

EL INVERSOR DEL SIGLO XXI Y LOS RETOS DEL DEFENSOR DEL CLIENTE

*INVESTOR OF THE TWENTY-FIRST CENTURY AND THE CHALLENGES OF THE
INVESTOR'S OMBUDSMAN*

ANA ISABEL BLANCO GARCÍA

Ayudante Doctor de Derecho Procesal de la Universitat de València

A.Isabel.Blanco@uv.es

RESUMEN: El presente artículo parte de las deficiencias propias del sistema jurídico de protección del consumidor inversor para analizar una vía propia del sector financiero para tutelar los derechos e intereses del mismo mediante la resolución de las reclamaciones formuladas contra las instituciones de inversión. Así pues, tras la identificación de las falencias de la normativa MiFID II se expone y detalla el procedimiento de tramitación y resolución de quejas y reclamaciones ante el Defensor del Cliente, en este caso, ante la Oficina de Atención al Inversor de la CNMV.

PALABRAS CLAVE: inversor; resolución de conflictos; derecho de información; defensor del inversor.

ABSTRACT: This paper begins with the lacks and weaknesses of the investor protection system to analyse later the specialized financial procedure to defend investor's rights and interests through the resolution of the complaints filed against investment institutions. Therefore, once MiFID II failures identified, this paper explains the complaint-handling procedure by the financial ombudsman, in this case, by the Investor Assistance Office of the CNMV.

KEY WORDS: investor; conflict management; informative right; investor's ombudsman.

FECHA DE ENTREGA: 02/07/2017/FECHA DE ACEPTACIÓN: 30/07/2017.

SUMARIO: I. EL NUEVO SISTEMA JURÍDICO DE PROTECCIÓN DEL INVERSOR.- II. CARENCIAS DEL SISTEMA JURÍDICO DE PROTECCIÓN DEL INVERSOR.- III. LA NORMATIVA MIFID II Y EL MARCO PROTECTOR.- 1. Tipos de inversor.- 2. Solicitud de información según el tipo de inversor.- 3. Entrega de información al inversor.- IV. EL DEFENSOR DEL INVERSOR COMO FIGURA DE PROTECCIÓN.- 1. Procedimiento: sistema de “doble escalón”.- 2. Ámbito de actuación.- 3. Plazos legales.- 4. Resolución: naturaleza de recomendación.- V. EN CONCLUSIÓN: ¿RESULTA EFICIENTE EL SISTEMA?

I. EL NUEVO SISTEMA JURÍDICO DE PROTECCIÓN DEL INVERSOR.

La protección del consumidor se ha convertido en uno de los objetivos y pilares básicos y fundamentales de la actualidad jurídica, especialmente tras los escándalos provocados por la mala praxis de los bancos con la comercialización de productos híbridos que han llegado a denominarse tóxicos como las participaciones preferentes.

Pero la obligación de tutelar los derechos e intereses económicos de los consumidores no es nueva, pues deviene del mandato constitucional del artículo 51 de la Constitución Española, recogido en el artículo 12 de la originaria Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984¹, posteriormente incorporada en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias² (TRLGDCU), entendiéndose que el consumidor inversor también debía quedar amparado por este marco jurídico. Ahora bien, el ámbito financiero y, especialmente el sector de la inversión resulta merecedor de una normativa aplicada más tuitiva del inversor.

Así es, la defensa del inversor se ha convertido en uno de los ejes cardinales para garantizar la eficiencia de los mercados financieros y, a su vez, se encuentra íntimamente conectada con la accesibilidad a la información. Por ello se ha instaurado en el ámbito de la inversión un sistema conocido como “transparencia informativa” o “full disclosure”³, que busca garantizar la seguridad de la contratación, así como la confianza de los inversores en las instituciones mediante el acceso a información completa, homogénea y veraz, elaborada por las entidades emisoras de productos financieros.

¹ B.O.E. núm. 176, de 24/07/1984.

² B.O.E. núm. 287, de 30/11/2007.

³ MIR FERNÁNDEZ, C.: “Innovación financiera, transparencia y asimetría informativa”, *Cuaderno de Economía*, núm. 2, 2007, pp. 51-61; BERTRÁN, L., RÍOS ESTRELLA, M.: “Las obligaciones de información sobre hechos relevantes y sobre transacciones con personas vinculadas en el proyecto de ley financiera”, *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, núm. 3, 2002, pp. 44-45.

II. CARENCIAS DEL SISTEMA JURÍDICO DE PROTECCIÓN DEL INVERSOR.

En este sentido, el propio Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores⁴ recoge en su artículo 17.2 la obligación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de velar “*por la transparencia de los mercados de valores, la correcta formación de los precios en los mismos y la protección de los inversores, promoviendo la difusión de cuanta información sea necesaria para asegurar la consecución de esos fines*”, y considera esta transparencia informativa una pieza clave para elaborar el marco jurídico de protección del inversor que favorezca, en consecuencia, la eficiencia del mercado.

