

ACTUACIÓN DE OFICIO 00610/2012 SOBRE LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES

ÍNDICE

- 1. Introducción y planteamiento de la situación**
- 2. Definición de las *participaciones preferentes***
- 3. Las actuaciones llevadas a cabo por el Síndic**
- 4. El Código de consumo de Cataluña y los servicios financieros**
- 5. Conclusiones: recomendaciones y sugerencias**
- 6. Un apunte para reflexionar: ¿Prestan los bancos servicios de interés general?**

1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DE LA SITUACIÓN

A raíz de las numerosas quejas y consultas recibidas, de las informaciones publicadas en los medios de comunicación, y con ocasión de una reunión mantenida el 24 de enero de 2012 con representantes de OMICs de diferentes ayuntamientos catalanes, se constató la problemática existente en torno a las participaciones preferentes emitidas por diferentes entidades financieras.

Las participaciones preferentes son un producto que ha sido comercializado durante los últimos años por parte de bancos, cajas y entidades financieras. Éstas tienen un riesgo elevado, ya que se trata de valores que no tienen liquidez inmediata, para los cuales no existe garantía sobre el capital invertido, es decir, que la persona que las adquiere puede tener pérdidas. Además no se prevé ningún tipo de compromiso de recompra por parte del emisor (el banco o caja), tienen carácter perpetuo –es decir, sin una fecha de amortización prevista–, a pesar de que en algunos contratos existe una opción de amortización anticipada para la entidad emisora, potestativa para ésta.

La Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante, CNMV), en abril de 2009, publicó un folleto informativo en el que las calificaba como un producto complejo y de riesgo elevado y advertía que, en caso de insolvencia del emisor, se sitúan en el orden de recuperación de los créditos por detrás de todos los acreedores comunes y subordinados y por delante de las acciones ordinarias y de las cuotas participativas en el caso de las cajas de ahorro. De acuerdo con la legislación vigente, los bancos y las entidades financieras que emiten participaciones preferentes deben presentar a la CNMV un folleto y facilitar al cliente un tríptico/resumen con información clara y suficiente.

Cabe remarcar que cuando se habla de las participaciones preferentes no se está hablando de un producto financiero fuera de la normativa o que por su definición y características deba considerarse un negocio jurídico fuera de la ley. Ahora bien, sí puede afirmarse a todos los efectos que se trata de un producto financiero no adecuado para clientes minoristas y sin experiencia en inversiones de riesgo.

La problemática se ha generado en los últimos meses cuando numerosos clientes han solicitado el reembolso inmediato del 100% del capital invertido y los bancos y entidades financieras no han accedido a su petición.

En este sentido, centenares de afectados han denunciado la comercialización irregular de participaciones preferentes alegando falta de transparencia al no haber sido informados ni de las características de estos productos ni de sus riesgos, y especialmente de su escasa o nula liquidez o de su perpetuidad. Desgraciadamente, cuando han querido recuperar el dinero invertido y han recibido la negativa por parte de su entidad bancaria o financiera es cuando muchos ahorradores, como consecuencia de esta falta de información, han comprobado lo que verdaderamente habían contratado años atrás.

El inicio de diferentes expedientes sancionadores por parte de la CNMV y las actuaciones de algunas entidades financieras con algunos de sus clientes ayudan a fundamentar la afirmación de que ha existido una mala praxis y una importante falta de ética y de respeto a los derechos de las personas, en la comercialización de las participaciones preferentes, tanto a nivel genérico – por haber destinado el producto a un público no especializado– como nivel individual –dado que existen casos concretos en que se han acreditado notables carencias de información u otras irregularidades relevantes a la hora de celebrar el contrato con el cliente.

El Estatuto de Autonomía de Cataluña determina que las personas, en su condición de consumidoras y usuarias de bienes y de servicios, tienen derecho a una información veraz y comprensible sobre las características y los precios de los productos y de los servicios (artículo 28). También señala que los poderes públicos deben garantizar tanto la protección de la salud, la seguridad y la defensa de los derechos y los intereses legítimos de los consumidores y usuarios, como la existencia de instrumentos de mediación y arbitraje en materia de consumo (artículo 49).

