





REAL ACADEMIA VALENCIANA
DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Publicaciones
de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia
y Legislación

Cuaderno núm. 81

© Antonio Sotillo Martí

Ugarit Comunicación Gráfica S.L.
Pla de Foios 13. Polígono Industrial III Moncada. VALENCIA. 96 139 99 46



REAL ACADEMIA VALENCIANA
DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

CONSUMIDORES Y SISTEMA FINANCIERO. UN BALANCE DECEPCIONANTE

Discurso de Ingreso en la Real Academia Valenciana
de Jurisprudencia y Legislación, pronunciado
por el Ilmo. Sr. D. Antonio Sotillo Martí,
el día 7 de noviembre de 2013

DISCURSO DE INGRESO EN LA REAL ACADEMIA
VALENCIANA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN.

**“CONSUMIDORES Y SISTEMA FINANCIERO.
UN BALANCE DECEPCIONANTE.”**

ILMO. SR. D. ANTONIO SOTILLO MARTÍ.
Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Valencia

SUMARIO

I.- Introducción. El sistema normativo de protección de los consumidores altera la concepción clásica del contrato. **II.-** Sobre la ausencia en nuestro ordenamiento jurídico de un concepto unívoco y de aplicación general de consumidor o usuario. **III.-** Sobre la falta de claridad y sistemática de la normativa relativa a las relaciones contractuales entre los consumidores y las entidades financieras. 1.- El problema de la dificultad de declarar la nulidad de una cláusula contractual por su carácter abusivo sobrevenido. 2.- El problema del control jurisdiccional de cláusulas abusivas, cuando se refieren a los elementos esenciales o principales del negocio. 3.- Sobre la naturaleza jurídica y alcance de las normas sobre deberes de información y transparencia de las entidades financieras. 4.- El problema de las facultades jurisdiccionales de integración del contrato en caso de nulidad de alguna cláusula por abusiva. 5.- Sobre las consecuencias de la declaración de nulidad por abusivas de alguna condición general o cláusula contractual. **IV.-** Sobre la falta de eficiencia de los mecanismos obligacionales de protección y de los remedios procedimentales que nuestro ordenamiento jurídico ofrece a los consumidores en casos de abuso. 1.- El insuficiente control preventivo extrajudicial de las cláusulas abusivas o de la nulidad de condiciones generales. 2.- La ausencia de remedios ante fallos en el sistema de supervisión y control de estos mercados financieros. 3.- La actuación de oficio del juez nacional. El juez de los Estados miembros como juez comunitario. 4.- La reforma parcial de los exorbitantes privilegios en nuestro sistema de ejecución que impedían la efectiva protección de los consumidores. 5.- El error y el dolo como vicios invalidantes y causa de nulidad de un contrato. 6.- La demanda de incumplimiento y resolución del contrato. 7.- Las quejas y reclamaciones de los clientes. **V.-** A modo de conclusiones.

Excmo. Sr. Decano del Colegio de Abogados de Valencia y
Presidente de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia.

Excmo. y Magfco. Rector de la Universidad de Valencia.

Excmos. e Ilmos. Sres. miembros de la Real Academia.

Excmas. e Ilmas. Autoridades.

Compañeras y compañeros, alumnas y alumnos, amigas y amigos.

Sras. y Sres.

Con la venia Sr. Presidente.

Sean mis primeras palabras de profundo agradecimiento a todos los miembros de esta casi bicentenaria Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, que, por unanimidad, han decidido honrarme con mi admisión en este grupo de preclaros y probados jurisperitos en el más profundo sentido ciceroniano del término. Intentaré poner de mi parte todo el esfuerzo posible en hacer honor a tan gran aval otorgado. Confío en conseguirlo con su ayuda.