No obstante, este sistema informativo es asimétrico, pues las entidades y los consumidores inversores no se encuentran en la misma posición para contratar, además de que la complejidad de los productos es directamente proporcional a la asimetría informativa, siendo una realidad constatada que esta conducta exigible a las entidades financieras no siempre es correctamente ejecutada⁵ -swaps, participaciones preferentes, subordinadas, etc.-, lo que hace necesario complementar esta normativa sobre transparencia con procedimientos sancionadores y de resolución de conflictos o reclamaciones formuladas por los inversores. A tal fin, la Oficina de Atención al Inversor de la CNMV desempeña un papel fundamental en la protección de los derechos e intereses de los inversores mediante la resolución de las quejas y reclamaciones formuladas por éstos.

En suma, como acertadamente señala FERNÁNDEZ DE ARAOZ⁶, una de las carencias de nuestro sistema de protección del inversor es la limitación de la transparencia informativa no solo por la asimetría *supra* expuesta, sino también por la falta de cultura financiera de los consumidores. Esta ausencia de educación financiera es pieza clave para entender la segunda de las carencias, pues a los sesgos propios del mercado se le añade éste, que obstaculiza la adquisición de productos o servicios de forma racional y, por ende, no viciada. Recuértese como ejemplo claro de esta falencia del sistema que la causa de invalidez de la contratación de participaciones preferentes ha sido precisamente la existencia de vicios en el consentimiento⁷.

Estas carencias, sin embargo, se tratan de suplir a través de políticas de educación financiera, tanto a nivel de las instituciones financieras públicas tales como el Banco de España o la propia CNMV, como a nivel de las entidades de crédito mediante el desarrollo de programas de educación y concienciación financiera, con el propósito no solamente de proporcionar unos conocimientos mínimos acerca del sector y los

⁴ Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores. (BOE núm. 255, de 24/10/2015).

⁵ VALPUESTA GASTAMINZA, E.: “Incumplimiento de la normativa comunitaria MiFID en cuanto a los deberes de información y evaluación del cliente: consecuencias en el ámbito contractual según la jurisprudencia española”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, núm. 1, 2016, pp. 271-299.

⁶ FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A.: “Repensar la protección del inversor: bases para un nuevo régimen de la contratación mobiliaria”, *Diario La Ley*, núm. 8549, Sección Doctrina, 2015.

⁷ A título de ejemplo, SSTs 21 febrero 2017 (ROJ 2017, 642); 17 febrero 2017 (ROJ 2017, 579) y 15 febrero 2017 (ROJ 2017, 546).

productos y servicios básicos, sino también con el ánimo de concienciar sobre un consumo de productos financieros responsable.

III. LA NORMATIVA MiFID II Y EL MARCO PROTECTOR.

La Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, conocida como normativa MiFID, tenía como objetivo primordial la protección del inversor minorista, siendo sus principales ejes la ampliación de los servicios e instrumentos financieros regulados, el incremento de la protección del cliente (exigencia de información y conocimiento del cliente) y los mayores requisitos y exigencias para la autorización y operativa de las empresas de inversión.

Esta normativa fue posteriormente sustituida por la conocida como “Normativa MiFID II”, recogida en la Directiva 2014/65/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros⁸ y complementada por el Reglamento (UE) núm. 600/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo, relativo a los mercados de instrumentos financieros (MiFIR)⁹; el Reglamento (UE) núm. 596/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril, sobre el abuso de mercado y la Directiva 2014/57/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado¹⁰.

Esta normativa MiFID II resulta aplicable a los productos financieros: acciones, valores de renta fija, fondos de inversión y los derivados, pero no a productos bancarios (depósitos, préstamos...), ni tampoco a seguros.

MiFID II pretende una mayor convergencia en la regulación y supervisión, así como, en lo que respecta a la protección del inversor, exige una mayor obligación de proporcionar información sobre productos especialmente diseñados para ellos, ejecución de órdenes, entre otros aspectos. Por tanto, esta normativa trata de reforzar tres principios fundamentales en la actividad financiera: actuar de forma honesta, imparcial y profesional; proporcionar información imparcial, clara y no engañosa a sus clientes y prestar servicios y ofrecer productos teniendo en cuenta las circunstancias personales de los clientes. Ahondaremos sobre estos aspectos en los siguientes apartados.