El Código de consumo de Cataluña incluye los servicios financieros y de seguros entre los servicios básicos, definidos como servicios de carácter esencial y necesarios para la vida cotidiana o que tienen un uso generalizado entre las personas consumidoras. Además, el Código también remarca que las personas consumidoras tienen derecho a la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales, a la protección jurídica, administrativa y técnica y a la información.

Como resultado de lo expuesto, y dada la repercusión social de esta situación, el Síndic decidió el inicio de una actuación de oficio en fecha 31 de enero de 2012.

2. DEFINICIÓN DE LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES

Las características del producto que nos ocupa, en esencia, se resumen en que se trata 1) de un producto complejo, 2) de carácter perpetuo, 3) que no otorga derechos políticos a su titular y 4) que ofrece una rentabilidad variable y no garantizada. Acto seguido se recogen tres definiciones, extraídas de tres fuentes diferentes, que sirven para hacerse una idea de lo que caracteriza este instrumento financiero.

Definición de la CNMV¹:

“Son valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho de voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada.

Su remuneración el primer año suele ser fija. A partir del segundo normalmente está referenciada al Euríbor (o a algún otro tipo de referencia) más un determinado diferencial. Esta remuneración está condicionada a que la entidad emisora de las participaciones obtenga beneficios suficientes.

Se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido.

Las participaciones preferentes presentan similitudes y diferencias tanto con la renta fija como con la renta variable. Por su estructura son similares a la deuda subordinada, pero a efectos contables se consideran valores representativos del capital social del emisor, que otorgan a sus titulares unos derechos diferentes de los de las acciones ordinarias (ya que carecen de derechos políticos, salvo supuestos excepcionales, y del derecho de suscripción preferente).

[...]

En España, el mercado en el que cotizan la mayoría de los valores de renta fija y las participaciones preferentes es AIAF. Los precios medios diarios de cotización de las diferentes emisiones se pueden consultar en la página web de AIAF (www.aiaf.es) o en los diarios económicos. Sin embargo, hay que señalar que ese precio es sólo una referencia de operaciones realizadas. Por lo tanto, aunque vea que el valor que quiere vender tiene publicado un precio de cotización diario, es posible que la entidad financiera a través de la que canalicé su orden tarde tiempo en ejecutarla y que el precio al que lo haga sea diferente.”

Definición de la Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros de Cataluña (AICEC ADICAE²):

“Se trata de productos financieros adquiridos a perpetuidad. Al igual que las

1 <http://www.cnmv.es/PortalInversor/section.aspx?hid=171> (consultada el 04/06/12 a las 12.13 h).

2 <http://laeconomiadelosconsumidores.adicae.net/index.php?articulo=334> (consultada el 04/06/12 a las 12.19 h).

acciones, otorgan derechos económicos ya que se obtiene parte de los dividendos de la entidad, se obtienen beneficios dados por la diferencia entre el precio de compra y el de venta –valorización– en el momento de vender y, también, derecho a comprar nuevas participaciones. Sin embargo se diferencian de las acciones en que no se puede participar ni votar en la asamblea general de accionistas, ni revisar los libros de la sociedad.

Las participaciones preferentes no tienen una fecha de vencimiento prefijada. Expiran cuando la entidad lo desea –si es que quiere que expiren–, una vez pasados cinco años de su adquisición aunque para que el contrato quede extinguido el Banco de España debe dar su visto bueno. Es decir, el cliente no sabe cuánto tiempo va a tener en su poder dichas participaciones ya que la entidad que las emite no tiene obligación de recomprar el capital en una fecha determinada.

Las participaciones preferentes se compran y venden en el mercado de renta fija AIAF en el que, como en todos los mercados, varían los precios. Su rentabilidad está ligada a los resultados de cada entidad y a su situación económica, lo que implica que hay una posibilidad de que los ahorradores se queden sin beneficios y que, a su vez, estas participaciones pierdan valor con el tiempo.”