Permítanme que en estos momentos formule algunos sentimientos de gratitud obligados. Ante todo, a mi familia, a mi mujer y a mis hijos por su ayuda, comprensión y a menudo paciencia infinita. Un recuerdo a mi padre, el abogado Doctor en Derecho del que aprendí los primeros pasos y los fundamentales deberes de esta complicada profesión: *honeste vivere, alterum non ledere, suum cuique tribuere*. Y también a mi maestro universitario, el profesor Broseta, que me inculcó la pasión por la enseñanza y por el estudio con una frase insistente, que había aprendido del maestro Garrigues: el Derecho es para la vida y no la vida para el Derecho.

Gracias también a todos ustedes que me honran con su presencia en este acto para mí muy entrañable.

Cuando me propuse elegir el tema objeto de este discurso, me vinieron a la mente las palabras del Canto I del Infierno de la Comedia: *Nel mezzo del cammin di nostra vita mi ritrovai per una selva oscura che la diritta via era smarrita*. En efecto, yo estaba un poco más allá de la mitad de la vida y el tema escogido sobre la protección o, más bien, deficiente tutela, del consumidor ante el sistema financiero era muy probablemente una selva oscura, que había perdido la senda correcta.

En efecto, el sistema financiero es lo que los administrativistas alemanes y españoles han dado en llamar “*un sector de referencia*”, esto es, aquel que ensaya y adelanta las transformaciones que luego se generalizarán en la realidad y en el Derecho. Un sistema, además, totalmente globalizado desde el punto de vista económico y, sin embargo, todavía muy nacional en el aspecto jurídico, a pesar de los esfuerzos de organizaciones internacionales como El Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, la International Association of Insurance Supervisors o la International Organization of Securities Commissions, y a pesar de los trabajos de la Unión Europea desde el Plan de Acción del Sistema Financiero o Informe Lamfalussy de 2001 y desde los Comités creados desde entonces.

Por tanto, ante la imposibilidad de abordar en este espacio de tiempo toda la problemática que sugiere el tema, me van a permitir que formule modestamente algunas reflexiones generales, que permitan establecer el balance o saldo resultante de la cuestión, *quod esse demonstrandum*.

Una importante precisión inicial. Cuando hablamos de sistema financiero, nos estamos refiriendo a los tres mercados que lo integran: el mercado del dinero o del crédito tanto en sus operaciones pasivas como activas; el mercado de inversión en activos mobiliarios o mercado de valores y el mercado de seguros. Todos ellos caracterizados por ser mercados regulados y, al menos, de acuerdo con el dictado de las Leyes intervinidos o controlados por Autoridades de control y supervisión: El Banco de España, La Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros del Ministerio de Economía.

Así pues, tras unas consideraciones preliminares sobre la trascendencia del conjunto normativo de protección del consumidor en el seno

de nuestro sistema contractual privado, dividiré mi exposición en tres partes. En primer lugar, trataré sobre la dificultad de encontrar en el ordenamiento jurídico un concepto único y universal de consumidor o usuario. En segundo término, abordaré algunos problemas que prueban la falta de claridad y de sistemática de la normativa de protección a los clientes en sus relaciones con las entidades financieras. Por último, antes de formular algunas conclusiones, intentaré contestar a la pregunta sobre si son eficaces y eficientes los mecanismos de protección y remedios, tanto desde el punto de vista obligacional como procedimental, que nuestro ordenamiento jurídico ofrece a los consumidores víctima de abusos.

I.- Introducción. El sistema normativo de protección de los consumidores altera la concepción clásica del contrato.

Nuestra Constitución en su artículo 51 obliga a los poderes públicos a garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, convirtiendo, además, dicha protección en uno de los principios rectores de la política social y económica, cuyo reconocimiento, respeto y protección deben informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

Por su parte, el artículo 38 reconoce como un derecho de los ciudadanos la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, debiendo los poderes públicos garantizar y proteger su ejercicio, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

Así mismo, el artículo 33 reconoce a los ciudadanos el derecho a la propiedad privada, cuyo contenido debe estar delimitado por su función social.