En el ordenamiento jurídico español, esta normativa europea fue transpuesta mediante el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores (TRLMV), asentada también sobre los pilares de la nueva normativa MiFID, que establece una serie de conductas que vienen a garantizar una tutela preventiva de posibles conductas

⁸ D.O.U.E. OJ L 173/349, de 12/06/2014.

⁹ D.O.U.E. OJ L 173/84, de 12/06/2014.

¹⁰ D.O.U.E. OJ L 173/1, de 12/06/2014.

ilícitas, errores en el consentimiento y perjuicios económicos, entre otros. En este sentido, encontramos nuevas obligaciones de las entidades de recogida y entrega de información desde una etapa temprana del proceso de contratación.

Precisamente, es necesario que las entidades, en una fase precontractual, determinen el perfil del inversor para posteriormente solicitarle la información necesaria para desempeñar su labor de asesoramiento o gestión de cartera en función de sus necesidades e intereses, así como hacerle entrega de la información relativa a los productos y riesgos derivados. Todo ello con el propósito de que el cliente inversor emita un consentimiento razonado y fundado, pero sobre todo ajustado a sus intereses.

Asimismo, en una fase contractual y postcontractual se establece la prioridad de gestionar de forma eficaz las órdenes de los clientes y de custodiar las inversiones de los mismos, así como se mantiene la obligación de las entidades de informar al consumidor sobre la evolución de sus inversiones, pues deviene esencial que la transparencia y el derecho a ser informado se respete durante toda la vigencia del contrato.

No obstante, aun cuando consideramos que todas las obligaciones son fundamentales para garantizar una tutela eficaz del consumidor inversor, nos centraremos en aquellas estipuladas para la fase precontractual, pues son las que han marcado un hito en la forma de comercializar productos financieros.

1. Tipo de inversor según el riesgo.

El propio TRLMV diferencia entre dos clases de inversores: el inversor minorista y el profesional (artículo 203), entendiéndose como inversor profesional aquel con experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos (artículo 205).

De esta definición se infiere que la diferencia entre inversor minorista e inversor profesional refiere de la capacidad para realizar una adquisición razonada, pues disponen de los conocimientos necesarios para comprender el mercado, así como las características y riesgos de los productos o servicios de inversión. En efecto, por regla general son clientes profesionales las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión, las entidades aseguradoras o reaseguradoras, las instituciones de inversión colectiva y sus sociedades gestoras, las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, los fondos de pensiones y sus sociedades gestoras, los fondos de titulización y sus sociedades gestoras, así como también los Estados y Administraciones regionales, los organismos públicos que gestionen la deuda pública, los bancos centrales y organismos internacionales y

supranacionales, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Central Europeo, el Banco Europeo de Inversiones y otros de naturaleza similar. Asimismo, de acuerdo con el artículo 205.c) del TRLMV, un empresario podrá ser considerado como profesional si cumple con dos de los requisitos siguientes: el total de las partidas del activo sea igual o superior a 20 millones de euros; el importe de su cifra anual de negocios sea igual o superior a 40 millones de euros o, sus recursos propios sean iguales o superiores a 2 millones de euros.

Ahora bien, la norma no impide que un inversor particular pueda ser clasificado como inversor profesional. Así es, previa solicitud a su entidad pasará de ser cliente minorista a profesional si cumple al menos dos de las condiciones previstas en el artículo 206 relativas a la frecuencia y volumen de sus operaciones y a su experiencia profesional en los mercados:

“a) que el cliente ha realizado operaciones de volumen significativo en el mercado de valores, con una frecuencia media de más de diez por trimestre durante los cuatro trimestres anteriores, b) que el valor del efectivo y de los valores depositados sea superior a 500.000 euros, o c) que el cliente ocupe, o haya ocupado durante al menos un año, un cargo profesional en el sector financiero que requiera conocimientos sobre las operaciones o servicios previstos”.

A nuestro parecer resulta lógica la exigencia de una solicitud a instancia del cliente, pues precisamente por esa capacidad de comprensión y cultura financiera el cliente profesional recibe un menor grado de protección que el inversor minorista.

Por otro lado, encontramos una segunda tipología de inversor en función de su perfil de riesgo, esto es, de su “apetito por el riesgo”¹¹, que no es sino el nivel de riesgo que el cliente desea asumir en la adquisición de un determinado producto o servicio. En ello también influye el grado de tolerancia al riesgo, que es la variación de las expectativas de riesgo, también asumibles por el consumidor inversor. Así pues, siguiendo este criterio encontramos tres tipos de inversor según su mayor o menor apetito por el riesgo: inversor agresivo, inversor moderado e inversor conservador, buscando el primero productos con una rentabilidad altamente volátil e incluso de naturaleza compleja, mientras que el conservador prefiere productos de renta fija o de bajo nivel de riesgo.