Definición extraída del fundamento jurídico segundo de la sentencia de 3 de mayo de 2012, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, núm. 2, de Vic³:

“Son un producto financiero emitido por una sociedad [...], que no otorga derechos políticos a la sociedad como los que sí tienen los accionistas (participar y votar en las juntas de la sociedad), ofrece una retribución fija (por ello se nombra como un producto de renta fija), a pesar de que la obtención de esta retribución está condicionada a la obtención de beneficios por parte de aquella sociedad, y tiene una duración perpetua, a pesar de que el emisor puede reservarse el derecho a amortizarlas a partir de cinco años, y que el adquirente las puede vender a terceros en los mercados secundarios y al precio al que se coticen (que puede ser el mismo o no que el del capital que representan).

[...]

Así, necesariamente hay que concluir que las “participaciones preferentes” son un instrumento financiero de riesgo, puesto que, al margen de no asegurar el pago de retribuciones periódicas en tanto que éstas dependen de que haya beneficios, tampoco aseguran la recuperación del capital invertido en la compra de esas, dado que en caso de quiebra de la sociedad cobrarán antes con el patrimonio social los acreedores ordinarios [...].”

3 Definición extraída del fundamento jurídico segundo de la sentencia, que declara la nulidad de un contrato de participaciones preferentes y condena a la entidad bancaria a devolver al particular el importe que depositó en concepto de participaciones preferentes.

3. LAS ACTUACIONES LLEVADAS A CABO POR EL SÍNDIC

Además de atender y responder –tanto por escrito, como telefónicamente o de forma presencial– a las centenares de consultas recibidas, en el marco de la investigación abierta en la actuación de oficio 00610/2012 el Síndic ha recabado información de diferentes administraciones, organismos y entidades, como se indica a continuación:

- 31/01/12 El Síndic decidió el inicio de la actuación de oficio 00610/2012
- 03/02/12 El Síndic solicitó información sobre el asunto a los siguientes organismos y administraciones:
- Defensor del Pueblo de España
 - Agencia Catalana del Consumo
 - Secretaría de Economía y Finanzas (Departamento de Economía y Conocimiento)
 - Área de Atención a las Personas (Diputación de Barcelona),
 - Área de Economía, Empresa y Ocupación (Ayuntamiento de Barcelona)
 - Ayuntamientos de Badalona, Girona, L'Hospitalet de Llobregat, Lleida, Tarragona, Sitges, Sant Cugat del Vallès
 - Organización de Consumidores y Usuarios de Cataluña (OCUC)
 - Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros de Cataluña (ADICAE AICEG)
- 13/03/12 El Síndic solicitó información a la Comisión Nacional del Mercado de Valores.
- 14/05/12 El Síndic solicitó información al Defensor del Cliente de la Federación de Cajas Catalanas.

Asimismo, el Síndic solicitó información a las siguientes entidades:

- 10/05/12 BBVA, Santander, Bankia, Catalunya Caixa, Banc Sabadell, CaixaBank
- 22/05/12 Caixa Penedès
- 23/05/12 Unnim Banc, Caixa Laietana
- 11/06/12 BBK Bank Cajasur

4. EL CÓDIGO DE CONSUMO DE CATALUÑA Y LOS SERVICIOS FINANCIEROS

El Código de consumo de Cataluña, aprobado por la Ley 22/2010, del 20 de julio, señala, en el preámbulo, lo siguiente:

“La idea de consumo se relaciona con la actividad de comprar, pero el consumo es mucho más que una simple concreción en el contexto de la cadena de la actividad económica «producción, distribución, consumo». El consumo es una forma de relación entre las personas, es un medio de desarrollo en las sociedades avanzadas que se ha convertido en un aspecto clave de la economía y, en consecuencia, siempre será considerado como una clara manifestación de la autonomía de la voluntad. Por ello, en esta sociedad cada vez más globalizada, es preciso darse cuenta de que el consumo responde a creencias sociales, a motivaciones profundas y a la exteriorización de determinados estilos de vida que marcan y afectan a los sentimientos y autoestima de las personas, a una cierta idea de autorrealización y, en el fondo, a una determinada forma de vida.