He querido citar estos tres preceptos constitucionales, porque me parece que constituyen el núcleo fundamental de la actividad económica de los particulares, del orden público económico constitucionalizado y de una nueva concepción del contrato como mecanismo articulador de dicha actividad.

Por su parte, el artículo 38 de la Carta de Derechos Fundamenta-

les de la Unión Europea obliga a ésta en sus políticas a “*garantizar un nivel elevado de protección de los consumidores*”, lo que se articula mediante las normas de aproximación de las legislaciones nacionales para garantizar el funcionamiento del mercado interior conforme lo dispuesto en los artículos 114 y 169 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Si examinamos con cuidado el artículo 53 de la Constitución, realmente la única diferencia en cuanto a la garantía del derecho de propiedad y de la libertad de empresa, por una parte, y, de otra, de la protección de los consumidores como principio rector de la política económica, estriba en la reserva de ley para la regulación del ejercicio de los primeros, puesto que ninguno de todos dispone de un procedimiento especial de protección, ni tienen acceso al recurso de amparo.

Nosotros como juristas seguimos un tanto anclados en una concepción del contrato o negocio jurídico como expresión típica de la economía de mercado, como un hecho regulado por el derecho que, a su vez, regula, como decía CARNELUTTI. La función del contrato sería el ser instrumento de regulación de la circulación de bienes y derechos basada en la autonomía de la voluntad de los sujetos intervinientes, los cuales serían los únicos llamados a la auto regulación de sus propios intereses.

En esa concepción clásica del contrato, fundada en la autonomía de la voluntad, los sujetos privados serían libres de contratar o no, libres de elegir a su otra parte contratante, y libres de determinar el contenido del contrato. Todas nuestras discusiones han girado en torno a la autonomía privada y la libre voluntad, a su falta, o a sus vicios, es decir, a la interpretación clásica del artículo 1261 del Código Civil: la falta del consentimiento o sus vicios, las divergencias entre voluntad querida y voluntad declarada.

Sin embargo, la evolución de la economía y de las relaciones de producción a lo largo del siglo XX con la consiguiente intervención del legislador en la tutela del contratante más débil y regulación del contenido contractual a fin de garantizar la justicia sustancial, nos han obligado a matizar nuestras concepciones. Pero, con todo, seguimos afirmando que todo ello no son sino límites concretos o excepciones al sagrado

principio de la autonomía privada y cuya interpretación, además, debe ser hecha *cum grano salis*.

Los juristas seguimos afirmando que el negocio se funda en la voluntad, que es su esencia. Siempre que el ordenamiento jurídico protege a uno de los contratantes, simplemente se estaría derogando este principio por razones de oportunidad. Las desviaciones del modelo son imputables a factores de la realidad de carácter contingente, es decir, no es el modelo el que ya está históricamente superado por nuevas relaciones de poder, sino que es la realidad la inadecuada respecto al modelo. De modo que, todas las intervenciones del legislador en materia de relaciones contractuales no se deben considerar como indicios de una transformación estructural y funcional del contrato, sino como simples excepciones justificadas para corregir distorsiones de la realidad.

Quizá nuestras ideas clásicas del negocio jurídico “*inter privatos*” tienen todavía mucho camino que recorrer en el sentido que lo han hecho las concepciones del contrato en otras ramas del Derecho como el Derecho Administrativo o el Derecho Laboral.

En efecto, me permito sostener, por el contrario, que el modelo o paradigma contractual del tiempo presente nada tiene que ver con aquella concepción clásica. Dicho claramente: la voluntad de los privados ya no representa el motor de la circulación de los bienes y el tráfico patrimonial, como ya pusieron de relieve los iusprivatistas italianos como GALGANO, RODOTÁ Y BARCELLONA, entre otros. El contrato ya no realiza los intereses de los contratantes, sino también intereses externos de la colectividad. El contrato no está al servicio exclusivo de la autonomía privada. Así puede entenderse la obligación del respeto de las consecuencias derivadas de la buena fe en el cumplimiento del contrato prescrita en el artículo 1258 del Código Civil. Buena fe como expresión de protección de intereses sociales difusos mercedores de tutela.

