

## Responsabilidad civil de la banca y seguridad jurídica

*Fernando Zunzunegui*

*Abogado*

*Profesor de Derecho del Mercado Financiero de la Universidad Carlos III de Madrid*

Por vez primera se plantea, desde la perspectiva de la industria, la regulación de la responsabilidad civil de la banca en la prestación de servicios financieros. La propuesta la recoge Alejandro Fernández de Araoz y Gómez-Acebo en un brillante [artículo](#) publicado en la Revista de Derecho Mercantil.

Tras la crisis financiera, se ha desarrollado un negocio pujante de los contenciosos en masa contra la banca a través de acciones individuales por error vicio en el consentimiento. Proliferan los contenciosos a través de despachos de nuevo cuño con fuertes inversiones en publicidad o de nuevas asociaciones de consumidores con redes de abogados con acceso a las televisiones. No es nada malo. Han creado un contrapeso a los grandes despachos defensores de la banca. Estos nuevos actores fundamentan sus demandas en la falta de transparencia material, doctrina proveniente del ámbito del Derecho del consumo. Se alega la falta de comprensión por parte del cliente de las implicaciones jurídicas o económicas del producto contratado. Según esta doctrina, asentada por el Tribunal Supremo, le corresponde al banco demandado la carga de probar que el cliente ha comprendido la naturaleza y riesgos del producto. Pero en el mercado financiero, caracterizado por la complejidad de sus productos, se trata de una prueba casi imposible. Un cliente minorista jamás podrá llegar a comprender las implicaciones financieras de un producto financiero de cierta complejidad. De ahí, que los tribunales estimen casi todas las demandas contra los bancos. Aplicar esta doctrina traída del mundo del consumo a las finanzas sin su debida adaptación está teniendo efectos no deseados. Crea inseguridad jurídica y tensión comercial de los bancos con sus clientes.

Las premisas de la doctrina de la transparencia material son bien conocidas. Se parte de la existencia de una asimetría financiera entre el banco y el cliente. El banco diseñador o distribuidor del producto es perfectamente conocedor de la naturaleza y riesgos de los productos que ofrece en el mercado. Como profesional conoce el contenido del producto estructurado o del swap que comercializa. Sin embargo, el cliente –en particular, el minorista– desconoce las implicaciones financieras del producto y sus riesgos asociados. Según esta

doctrina, el banco tiene el deber no solo de informar del producto sino también de hacer comprender al cliente sus implicaciones para que de este modo pueda superar la situación de asimetría y decidir con conocimiento de causa. En teoría, a través de la educación financiera y de la información suministrada, el cliente puede superar la asimetría, es decir, puede ponerse al nivel del banco en cuanto a la comprensión del producto. Una verdadera falacia, pues jamás un cliente minorista podrá superar la asimetría que le separa de lo que el banco conoce. Le falta formación y además los sesgos cognitivos que padece, le alejan de la comprensión de la información técnica recibida. De hecho, el cliente no busca información técnica. Lo que el cliente busca es un intermediario que le oriente, que le ofrezca productos convenientes o le recomiende como asesor los más idóneo a sus objetivos y situación financiera. Tratar los productos financieros como si fueran productos tangibles que pueden ser tocados y probados, no es lo más adecuado y puede dar lugar a situaciones indeseables. Con la doctrina de la transparencia material cualquier producto financiero puede ser impugnado y su contratación anulada. Esta situación crea un escenario de inseguridad jurídica que afecta tanto a las entidades como a los clientes, quienes ven recortada la oferta de productos y servicios financieros.

Una salida a esta grave situación puede venir de la regulación de los contratos, fijando en la ley los plazos y contenidos de la información financiera. Esta es la estrategia seguida en la Ley de crédito inmobiliario para la contratación de préstamos hipotecarios. Pero no es la estrategia más adecuada. Crea rigidez, daña la competitividad y deja ranuras a los litigadores. No evita las demandas por falta de transparencia material.