2. Solicitud de información según el tipo de inversor.

Prácticamente la mayoría de los inversores particulares desconocen cuál es su perfil o incluso, aun sabiéndolo, tienen dudas sobre qué producto es el adecuado para la inversión que desean realizar. Por ello debe ser la entidad quien solicite la información necesaria para concretar qué producto es el más adecuado en cada caso.

¹¹ GASPARINI, M.: “Apetito de riesgo”, *Revista CADE: profesionales y empresas*, núm. 11, 2011, pp. 15-18.

Realmente, y por increíble que parezca, esta obligación de recogida de información ha supuesto el mayor avance en la protección del consumidor inversor, convirtiéndose en el cauce idóneo para evitar vicios o error en el consentimiento.

Esta solicitud de información consiste básicamente en la realización de dos test en función de la actividad desarrollada por la entidad. Por un lado, cuando se trata de compra-venta de productos financieros complejos y no complejos, la entidad debe asegurarse de obtener toda la información para determinar si el producto es adecuado a las necesidades y expectativas del consumidor inversor mediante el llamado “test de conveniencia”, regulado en el artículo 214 del TRLMV, averiguando el conocimiento y la experiencia del cliente sobre los tipos de productos y servicios con los que está familiarizado; la naturaleza, frecuencia y volumen de operaciones y, finalmente, sobre el nivel de estudios y profesión. En caso de que la entidad no pueda completar el informe por silencio u omisión del cliente, le manifestará expresamente y dejará constancia de esta circunstancia, advirtiéndole al inversor que no puede determinar correctamente el producto o servicio acorde con su perfil. Esta constancia sirve para reflejar la actuación conforme a criterios de lealtad y buena fe de la entidad para con su cliente.

Asimismo, en su apartado número 5 incorpora una previsión a realizar por el cliente, pues *“En caso de que el servicio de inversión se preste en relación con un instrumento complejo según lo establecido en el artículo 217, se exigirá que el documento contractual incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que el inversor manifieste que ha sido advertido de que el producto no le resulta conveniente o de que no ha sido posible evaluarle en los términos de este artículo”*. De esta forma la entidad garantiza que el cliente es consciente de que el producto que ha adquirido podría no cumplir con sus expectativas de enriquecimiento por no resultar idóneo a sus características y circunstancias.

Por otro lado, cuando la entidad desempeñe actividades de asesoramiento de inversiones o de gestión de carteras, deberá completar el conocido como “test de idoneidad”, contemplado en el artículo 213 del TRLMV, con el propósito de asegurar que las recomendaciones personalizadas son las adecuadas para el inversor. Para ello deberá partir de la información obtenida a través del test de conveniencia, para proseguir con el bloque de cuestiones relativo a la situación financiera del cliente, donde tratará de obtener datos sobre la fuente y nivel de ingresos, sobre los gastos y pagos regulares y del patrimonio. Finalizará el test con el bloque de preguntas sobre los objetivos del inversor, determinando aspectos tales como la duración prevista para la inversión, el perfil y el apetito por el riesgo y la finalidad de la inversión.

A la vista del contenido de estos test podemos concluir que la labor de recopilación de información era necesaria para una tutela preventiva de los consumidores inversores que, a buen seguro, hubiera evitado la vulneración de los derechos e

intereses económicos de los preferentistas, por ejemplo, que, a su vez, hubiera contribuido al mejor funcionamiento del mercado. Por ello, la correcta determinación del perfil del inversor sobre su apetito por el riesgo y finalidad de la inversión, así como de las circunstancias personales y económicas vienen a suplir las carencias del sistema financiero relativas a la falta de competencias para realizar una adquisición razonada y fundada.

3. Entrega de información al inversor.

La normativa establece que la información proporcionada por las entidades sobre los productos, servicios, costes y términos contractuales ha de ser “*imparcial, clara y no engañosa*” de acuerdo con el artículo 209 del TRLMV donde, además, se establecen otros deberes de información relativos a instrumentos financieros y las estrategias de inversión, a los centros de ejecución de órdenes y los gastos y costes asociados, pudiendo facilitarse toda esta información en un formato normalizado. De hecho, en el propio sitio web de la CNMV encontramos un apartado dedicado a “Guías del inversor”¹², donde el consumidor puede encontrar información sobre órdenes de valores, fondos cotizados, opciones y futuros, productos de renta fija, empresa de servicios de inversión, fondos de inversión e inversión colectiva, entre otros.

Todo ello con la finalidad de que el consumidor inversor, incluso el potencial, emita una decisión fundada mediante la búsqueda de la equidad y la eficiencia en las relaciones contractuales en el ámbito de la inversión.