Más aún, el ordenamiento jurídico protector de consumidores se situaría antes del propio momento contractual, esto es, en una función correctora y preventiva de la disparidad de poder entre las partes contratantes, regulando conflictos colectivos existentes entre categorías sociales contrapuestas y reforzando a aquellos que se encuentran en una posición de inferioridad.

El contrato se ha convertido en un instrumento o estructura pre redactado y estandarizado, que deja escaso margen a la libre voluntad de los contratantes. Ello se muestra con mayor evidencia en los contratos financieros, bien sean del mercado del crédito o del dinero, del mercado de valores o del mercado de seguros. En ellos se ofrece un producto o servicio empaquetado, no dejando al cliente, bien consumidor o usuario persona física, empresario autónomo, o bien pequeña o mediana empresa persona jurídica, más que la posibilidad de adherirse o no al mismo, sin margen de elección, ni, por supuesto, de posibilidad de alterar o modificar el redactado contractual predeterminado o impuesto a través de condiciones generales.

Todo ello ya ha sido destacado por la propia Comisión Europea en su Informe del año 2000 sobre aplicación de la Directiva 93/13 y también por el Banco de España en su Informe al Senado publicado en el BOCG, Senado, nº 457 de 7 de mayo de 2010: *“De esta forma, los elementos finales de la cadena de comercialización del producto, normalmente los directores de sucursal, no tienen la facultad de alterar esa característica básica del producto”*.

El ahorrador o inversor, que desea obtener alguna rentabilidad a sus ahorros o el demandante de dinero para su consumo o para su actividad profesional o empresarial no tienen posibilidad de elección. Las entidades financieras les ofrecerán unos productos muy similares, ya que los márgenes de competencia entre ellas son muy estrechos, unos contratos con escaso margen también de negociación con un condicionad estandarizado o generalizado. La autonomía de la voluntad se limita a decidir ahorrar o no, invertir o no.

Sobre estas nuevas realidades del sistema de producción del capitalismo financiero que nos advirtieron DE CASTRO en sus últimos trabajos en el Anuario de Derecho Civil (*“Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”*) y el maestro Díez Pícazo, miembro también de esta Academia, desde las primeras ediciones del Tomo I de sus *“Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial”*.

Las bases o presupuestos ideológicos, que fundamentaron la concepción liberal del contrato, han desaparecido. La libertad y autonomía individual en la regulación de los propios intereses en un libre mercado

ha dejado paso a la intervención y a la configuración de los contratos no ya por los propietarios de los bienes o derechos destinados al tráfico económico, sino por los grandes inversores financieros, gestores de capitales ajenos, es decir, agentes del riesgo de los ahorradores. Por otra parte, tampoco se sostiene hoy día el principio de la sustancial igualdad de las partes contratantes. El contrato ya no es un acuerdo o arreglo de intereses entre iguales. Uno de los contratantes se ve sometido al contenido obligacional predeterminado por la otra parte.

Más aún, la parte que ha impuesto las condiciones contractuales no asume realmente ningún riesgo en la operación. La llamada “suerte” del contrato, esto es, la posibilidad de que se produzcan durante la vida del contrato desequilibrios fortuitos ajenos a la voluntad de las partes, ya no existe. Desde la misma celebración del contrato se produce un desequilibrio por cuanto el futuro del contrato no tiene riesgo alguno para una de las partes. Incluso, frente al posible incumplimiento del consumidor o usuario cliente se ofrecen a la entidad financiera una serie de remedios materiales y procesales que le protegen de pérdidas superiores a las que tenía previstas soportar. Sin embargo, el cliente consumidor no dispone de los mismos remedios contractuales o procedimentales frente a las conductas impropias de las entidades financieras, a pesar de todos los loables esfuerzos de nuestro ordenamiento jurídico “*pro consumatore*”.