Por ello, ha sido necesario desarrollar una normativa que tuviese en cuenta dos aspectos de la realidad: por una parte, la idea de la contratación en masa, que significa que hay múltiples posibilidades de comprar, pedir un préstamo o prestar un servicio, que aparecen mediatizadas y que están establecidas de modo uniforme, y, por otra, la existencia de una nueva tecnología que ha creado una categoría de expertos que ofrecen bienes y servicios a un conjunto de personas poco acostumbradas, las cuales están estimuladas a adquirir estos tipos de productos.

Hoy en día, el papel de la autonomía privada en la contratación se ve desvirtuado, dado que, a pesar de que se presuponía que esta autonomía estaba presidida por el principio de igualdad, la realidad demuestra que no es así. De hecho, se observa que las nuevas necesidades y los contratos de adhesión en masa casi la han erradicado.

De esta forma, se confirma que este presunto equilibrio entre las partes contratantes ha desaparecido, puesto que a una solo le queda la facultad de decidir, pero no las condiciones de la decisión, que son establecidas y fijadas por la otra. Con todo eso, se destaca con fuerza que la igualdad se ha convertido en desequilibrio. Por este motivo, las personas consumidoras necesitan, especialmente en los casos o situaciones de desigualdad efectiva, que se establezcan mecanismos de ayuda y protección a fin de proporcionarles una información y una formación claras para tomar decisiones”.

Por todo ello, no resulta extraño que el legislador haya incluido los servicios financieros y de seguros entre los servicios básicos, definidos como servicios de carácter esencial y necesarios para la vida cotidiana o que tienen un uso generalizado entre las personas consumidoras (artículo 251-2.c).

Además, el Código también remarca que las personas consumidoras tienen

derecho a la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales, a la protección jurídica, administrativa y técnica y a la información.

Esta protección se encarga, esencialmente, a la Agencia Catalana del Consumo (en adelante, ACC), que tiene asignadas todas las competencias que corresponden a la Generalitat en materia de consumo en virtud de la Constitución y el Estatuto de Autonomía, especialmente la información, la formación, la educación, el asesoramiento, la mediación, el arbitraje, la inspección y el control de la disciplina de mercado, la difusión, el fomento, las relaciones institucionales y la defensa de los derechos de las personas en el ámbito del consumo.

Además, el artículo 126-10 del Código de consumo de Cataluña establece que los servicios públicos de consumo (incluidas, por lo tanto, las oficinas comarcales y municipales de información al consumidor) pueden ejercer las funciones, entre otros, de recibir y tramitar las quejas y reclamaciones; de informar, orientar y asesorar a los consumidores sobre sus derechos y deberes y las formas de ejercerlos; de gestionar las reclamaciones y las denuncias; de fomentar el arbitraje y la mediación como medios de resolución de los conflictos de consumo; o hacer difusión de las organizaciones de consumidores y de colaborar con ellas.

El Síndic ha sido informado de las actuaciones llevadas a cabo tanto por la Agencia Catalana del Consumo como por diferentes oficinas municipales de información al consumidor en relación con las participaciones preferentes.

Por todo ello, parece adecuado sugerir una mayor especialización de su personal en materia financiera, especialmente compleja y cambiante. Para alcanzar esta especialización sería necesario formar adecuadamente al personal de la ACC, las OCICs y las OMICs en relación con los sectores bancarios y financieros y sus productos, de forma que puedan prestarse con plenitud las funciones de información y asesoramiento al consumidor que el ordenamiento les encomienda.

Una formación que no debe ser destinada únicamente a atender las posibles quejas que puedan recibirse por la comercialización bancaria de los productos. Esta formación debe servir también para hacer efectiva una actuación proactiva de la ACC, es decir, para que ésta pueda analizar si la comercialización e información que se está dando sobre determinados productos financieros es adecuada y suficiente (por ejemplo, a través de los folletos informativos de los productos financieros que bancos y entidades financieras están obligados a publicar).