IV. EL DEFENSOR DEL INVERSOR COMO FIGURA DE PROTECCIÓN.

1. Procedimiento: sistema de “Doble Escalón”.

Tras la crisis económica, los usuarios financieros han manifestado una mayor preferencia por este tipo de sistemas de resolución extrajudicial de conflictos donde, antes de acudir a un juez, optan por solicitar la ayuda de un tercero imparcial, pero a la vez experto en esta compleja materia, para obtener una solución más adecuada¹³. Especialmente se debe a las ventajas que ofrece este procedimiento en términos de celeridad, agilidad y economicidad (son gratuitos) con respecto a la vía judicial, a la par que brindan la oportunidad de acceder a esa justicia tan deseada respecto de asuntos que, en muchas ocasiones por su escasa importancia, no serían planteados ante los tribunales ordinarios.

¹² <http://www.cnmv.es/Portal/Publicaciones/Guias.aspx>, visitado el día 30 de junio de 2017.

¹³ A favor, véanse, PETRAUSKAS, F., GASIUNAITÉ, A.: “Alternative Dispute Resolution in the field of consumer financial services”, *Jurisprudencia*, vol. 19, núm. 1, 2012, pp. 179-194 y BLANCO CARRASCO, M.: “La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. XLII, 2009, p. 131.

La Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, del Ministerio de Economía, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras¹⁴, en su artículo 4 establece la estructura organizativa para la tramitación de las quejas y reclamaciones, señalando que “*Las entidades deberán disponer de un departamento o servicio especializado de atención al cliente, que tenga por objeto atender y resolver las quejas y reclamaciones que presenten sus clientes. Las entidades que formen parte del mismo grupo económico podrán disponer de un departamento o servicio de atención al cliente único para todo el grupo (...).* 2. *Las entidades podrán designar un defensor del cliente, al que corresponderá atender y resolver los tipos de reclamaciones que se sometan a su decisión en el marco de lo que disponga el reglamento de funcionamiento a que se refiere el artículo 8 de la presente Orden, así como promover el cumplimiento de la normativa de transparencia y protección de la clientela y de las buenas prácticas y usos financieros*”.

Por su parte, la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones¹⁵, desarrolla la previsión del artículo 30.3 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero¹⁶, estableciendo el procedimiento aplicable a la presentación de consultas, quejas y reclamaciones relativas a cualquiera de las tres aéreas reguladas (banca, seguros e inversión). Así las cosas, establece tres órganos para tramitar y gestionar las quejas y reclamaciones formuladas por los consumidores, el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España para el área de banca, el Servicio de Reclamaciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones para el área de seguros y la Oficina de Atención al Inversor de la CNMV para las inversiones y operaciones financieras.

Esta normativa viene complementada por la Circular 7/2013, de 25 de septiembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores¹⁷, por la que se regula el procedimiento de resolución de reclamaciones y quejas contra empresas que prestan servicios de inversión y de atención a consultas en el ámbito del mercado de valores. Finalmente, también el artículo 48 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva¹⁸ extiende esta obligación a las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva, de forma que, con independencia de la entidad con la que se contrate el producto bursátil o financiero elegido, el consumidor inversor contará con el mismo nivel de protección o, al menos, con los mismos cauces de reclamación.

En consecuencia, siguiendo a MARIMÓN, disponemos de un “sistema de doble escalón [...]”: los *Ombudsmen* designados por las entidades de crédito a título individual o colectivo y un defensor público, habilitado por el Estado e integrado en

¹⁴ B.O.E. núm. 72, de 24/03/2004.

¹⁵ B.O.E. núm. 281, de 22/11/2012.

¹⁶ B.O.E. núm. 281, de 23/11/2002.

¹⁷ B.O.E. núm. 262, de 1/11/2013.

¹⁸ B.O.E. núm. 265, de 05/11/2003.

la estructura organizativa del Banco de España”¹⁹. Efectivamente, la Orden ECO/734/2004 establece el deber de las entidades de crédito de disponer de un departamento o servicio especializado de atención al cliente, que tenga por objeto atender y resolver las quejas y reclamaciones que presenten sus clientes, que será único en caso de que tales entidades conformen un mismo grupo económico. En caso de que esta primera instancia no diese resultado, el artículo 7 de la Orden ECC/2502/2012, establece la necesidad de haber planteado previamente la reclamación o queja ante el departamento o servicio de atención al cliente o, en su caso, al defensor del cliente o partícipe.

Por tanto, estamos ante dos variantes de *Ombudsmen*. Por un lado, los que se instituyen por las propias entidades financieras –el Servicio de Atención al Cliente y, en el sistema español, también el Defensor del Cliente–, que tienen aún poca presencia en la práctica conflictual bancaria y el podríamos decir verdadero *Ombudsman*, común a todas las entidades de inversión, la Oficina de Atención al Inversor²⁰ pero que está integrado –aunque se promulgue su independencia– dentro de la estructura de la Autoridad Supervisora, la CNMV²¹.