Incluso nuestro moderado y cuidadoso con las palabras Tribunal Supremo recientemente en sus Sentencias 406/2012 de 18 de junio (RC 46/2012) y 241/2013 de 19 de marzo (RC 485/2012) ha llegado a decir que la normativa sobre condiciones generales de la contratación y la de protección de consumidores se explican por “*el insatisfactorio resultado de aplicar las reglas clásicas de contratación liberales, pensadas para supuestos en que los contratantes se hallan en una posición idéntica o semejante...*”; y son calificadas como “*un auténtico modo de contratar, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen causal propio y específico*”.

Me atrevo a afirmar algo más allá: en la contratación financiera nunca, ni siquiera en sus orígenes históricos, hubo igualdad o simetría entre las partes. El contrato y su tradición conceptual empezaron a hacerse añicos en la revolución industrial de finales del siglo XIX, pero

mantuvieron en los Códigos decimonónicos aquella regulación que más protegía los intereses de las clases dominantes y de los incipientes poderes financieros e industriales de la época.

En el marco de estas nuevas realidades económicas y sociales, las normas de protección de los consumidores forman parte esencial del nuevo orden público económico en la llamada economía social de mercado, que, sin duda, recoge nuestra Constitución. Este nuevo orden público sería el mencionado en el artículo 1255 del Código Civil como límite a la libertad contractual.

El instrumento organizador de la circulación de los bienes, de la riqueza y del tráfico económico, que es el contrato, por encima de los intereses subjetivos o particulares de las partes, ha de ser objetivamente equilibrado no sólo en su perfección, sino también en su ejecución y cumplimiento, siendo ello el nuevo principio de orden público en la economía de mercado. Así, el contrato coadyuva a sostener intereses generales y un nuevo concepto objetivo de buena fe. Todos los poderes públicos, incluido el judicial, deben preservar y proteger estos intereses generales.

II.- Sobre la ausencia en nuestro ordenamiento jurídico de un concepto unívoco y de aplicación general de consumidor o usuario.

Cuando nos enfrentamos con la búsqueda de un concepto único de consumidor o usuario en nuestro ordenamiento jurídico, la conclusión es bastante decepcionante, porque es difícil afirmar que exista dicho concepto unitario.

Ello tiene particular trascendencia, porque solamente ante la presencia de un consumidor podrán ser aplicadas las especiales normas tuitivas, mientras que los demás contratantes no consumidores tendrán que basar la pretendida protección en los artículos 7, 1258, 1281, 1288 y concordantes del Código civil, tal y como ha recordado nuestro Tribunal Supremo en sus Sentencias, entre otras, de 1 octubre 2012 (Cendoj 28079110012012100518) y de 19 febrero 2010 (RJ 1787).

Por supuesto, todo contratante, consumidor o no, tiene la protección dispensada por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones ge-

nerales de la contratación, pero la nulidad predicada de las condiciones generales que sean abusivas exigirá la presencia de los requisitos y circunstancias de los artículos 82 y siguientes de la Ley de Consumidores.

Conviene ya adelantar que el ordenamiento jurídico español ofrece un concepto jurídico de consumidor o usuario que se aparta de modo relevante del concepto utilizado en la normativa de la Unión Europea.

En efecto, es conocido que las numerosas Directivas de la Unión Europea en materia de protección de consumidores siempre se refieren al mismo como las personas físicas, es decir, excluyendo de la protección a las personas jurídicas, cualquiera que sea su configuración o la dimensión de las mismas.