La misión de la ACC es garantizar y proteger los derechos de las personas como consumidoras de productos y usuarias de servicios y, por lo tanto, le corresponde informar y formar a los consumidores sobre sus derechos y sus deberes en materia de consumo y la forma de ejercerlos. Eso implica, en consecuencia, que la ACC no puede limitarse a intervenir cuando la

irregularidad ya se ha cometido, sino que es preciso que intervenga preventivamente y de forma proactiva en la detección de posibles escenarios o situaciones susceptibles de colocar a los consumidores en situación de vulnerabilidad.

Finalmente, cabe hacer referencia a dos conceptos que el Código de consumo de Cataluña ha introducido de forma expresa en el ordenamiento jurídico catalán y que son especialmente relevantes a la hora de analizar el asunto de las participaciones preferentes en relación con los derechos de las personas: se trata de los conceptos de *consumidor medio* y de *colectivos especialmente protegidos*.

El concepto de *consumidor medio* tiene su origen en la jurisprudencia comunitaria europea y se refiere al consumidor que, de acuerdo con un criterio de diligencia ordinaria, debería estar normalmente informado y ser razonablemente cuidadoso en las relaciones de consumo, en función de los factores sociales, culturales y lingüísticos.

Por otra parte, los *colectivos especialmente protegidos* son aquellos que, por la concurrencia de determinadas características, son especialmente vulnerables en cuanto a las relaciones de consumo. En cualquier caso, la protección especial debe darse teniendo en cuenta a la persona consumidora media del colectivo en el que se integra la persona consumidora, a pesar de que, en particular, el Código de consumo de Cataluña determina que son colectivos especialmente protegidos los niños y adolescentes, los ancianos, las personas enfermas, las personas con discapacidades y cualquier otro colectivo en situación de inferioridad o de indefensión especial.

Ambas definiciones se recogen en el artículo 111-2 del Código de Consumo de Cataluña, a pesar de que debe ser la práctica administrativa diaria y las decisiones de los tribunales de justicia las que deberán concretarlas en cada caso concreto. En cualquier caso, estas definiciones legales permiten determinar cuál es la interpretación, idea o expectativa que el legislador considera que debe protegerse.

De la praxis en la comercialización de las participaciones preferentes, y por las quejas recibidas en esta institución, puede apreciarse que, en ocasiones, éstas fueron vendidas a personas jubiladas y sin conocimientos suficientes, personas a las que el Código de consumo de Cataluña considera especialmente vulnerables. A la vista de esta experiencia cabría la necesidad plantear cómo la ACC garantiza, de forma proactiva, los derechos de estas personas reconocidos en el citado Código de consumo.

5. CONCLUSIONES: RECOMENDACIONES Y SUGERENCIAS

Eliminación de las malas prácticas comerciales

Los bancos y entidades financieras deben implicarse activamente al eliminar las malas prácticas en la comercialización de sus productos. Además de las garantías jurídicas y el cumplimiento de los requisitos legales, debe tenerse presente la dimensión ética, ya que detrás de cada operación comercial está no sólo un cliente y una oportunidad de venta, sino una persona cuyos derechos deben ser respetados.

En el caso de las participaciones preferentes, se han conocido casos en los que no se han hecho o se han ignorado los tests que debían determinar si los conocimientos financieros del cliente se adaptaban a las características del producto (normativa MiFID). De hecho, son varios los tribunales de justicia que se han pronunciado en los últimos meses en el sentido de devolver el dinero invertido en participaciones preferentes en el caso de clientes que no recibieron las explicaciones y la información pertinente por parte del personal del banco o entidad financiera que las comercializaba.

En esencia, es necesario impulsar un “cambio cultural” tanto en los bancos y entidades financieras como en los consumidores como la forma más efectiva de luchar contra las malas prácticas.