2. Ámbito de actuación.

A este procedimiento podrán acudir aquellas personas físicas o jurídicas, debidamente identificadas y acreditadas, en su condición de usuarios de servicios bancarios y siempre que la reclamación, queja o consulta se refiera a sus derechos legalmente reconocidos, ya deriven de la normativa de transparencia y protección de la clientela o de las buenas prácticas y usos bancarios. Por tanto, no encontramos grandes restricciones para poder reclamar ante estos organismos.

Además de las personas físicas o jurídicas, nuestro ordenamiento hace expresa mención a la legitimación activa de las asociaciones y organizaciones representativas de legítimos intereses colectivos de los usuarios de servicios bancarios, siempre que afecten a un determinado cliente. Sin embargo, estas asociaciones quedarán legitimadas en aquellos casos en los que actúen en defensa de intereses colectivos, siempre y cuando éstos resulten afectados y tales asociaciones estén legalmente habilitadas para su defensa y protección, además de reunir los requisitos legalmente establecidos en materia de defensa de los consumidores.

Estas asociaciones deben reunir, sin embargo, una serie de requisitos legalmente establecidos en materia de defensa de los consumidores. De conformidad con el

¹⁹ MARIMÓN DURÁ, R.: “La nueva regulación de los órganos de defensa del cliente bancario. La experiencia del Servicio de Reclamaciones del Banco de España”, en AA.VV.: *Protección de particulares frente a las malas prácticas bancarias* (dir. por V. CUÑAT EDO), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 219.

²⁰ RIVERO ALEMÁN, S.: *Disciplina del Crédito Bancario y Protección del Consumidor*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 618.

²¹ <http://www.cnmv.es/Portal/Inversor/Indice.aspx>, visitado el día 30 de junio de 2017.

artículo 23.1 del TRLGDCU²², se consideran asociaciones de consumidores y usuarios aquellas organizaciones sin ánimo lucro cuya finalidad sea la defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores, entre los que se incluye su información, formación y educación, bien sea con carácter general, bien en relación con bienes o servicios determinados. Además, es necesario, por un lado, que se hayan constituido con arreglo a las disposiciones de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, *reguladora del Derecho de Asociación*²³ y, por otro, que reúnan los requisitos exigidos en el propio TRLGDCU y, en su caso, en la legislación autonómica que les resulte de aplicación. Este último requerimiento constituye un factor importante para quedar legitimadas para actuar en nombre y representación de los intereses generales de los consumidores y usuarios, tal y como establece el artículo 24.1 del TRLGDCU²⁴. Pero el factor clave es la pertenencia al Consejo de Consumidores y Usuarios²⁵ cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación²⁶.

La legitimación pasiva, por su parte, recae sobre las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito, las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y las sucursales en España de entidades extranjeras, siendo la mayoría de las reclamaciones por participaciones preferentes, productos convertibles y permutas financieras, manifestando su disconformidad por la falta de adaptación de estos productos a su perfil inversor y por la ausencia o deficiencia de información sobre estos productos, tal y como recoge la Memoria Anual de 2015 de la Oficina de Atención al Inversor²⁷.

3. Plazos legales de resolución.

Con anterioridad a la regulación vigente —contenida en la Orden ECC/2502/2012—, esta institución disponía de un plazo máximo de cuatro meses para emitir el informe motivado que resolviera la reclamación o queja interpuesta por el consumidor inversor, a contar desde la fecha de su presentación. Por tanto, se trataba de un plazo único y común a ambos instrumentos, no así para las consultas, donde el

²² MORENO CATENA, V.: “Comentario al artículo 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en AA.VV.: *El proceso civil* (coord. por F. ESCRIBANO MORA), vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 122.

²³ B.O.E. núm. 73, de 26 de marzo de 2002.

²⁴ El inciso segundo de este precepto señala que “*Las asociaciones o cooperativas que no reúnan los requisitos exigidos en este título o en la normativa autonómica que les resulte de aplicación, sólo podrán representar los intereses de sus asociados o de la asociación, pero no los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores*”.

²⁵ Nótese que la Asociación ADICAE es, desde 1996, miembro de este Consejo y representa a los consumidores en el Comité Consultivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y en la Junta Consultiva de la Dirección General de Seguros.

²⁶ MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “Capítulo III. La legitimación para la defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios”, en AA.VV.: *Tutela de los consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. por S. BARONA VILAR), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 128.