Así se entendía ya en el Programa Preliminar de la CEE de política de protección e información a los consumidores de 1975 (DO no CC 92 de 25.4.1975). En consecuencia, las Directivas suelen establecer la protección solo para las personas físicas o personas naturales. Así, ya la Directiva 85/577 de 20.12.1985 sobre contratos celebrados con consumidores fuera de los establecimientos comerciales, o la Directiva 97/7 de 20.5.1997 sobre contratos a distancia, las cuales van a ser derogadas a partir de junio de 2014 por la nueva Directiva 2011/83 de 25.10.2011; o las Directivas 87/102 de 22.12.1986 y la posterior 2008/48 de 23.4.2008 de contratos de crédito al consumo; o las Directivas 94/47 de 26.10.1994 y la posterior 2008/122 de 14.1.2009 sobre uso compartido de inmuebles.

En otras ocasiones, las normas europeas añaden la matización de que ha de tratarse de *personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad profesional* como en el caso de la trascendental Directiva 93/13 de 5.4.1993 sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores; o de *personas físicas que actúan con fines que no entran en el marco de su actividad profesional* en la Directiva 99/44 de 25.5.1997; o también de *personas físicas que actúan con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión* en la Directiva 2000/31 de 8.6.2000 sobre comercio electrónico; y, como último ejemplo, con la expresión similar de *persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial o profesional* en la Directiva 2002/65 de 23.9.2002 sobre comercialización a distancia de servicios financieros. Así, la im-

portante nueva Directiva 2011/83 de 25.10.2011, todavía no incorporada a nuestro Derecho, sobre derechos de los consumidores y especialmente en los contratos a distancia o celebrados fuera del establecimiento define al consumidor como *toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión*, aclarando en su Considerando 17º que en el caso de contratos con doble finalidad, de consumo y comercial, si el objeto comercial no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor. En este mismo sentido, se había pronunciado la STJCE de 20 enero 2005 al afirmar que *si las circunstancias objetivas no permiten demostrar de modo suficiente con arreglo a Derecho que la operación que dio lugar a la celebración del contrato con doble finalidad perseguía un objetivo profesional que no era insignificante, deberá considerarse que, en principio, dicho contrato fue celebrado por un consumidor*.

En otros casos, precisamente por la naturaleza propia de la norma y de sus destinatarios, las Directivas no establecen ulteriores precisiones. Así, la Directiva 90/314 de 13.6.1990 sobre viajes combinados, la cual al hablar de consumidores distingue entre el contratante principal comprador del viaje, que puede ser una persona física o jurídica, y los beneficiarios o cesionarios del viaje, que son siempre personas físicas; o la Directiva 2005/29 de 11.5.2005 sobre prácticas comerciales desleales y la Directiva 2006/123 de 12.12.2006 sobre servicios del mercado interior, que hablan de destinatarios, pudiendo ser, por tanto, personas físicas o jurídicas.

Por el contrario, ya la primera norma general de nuestro ordenamiento jurídico protectora de los consumidores, antes de la entrada de España en la CEE, la Ley 26/1984, de 19 de julio, definía en su artículo 1 a los efectos de dicha ley a los consumidores o usuarios como *“las personas físicas o jurídicas... destinatarios finales...”*. Precisaba a continuación el precepto que no tendrían la consideración de consumidores quienes, entiendo personas físicas o jurídicas, *sin ser destinatarios finales, adquirieran los bienes o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros*. Lo alambicado del precepto creó algunas dudas de interpretación, aunque la doctrina subrayó el carácter de destinatario final para la definición de consumidor. Así, resaltando esta idea del destino de lo adquirido para *el consumo familiar o doméstico o para el mero uso particular*,

pueden consultarse las Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 18 julio 1999, 16 octubre 2000, 15 diciembre 2005 y 18 junio 2012.

Este mismo ámbito subjetivo de protección, según el cual el consumidor puede ser una persona física o jurídica, se mantiene, con una redacción mucho más simple y suprimiendo la consideración de destinatario final, en el artículo 3 del actual Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y usuarios, cuando define al consumidor como *las personas físicas y jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*. La propia Exposición de Motivos del Texto Refundido en su apartado III aclara que es consumidor quien *interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros*.