A los consumidores se les debe entregar información detallada y completa

En consonancia con el punto anterior, los bancos y entidades financieras deben facilitar información detallada, completa y comprensible a los consumidores sobre los productos que ofrecen, especialmente si se trata de colectivos especialmente protegidos por el Código de consumo de Cataluña. La inmensa mayoría de los clientes de la banca no es experta en finanzas, por lo que explicar la bondad de los productos en lenguaje financiero puede ser jurídicamente correcto, pero éticamente tramposo. Por este motivo:

- 1) Es fundamental que los consumidores que contraten productos financieros tengan, con anterioridad a la formalización del contrato, un conocimiento pleno del producto que van a suscribir, de sus características, del riesgo de la inversión y de si está o no cubierto por algún fondo de garantía.
- 2) Los bancos y entidades financieras deben asegurarse que en los procesos de comercialización de sus productos el consumidor recibe una información veraz sobre la verdadera naturaleza del producto y que, a su vez, el consumidor ha sido advertido de forma fehaciente de los riesgos que comporta su adquisición.

3) Es necesario implementar un sistema fácil de identificación gráfica de los productos financieros que permita visualizar su riesgo a primera vista a los consumidores menos expertos en finanzas.

En este sentido, esta institución suscribe la recomendación del Defensor del Pueblo a la CNMV que solicita que *“se promuevan actuaciones eficaces de información dirigidas a los usuarios financieros para que, antes de formalizar cualquier contrato de productos de inversión, tengan conocimiento pleno de qué producto se está contratando, del riesgo de la inversión, y si están cubiertos por alguno de los fondos de garantía”*.

Código de buenas prácticas en la comercialización de productos financieros y de ahorro

Las administraciones y organismos supervisores deben valorar la conveniencia de aprobar un código de buenas prácticas en la comercialización de productos financieros y de ahorro.

El modelo giraría en torno a la elaboración de un código de buenas prácticas al cual, voluntariamente, deben poderse adherir los bancos y entidades de crédito y financieras. El seguimiento del Código debería ser supervisado por una comisión de control integrada por representantes de la administración y del sector bancario y financiero.

De esta forma, se facilitaría y se promovería la implicación del sector bancario y financiero en el esfuerzo requerido para aliviar la difícil situación económica y social de muchas familias. La adopción de una medida de este tipo parece adecuada para proteger a las personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad en el contexto económico generado por la crisis. Los efectos del desempleo sobre las familias españolas y su situación social han generado un deterioro de sus ahorros que aconseja la intervención pública.

Es conveniente que los organismos supervisores proporcionen anualmente un listado o una clasificación clara y pública de qué bancos y entidades financieras han suscrito el código de buenas prácticas y el grado en el que se han ajustado al mismo. De esta forma, los ciudadanos podrían conocer qué bancos y entidades financieras son más o menos respetuosas con los derechos de sus clientes, es decir, con los derechos de los consumidores.

Profundizar en el control de la comercialización de los productos por parte de los organismos supervisores

Las administraciones y organismos supervisores deben profundizar en el control que realizan sobre los bancos y entidades financieras en cuanto a la información y comercialización de sus productos, especialmente en todo

aquello que va dirigido a un público minorista. Su control debe incluir no sólo los aspectos legales, sino que también debe tener presentes las características del público a quien se dirige el producto. En coherencia con las propuestas anteriores, este control debe contemplar también aspectos éticos y de buenas prácticas.

No puede ignorarse que la relación con los clientes es uno de los elementos que integran la responsabilidad corporativa de las empresas y, en este sentido, alcanzar la excelencia en el servicio es un reto responsable de muchos bancos y entidades financieras, que lo consideran un elemento clave que siempre ha formado parte de su identidad. De acuerdo con ello, todas las actuaciones empresariales deberían tener por finalidad dar respuesta a las necesidades de los clientes con el objetivo de la mejora continua de la calidad del servicio, es decir, la satisfacción de las expectativas de los clientes.