²⁷ CNMV: *Memoria 2015 Atención de reclamaciones y consultas de los inversores*, p. 19.

plazo estipulado era mucho más reducido: un mes, a contar también desde la fecha de su presentación.

Sin embargo, tras la citada Orden, se contemplan tres plazos diferentes en función de si estamos ante una consulta, una queja o una reclamación, pues difieren en importancia y, sobre todo, en complejidad.

En primer lugar, las consultas consisten en una solicitud de información sobre los derechos de los propios usuarios de servicios financieros, tanto en lo que concierne a la normativa sobre transparencia como a los cauces legales para obtener la tutela de sus legítimos derechos e intereses económicos.

En segundo lugar, esta figura también resuelve quejas, que son cuestiones relativas a las demoras, desatenciones o cualquier otro tipo de actuación deficiente en el funcionamiento de las entidades financieras supervisadas, esto es, cuestiones sobre las conductas negligentes o poco diligentes de los propios empleados de las entidades que, normalmente sin ánimo de pretenderlo, ocasionan un perjuicio al consumidor.

En tercer y último lugar, se tramitan las reclamaciones, que cuestionan la posible vulneración e incumplimiento de la normativa sobre transparencia y protección de la clientela, pero también de los criterios de buenas prácticas y usos financieros, siendo por ello el recurso más complejo, pues conlleva el examen de mayor documentación para determinar si la actuación de la entidad reclamada se adecúa a la normativa vigente y guía de buenas prácticas.

El legislador ha mantenido los plazos previstos en la normativa anterior a la Orden para las reclamaciones y las consultas, siendo de un máximo de cuatro meses para las primeras (artículo 12.1) y de un mes para las segundas (artículo 17.2), mientras que el plazo de resolución de las quejas ha quedado reducido a tres meses por la menor complejidad con respecto a las reclamaciones (artículo 13.3).

No obstante, aunque no es lo deseable, es posible que trascurra el plazo estipulado sin que se produzca la emisión del informe preceptivo. Si esto sucede, debe comunicarse al interesado esta circunstancia, *“sin perjuicio de la obligación de concluir el expediente dirigiéndose en todo caso por escrito al reclamante expresando su criterio mediante el informe correspondiente”* (artículo 12.2 *in fine*). De esta expresión se deduce que los plazos no son rígidos, cerrados, sino que pueden ser prorrogados aun cuando expresamente no se contemple esta opción, si bien no debemos perder de vista que el consumidor inversor, transcurrido dicho plazo, podría presentar una demanda ante los tribunales competentes o, incluso, acudir a otros medios de resolución extrajudicial de conflictos como pudiera ser el arbitraje o la mediación, aunque no son los usuales en el ámbito financiero.

4. Naturaleza del informe final.

La propia Orden ECC/2502/2012 señala que se trata de un informe carente de fuerza vinculante²⁸ y, por tanto, de fuerza ejecutiva, pues recuérdese que estamos ante un órgano administrativo que carece de *imperium*, de poder ejecutivo.

Esta disposición supone que el informe solo tiene carácter informativo y no vinculante para ninguna de las dos partes, diferenciándose así de la naturaleza de las resoluciones emitidas por los Servicios de Atención al Cliente e incluso por el Defensor del Cliente de las entidades.

Otra característica importante de este informe es la limitación de su contenido, pues queda constreñido a la mera valoración sobre la regularidad e irregularidad de la conducta de la entidad, sin posibilidad de recoger propuestas de mejora o valoraciones económicas sobre los daños y perjuicios ocasionados, debiendo el inversor reclamante presentar demanda ante los tribunales ordinarios.

Normativamente se ha estipulado el plazo de un mes (artículo 14) para que la entidad, tras la notificación de un informe favorable al reclamante, ponga en conocimiento de la CNMV las actuaciones adoptadas y llevadas a cabo para modificar y rectificar la situación. Ahora bien, la naturaleza no vinculante del informe permite que la entidad pueda quedarse impasible ante una conducta abusiva, no dejando al reclamante otra opción que instar un proceso judicial para obtener la tutela de los derechos e intereses económicos vulnerados, pues se trata de una potestad exclusiva de los tribunales judiciales.

Asimismo, este informe carece de consideración de acto administrativo aun habiendo sido emitido por un órgano administrativo público, no pudiendo en consecuencia ser objeto de recurso ante órganos administrativos o judiciales, pudiendo aportarse al proceso judicial ulterior como prueba documental.

Al respecto, nótese que debe entenderse por acto administrativo aquella “declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la administración en ejercicio de su potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria”²⁹. En consecuencia, aun cuando el informe emitido por el DCMR pudiera ser englobado en este concepto de acto administrativo, esta posibilidad ha quedado excluida *de facto* por el legislador, cuya intención creemos ha sido la de acotar el procedimiento, imposibilitando a las partes eternizarlo mediante la interposición de recursos con el objeto de revisar el fondo de la controversia.