Como puede verse, por una parte nos acercamos al concepto comunitario europeo, subrayado por ejemplo por las Sentencias del TJCE de 17 marzo 1998, 11 julio 2002 y 20 enero 2005, haciendo referencia a *las necesidades familiares o personales o a las propias necesidades del consumo privado de un individuo*, pero, por otro lado, seguimos siendo diferentes en tanto incluimos a las personas jurídicas en el concepto.

Sin embargo, de la lectura del artículo 34.1.a) del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el sistema arbitral de consumo, al establecer los requisitos de la solicitud de arbitraje, parece concluirse que está pensando únicamente en solicitantes personas físicas.

Aunque, al menos con las sociedades mercantiles, sea difícil encontrar una sociedad que actúe en un ámbito ajeno a su propia actividad empresarial, puesto que ejecutará actos propios de su objeto social o bien actos encaminados a su desarrollo y satisfacción y, entre ellos, los contratos de financiación, como han puesto de relieve, entre otras, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16^a) de 30 junio 2011 y de 26 enero 2012 (JUR 2011/287925 y AC 2012/864), respectivamente, lo bien cierto es que el concepto de consumidor es mucho más amplio al incluir las personas jurídicas y puede darse una sociedad

mercantil que sea destinatario final de los productos adquiridos sin destinarlos a su circuito empresarial de producción o comercialización, como ha señalado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18ª) de 19 enero 2012 (JUR 2012/56963).

Todo ello introduce un elemento distorsionador y semillero de conflictos, pues obliga a analizar el caso concreto y, lo que es más difícil, la intención del contratante respecto al destino de los bienes o servicios adquiridos, a fin de determinar la posible aplicación o no de las normas tuitivas. En muchos supuestos, solo a posteriori podrá determinarse cuál fue la finalidad del adquirente.

Pero es que, además, habrá que estar a cada norma concreta de protección a consumidores, para comprobar en su caso cual sea el concepto de consumidor aplicable. Así, por ejemplo, el artículo 129 del propio Texto Refundido, al tratar la responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos, exige que los daños materiales *afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado*. Por su parte, el artículo 151 al tratar del viaje combinado incluye como consumidor lógicamente a las personas físicas *beneficiarias o cesionarias* del viaje, pero también a los llamados *contratantes principales, esto es, la persona física o jurídica que compre o se comprometa a comprar el viaje combinado*.

Así, la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista define el mismo como la venta a destinatarios finales de cualquier clase de artículos y tales destinatarios finales son simplemente nombrados como compradores o adquirentes. La Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico en su Anexo de definiciones y en cuento al concepto de consumidor incluye a las personas físicas y jurídicas, remitiendo a la Ley de Consumidores. Por su parte, la Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio, promulgada tras el escándalo de Fórum Filatélico, en su artículo 3.1 simplemente reproduce mutatis mutandis la antigua definición de consumidor de la primitiva Ley General de Consumidores de 1984.

No obstante todo lo anteriormente expuesto, hay que recordar ahora dos cuestiones fundamentales en esta materia, que de modo novedoso y reciente se han producido tanto en el ámbito normativo como en el de la interpretación jurídica. Como veremos, el control sobre el carácter abusivo o no de determinado contenido contractual, sea del condicionado particular o del general, también se extiende a los contratos celebrados entre empresarios sin presencia de un consumidor.

En efecto, en primer lugar, nos encontramos con regulaciones legales de contratos entre empresarios, que someten los mismos a controles de contenido sobre cláusulas abusivas. Así, por ejemplo, el artículo 9 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, modificada por la Ley 15/2010, de 5 de julio sobre medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, el cual declara nulas determinadas cláusulas abusivas en los contratos entre empresas con una extensa regulación de las mismas. Estas mismas reglas de control de contenido se recogen por remisión expresa en el artículo 41.3 de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre del contrato de transporte terrestre de mercancías.