La salida debe venir de la reconsideración de la nulidad por error como principal vía para dar respuesta a los incumplimientos de la banca. Lo natural es que el profesional, también el financiero, responda de los daños y perjuicios. Ante la negligencia del banco que causa un daño, en lugar de anular el contrato hay que ofrecer un cauce para que el cliente pueda exigir una indemnización. En estos momentos, la preponderancia en los tribunales de las acciones de nulidad por error es tal que incluso se declaran nulas las órdenes de compra con folleto falso para las que existe una [previsión expresa](#) de responsabilidad del causante del daño, resoluciones que además van [en contra de la firmeza](#) que tienen las operaciones en el mercado de valores.

Dado el desarrollo que ha adquirido esta doctrina sobre la nulidad por error en la contratación financiera, Fernández de Araoz considera que es difícil reconducir esta doctrina y propone un cambio legal. En este sentido, propone incluir en la [Ley del Mercado de Valores](#) una regulación de la responsabilidad civil de la banca por incumplir las normas de conducta en la prestación de servicios de inversión. Es una propuesta de enorme interés que abre un debate doctrinal muy necesario. Es una importante novedad, pues la banca siempre se ha opuesto a regular las consecuencias contractuales de sus obligaciones profesionales. Desde su perspectiva, según reiteran en los escritos de contestación a las miles de demandas, «las normas de conducta son normas administrativas sujetas a un procedimiento sancionador». La única consecuencia de incumplirlas sería, según esta posición, la posible apertura de un expediente sancionador por la autoridad financiera. El resultado del expediente podrá dar lugar a una multa, pero el cliente perjudicado no es, en ningún caso, indemnizado. Fernández de Araoz propone que además de la responsabilidad administrativa, el incumplimiento de las normas de conducta obligue a indemnizar al cliente minorista del perjuicio ocasionado con una indemnización equivalente al

importe desembolsado al adquirir el producto más los intereses legales, menos el valor de mercado resultante. Además, con buen criterio, considera que corresponde a la entidad la carga de acreditar el cumplimiento de las normas de conducta. Como cierre de esta propuesta, ofrece un puerto seguro a la banca para que pueda excluir su responsabilidad en caso de que pruebe haber cumplido las normas de conducta.

Más allá del texto concreto de la propuesta lo relevante es que, desde el lado de la industria, se mueva ficha. La situación de la contratación financiera, con la posibilidad de anular cualquier producto financiero alegando falta de transparencia material, es insostenible. El mercado financiero no puede funcionar sin seguridad jurídica y sin confianza entre el banco y el cliente. Los bancos, como prestadores de servicios de inversión, no son la contraparte el cliente. No estamos ante la relación contrapuesta que existe entre comprador y vendedor (*caveat emptor*) Es una relación de servicios propia de la comisión mercantil. El banco prestador del servicio es un mandatario que debe actuar en interés del cliente y responder ante el cliente de su negligencia. Fernández de Araoz no analiza la naturaleza de la relación banco-cliente desde esta perspectiva. Presenta su propuesta como una reacción frente al abuso de «inversores oportunistas» que pretenden que sea el banco quien pague los «platos rotos» de su mala inversión. En su opinión, el error se ha convertido «en un criterio de reparto del riesgo de frustración de los fines del contrato». Cuando las inversiones se tornan negativas «es culpa del banco». Es un «auténtico coladero». De tal modo que «no es posible lindar con claridad y certeza la reclamación fundada del inversor mal asesorado y maltratado». El 90% de las demandas por productos financieros complejos son estimadas y se pregunta: ¿Es verosímil que el 90% de las entidades bancarias hicieran tan mal las cosas? Para concluir que ni tantos inversores estaban engañados ni tantas entidades abusaron. Es una argumentación propia de las contestaciones de los bancos en los procedimientos judiciales. Pero la debilidad de estos argumentos no afecta a la utilidad de la propuesta de regular la responsabilidad de la banca por incumplir sus normas de conducta. Es una gran propuesta que la banca debería respaldar como mejor forma de superar la situación actual que les enfrenta a su clientela creando un riesgo sistémico según ha alertado el Fondo Monetario Internacional.