Especialización de la Agencia Catalana del Consumo en el sector bancario y financiero

La situación provocada por las participaciones preferentes debe servir para solicitar que los organismos públicos competentes para la defensa de los derechos de los consumidores (Agencia Catalana de Consumo, oficinas comarcales y municipales de información al consumidor) realicen un esfuerzo de especialización y adopten las medidas adecuadas para disponer de personal formado en el sector bancario/financiero y sus productos.

La creciente complejidad e internacionalización de los productos, sumadas a la velocidad con que los bancos y las entidades financieras proponen nuevos productos a sus clientes, hacen necesario que las administraciones públicas que se encargan de la defensa de los derechos de los consumidores cuenten con personal cualificado en la materia. De otra forma se hace difícil garantizar plenamente la profesionalidad de los servicios públicos en sus funciones de información y asesoramiento, así como de mediación o arbitraje.

La garantía de los derechos de las personas como consumidoras de productos y usuarias de servicios y, por lo tanto, la información y formación de los consumidores sobre sus derechos y sus deberes en materia de consumo y la forma de ejercerlos, es una función que el legislador encarga a la ACC.

Por ello, la ACC no puede limitarse a intervenir a posteriori –es decir, cuando la irregularidad ya se ha cometido– sino que es preciso que ésta adopte mecanismos que le permitan intervenir con anterioridad, esto es, preventivamente y de forma proactiva en la detección de aquellos escenarios o situaciones que son susceptibles de colocar a los consumidores en situación de riesgo en cuanto a la garantía de sus derechos, y más cuando pueden verse afectadas personas a los que el Código de consumo de Cataluña incluye dentro de los colectivos especialmente protegidos.

Servicios de defensa del cliente independientes y proactivos

Para mejor seguridad de los clientes, hay que promover servicios de defensa del cliente en los bancos y entidades financieras. Estos servicios deben ser libres e independientes en el ejercicio de sus funciones. También deben ser de fácil acceso para los clientes y tramitar los asuntos que éstos les presenten en un plazo razonable de tiempo.

En este sentido, los servicios de defensa del cliente no deben estar insertados en la organización, hay que incluir sus recomendaciones en las memorias anuales y en las páginas web de las empresas (bancos y entidades financieras) y deben informar anualmente de sus actuaciones al consejo directivo u órgano asimilado.

Sistema arbitral gratuito para los casos flagrantes

Es necesario establecer un sistema gratuito para el ciudadano que permita resolver por la vía del arbitraje los casos individuales más flagrantes de irregularidad en la comercialización de las participaciones preferentes, como los casos de personas de edad avanzada con nulos conocimientos financieros o de personas con discapacidad. En estos casos, y si como resultado del procedimiento arbitral se concluye que ha existido vulneración de los derechos de las personas, es necesario que se proceda a la devolución íntegra de las cantidades invertidas en las participaciones preferentes a las personas afectadas.

En este sentido, esta institución suscribe la recomendación del Defensor del Pueblo de crear un mecanismo de reclamación extrajudicial en los términos siguientes: *“Los clientes deben acudir a la justicia como única vía para obtener protección, cuando ésta es lenta y costosa, por lo que sería conveniente que la CNMV dispusiera de mayores competencias para proteger a los inversores o que subsidiariamente creara algún mecanismo de reclamación extrajudicial efectivo, en sede administrativa, cuya finalidad sea la resolución de conflictos para evitar la vía judicial.”*

6. UN APUNTE PARA REFLEXIONAR: ¿PRESTAN LOS BANCOS SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL?

La economía europea en general, y española en particular, atraviesa una difícil coyuntura y los problemas a los cuales se enfrentan las finanzas públicas y el sistema bancario centran la atención de inversores, analistas y responsables políticos, a nivel nacional, estatal e internacional.

En este sentido, los tres pilares sobre los que se está intentando dar respuesta a la situación económica actual son 1) un proceso de consolidación fiscal y ahorro público ambicioso; 2) la puesta en marcha de un conjunto de reformas que mejoren la eficiencia y la competencia en los sectores menos expuestos a la misma; y 3) el saneamiento y reforma del sistema bancario y de su regulación.