V. EN CONCLUSIÓN: ¿RESULTA EFICIENTE EL SISTEMA?

²⁸ Artículo 12.6: “El informe final del servicio de reclamaciones no tiene carácter vinculante y no tendrá la consideración de acto administrativo recurrible”.

²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2000, p. 540.

De las 761 reclamaciones resueltas en 2015 con informe favorable al reclamante, las entidades contestaron en un 80,7% de los casos, informando en el 31,3% de los supuestos que aceptaban los criterios mantenidos en el informe final y/o procedían a la rectificación de la situación planteada por el reclamante³⁰.

Si bien es cierto que, en caso de informe favorable, las entidades han incrementado su ratio de respuesta en más de 50 puntos, pasando de 30,9% al 80,7% de casos en los que procedieron a manifestar su opinión respecto de la resolución de la Oficina de Atención al Inversor, y que la misma tendencia positiva se consiguió en cuanto a la aceptación de esa resolución favorable al inversor (siendo de 7,3% en 2014), rectificándose el contrato o revirtiendo la situación en la medida de lo posible, estas cifras continúan siendo bajas para entender que se está logrando una protección efectiva del consumidor inversor.

A nuestro entender, la problemática en torno a la eficacia o ineficacia de este procedimiento es consecuencia del carácter de mera recomendación de las resoluciones o informes, esto es, por la falta de obligatoriedad en su cumplimiento por las entidades, quienes tampoco tienen incentivos para rectificar sus políticas. Precisamente, ante la negativa de la institución de inversión de modificar su conducta y revertir la situación del consumidor inversor por la emisión de un informe favorable al reclamante, este solo dispone de la opción de instar un proceso judicial para reclamar la responsabilidad de la entidad, lo que supone mayor coste y retrasar la obtención de la tutela de sus derechos e intereses lesionados.

Así pues, consideramos oportuno modificar la naturaleza jurídica de las decisiones emitidas por la Oficina de Atención al Inversor, de forma que sus informes pasaran a convertirse en decisiones vinculantes para las entidades de crédito en caso de ser favorables a los consumidores y siempre y cuando éstos manifestaran expresamente su conformidad. Esta modificación en la naturaleza jurídica de los pronunciamientos de este Defensor supondría una mayor semejanza de nuestro sistema jurídico al anglosajón, pero, sobre todo, creemos redundaría en un incremento de la seguridad jurídica, así como en una mayor credibilidad del servicio, mejorándose, a su vez, la confianza de los inversores que, como señalamos al inicio, favorece la estabilidad del mercado.

BIBLIOGRAFÍA

BERTRÁN, L., RÍOS ESTRELLA, M.: “Las obligaciones de información sobre hechos relevantes y sobre transacciones con personas vinculadas en el proyecto de ley financiera”, *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, núm. 3, 2002.

BLANCO CARRASCO, M.: “La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. XLII, 2009.

³⁰ CNMV: *Memoria 2015*, cit., p. 25.

FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A.: “Repensar la protección del inversor: bases para un nuevo régimen de la contratación mobiliaria”, *Diario La Ley*, núm. 8549, Sección Doctrina, 2015.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2000.

GASPARINI, M.: “Apetito de riesgo”, *Revista CADE: profesionales y empresas*, núm. 11, 2011.

MARIMÓN DURÁ, R.: “La nueva regulación de los órganos de defensa del cliente bancario. La experiencia del Servicio de Reclamaciones del Banco de España”, AA.VV.: *Protección de particulares frente a las malas prácticas bancarias* (dir. por V. CUÑAT EDO), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “Capítulo III. La legitimación para la defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios”, en AA.VV.: *Tutela de los consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. por S. BARONA VILAR) Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

MIR FERNÁNDEZ, C.: “Innovación financiera, transparencia y asimetría informativa”, *Cuaderno de Economía*, núm. 2, 2007.

MORENO CATENA, V.: “Comentario al artículo 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en AA.VV.: *El proceso civil* (coord. por F. ESCRIBANO MORA), vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

PETRAUSKAS, F., GASIUNAITÉ, A.: “Alternative Dispute Resolution in the field of consumer financial services”, *Jurisprudencija*, vol. 19, núm. 1, 2012.

RIVERO ALEMÁN, S.: *Disciplina del Crédito Bancario y Protección del Consumidor*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

VALPUESTA GASTAMINZA, E.: “Incumplimiento de la normativa comunitaria MiFID en cuanto a los deberes de información y evaluación del cliente: consecuencias en el ámbito contractual según la jurisprudencia española”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, núm. 1, 2016.

