den un premio a la autora de tales descalificaciones.