Nos congratulamos de que uno de los juristas más representativos de la industria financiera acoja la necesidad de dar prioridad a las acciones de indemnización de daños y perjuicios como mejor forma de hacer frente a la situación contenciosa que marca en la actualidad la relación banca-cliente. Se trataría de un vuelta a los orígenes. [Así lo hemos expuesto](#). La doctrina tradicional del Tribunal Supremo, en línea con la doctrina italiana importada entre nosotros por Joaquín Garrigues, siempre consideró la relación banco-cliente como un relación de confianza propia de mandato, en la que el banco responde frente al cliente de su negligencia. La naturaleza de la comisión bursátil no era controvertida. Ya decíamos, en 2006, en un artículo citado de forma impropia por Fernández de Araoz al vincularlo con quienes defienden a ultranza el paradigma de la transparencia, que:

«Al igual que sucede en la relación médico-paciente, carece de sentido informar al inversor con detalles técnicos sólo al alcance y comprensión de los profesionales. La transparencia debe ser la necesaria para asegurar la correcta prestación del servicio. Hay que superar el mito del inversor medio completamente informado sobre los tecnicismos de las operaciones

financieras como medio para crear equidad en el mercado de valores y asegurar su buen funcionamiento»

Tras la quiebra de Lehman Brothers, Zunzunegui Abogados presentó decenas de demandas solicitando que se declarase la responsabilidad del banco como comisionista prestador de servicios de inversión ([Citibank](#), [Bankinter](#), [Banif](#), [Deutsche Bank](#), [Bankpime](#), [Santander](#), [Bankia](#), [Caixabank](#), [Banco Ceiss](#)). Fue, a partir de 2012, cuando se empiezan a generalizar las demandas por error vicio y se empiezan a mirar con recelos aquellas que reclamaban una indemnización de daños y perjuicios. Las primeras demandas de Zunzunegui Abogados acumulaban las pretensiones de decenas de clientes fundadas en la responsabilidad civil del banco por incumplir las normas de conducta que entendemos es la [forma más eficaz de demandar a los bancos](#). Las demandas por error vicio pasaron a ser individuales, atascando los tribunales y multiplicando el riesgo de costas. Basta la leer las entradas de la [Revista de Derecho del Mercado Financiero](#) de la última década para acceder a un diario que refleja esta evolución. Como [decimos](#) en un artículo publicado en la [Revista de Derecho Bancario y Bursátil](#):

«La estrategia jurídica de los abogados de los clientes afectados por dichos incumplimientos y, en consecuencia, la jurisprudencia se inclina por el remedio de la nulidad de los contratos. Aunque el paradigma de la información en un mercado eficiente ha sido superado por el marco legal, las demandas se centran en el incumplimiento de las obligaciones de información como fundamento del **error por vicio en el consentimiento**. En esta dinámica se aplican soluciones propias de relaciones de cambio a contratos de colaboración.

Esta opción crea inseguridad jurídica al **anularse decenas de miles de contratos financieros.**»

En 2016, nos pronunciábamos sobre [la responsabilidad contractual como vía prioritaria de reparar al inversor](#). ¿Debemos acudir a la destrucción del contrato mediante la nulidad alegando vicio en el consentimiento? ¿Existe una vía alternativa? ¿Puede solicitarse la indemnización por incumplimiento de las obligaciones profesionales? Lo cierto es que la regulación financiera mira hacia la responsabilidad contractual como la vía más respetuosa con el mercado para reparar a los inversores afectados por las malas prácticas bancarias en la prestación de servicios de inversión.

Ahora, con la original propuesta de Fernández de Araoz, se plantea un cambio legal para volver a poner en el centro del tablero las acciones de indemnización de daños y perjuicios, lo que convendría completar, [añadimos](#) por nuestra parte, con una autoridad de resolución alternativa de conflictos y una regulación que posibilitara las acciones colectivas y acumuladas para resolver el atasco judicial agudizado por el parón de COVID-19. Tras mucho mirar hacia otro lado, la certera propuesta Fernández de Araoz nos da una solución para lograr seguridad jurídica en la contratación bancaria en beneficio de la banca y de la clientela.