En España, las primeras medidas de saneamiento del sistema bancario se adoptaron en octubre de 2008, ya que se creó el Fondo de Adquisición de Activos Financieros y se aprobó un mecanismo de avales públicos, para facilitar nuevas emisiones de títulos bancarios. También en 2008 se elevó a 100.000 euros la cobertura de los depósitos garantizados para bancos, cajas y cooperativas, al igual que se hizo en aquellos días en otros países europeos.

En 2009, ante el grave problema de solvencia de algunas entidades financieras, consecuencia de una más que cuestionable y no bien ponderada gestión, se creó el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) para permitir el apoyo público a las necesarias integraciones entre entidades de crédito, para evitar su quiebra.

En 2010 y 2011 continuaron las medidas de apoyo público a las entidades de crédito, mediante un nuevo sistema de ayudas que abrió la puerta a la entrada del FROB como accionista en el capital de las entidades. En octubre de 2011 también se unificaron los tres fondos de garantía de depósitos de bancos, cajas y cooperativas, a la vez que se previó la posibilidad de que este nuevo fondo participase en la financiación de las operaciones de reestructuración gestionadas por el FROB.

Y, siguiendo este camino, este año 2012 también se han aprobado medidas que, en esencia, tratan de evitar el colapso del sistema bancario a través del apoyo público a determinadas entidades. Un ejemplo reciente es la previsión del Gobierno del Estado de constituir antes del fin del 2012 una sociedad gestora que asumirá los activos inmobiliarios más dañados de la banca para sanearla. Esta sociedad –que recibiría el nombre de Sareb– tiene como objetivo la venta de los inmuebles de las entidades bancarias “rescatadas” en un plazo de 10 a 15 años, por lo que esta sociedad contará con una participación del

Estado máxima del 50%, mientras que el resto de acciones se colocará entre inversores privados.

En resumen, puede constatarse como la administración –a través de uno u otro mecanismo– ha intervenido decisiva y profundamente en el saneamiento del sistema financiero, al cual se ha destinado una cantidad ingente de recursos públicos, para evitar su quiebra. El hecho de que los bancos se hayan convertido en un elemento esencial e imprescindible para el sostenimiento de la economía ha sido el argumento fundamental para defender esta forma de actuar.

Cuando la administración se involucra en un sector esencial del sistema económico, al que ayuda, auxilia y apoya con numerosos recursos públicos (surgidos de los impuestos que pagan todos los ciudadanos y que al destinarlos al saneamiento del sector financiero se detraen de otras necesidades), no parecería lógico poner barreras al control de las entidades financieras por la propia administración, y a una posible supervisión de los ombudsmen, como supervisor de las empresas privadas que prestan servicios de interés general, con la excusa del carácter privado de los bancos y entidades financieras.

El Código de consumo de Catalunya incluye los servicios financieros y de seguros entre los servicios básicos, definidos como servicios de carácter esencial y necesarios para la vida cotidiana o que tienen un uso generalizado entre las personas consumidoras. Cobrar la nómina, ingresar la pensión, abonar una compra con tarjeta de crédito, pagar los tributos, recibir ayudas públicas o realizar una compra por Internet son acciones cotidianas que hacen muchos ciudadanos, acciones que, a fin de cuentas, prestan los bancos y las entidades financieras.

En el Código de consumo de Cataluña el legislador da un paso adelante al considerar que los servicios financieros y de seguros son unos servicios básicos, esenciales y necesarios para la vida cotidiana. El Estatuto de Autonomía de Catalunya y la Ley 24/2009, de 23 de diciembre, reguladora de esta institución, ya habilitan al Síndic a supervisar empresas privadas que prestan servicios de interés general (agua, luz, gas, telefonía, transporte). Por ello, sería conveniente plantear la extensión de estas potestades a los bancos, pues los servicios que prestan –sean más o menos complejos– abarcan prácticamente a la totalidad de la población.