En segundo término, quisiera sumarme a la tesis que a trompicones se va abriendo paso en nuestra doctrina (BERCOVITZ; CARRASCO; MIQUEL y VICENT CHULIA) y en alguna Sentencia del Tribunal Supremo, como las siguientes: 13 noviembre 1995 (RJ 8601) en un contrato de leasing; 24 febrero 1998 (RJ 1167) ha considerado la LGCU generalmente aplicable como norma supletoria a la contratación entre empresarios; 17 marzo 2010 (JUR 103669) sobre nulidad de una cláusula de gestión exclusiva de mediación para arrendamiento en el caso de que los compradores de fincas se fueran a dedicar a esta actividad comercial. Según esta tesis, es posible y correcta una aplicación analógica a la contratación entre empresarios de las reglas de control de contenido propias de la contratación con consumidores de los artículos 82 a 91 del Texto Refundido, especialmente el concepto general contenido en el artículo 82.1.

Con esta interpretación, que debería convertirse en norma legal como propugno, no haríamos más que volver a los textos de los diversos Anteproyectos de Ley de Condiciones Generales redactados en los años 1987 y 1992 y que todavía figura extrañamente en el párrafo octavo inicial del Preámbulo de nuestra vigente Ley. Nos acercaría, ade-

más, a las normas vigentes, por ejemplo, en la legislación alemana y portuguesa.

En efecto, muchos de los tipos de cláusulas abusivas contenidos en los citados preceptos constituyen mera aplicación de los preceptos generales sobre los contratos, como son los artículos 1255 y 1256 del Código Civil, que delimitan el ámbito de la autonomía de la voluntad

Así pues, por un lado, el concepto general de cláusula abusiva contraria a la buena fe del artículo 82 se habría convertido en una nueva regla fundamental de toda contratación en el mismo sentido que el artículo 1258 del Código Civil. Más aún, muchos de los ejemplos concretos de cláusulas abusivas con consumidores de los artículos 85 a 90 guardan identidad de razón para ser aplicadas en contratos entre empresarios y no se vislumbran razones para que cláusulas contractuales de tan evidente sinrazón y tan desproporcionadas no puedan ser declaradas nulas en caso de sujetos empresarios.

De este modo, las nuevas normas del Derecho del consumo adquieren en el mercado moderno una trascendental vis expansiva a todos los contratos con independencia de los sujetos intervinientes. Las normas o reglas de contenido que en su día se establecieron para la protección de determinados sujetos se han convertido en normas de carácter general de las obligaciones y contratos, a las que todo pacto contractual debería someterse. Bastaría con afirmar que nuestro ordenamiento jurídico ha concretado para los contratos con consumidores reglas generales de nulidad ya contempladas, por ejemplo, en los artículos 115, 1256 y 1449 del Código Civil, o en las normas prohibitivas del abuso de posición de dominio de nuestra legislación de defensa de la competencia, o represivas de las conductas o prácticas comerciales desleales en la competencia entre empresas.

Ello tiene mucha más importancia en el ámbito de la contratación en los mercados, en la que el sujeto adherente se encuentra siempre en una posición asimétrica y desigual respecto a la parte financiera y profesional. Es por ello que me permito defender esta aplicación analógica a la contratación financiera de lo que en su origen fueron normas tuitivas de algunos sujetos.

Pero si trasladamos nuestra mirada al ámbito de los mercados financieros, bien sea el mercado del dinero o del crédito, bien el mercado de los valores o bien el mercado de seguros, la terminología cambia de significativa y de significado, pues ya no se utilizará el término *consumidor*, sino los términos cliente, usuario, inversor, tomador o asegurado o, simplemente, contratante.

En efecto, con alguna matización o restricción reciente que luego analizaré, en el mercado financiero de las entidades de crédito ya el artículo 48 de la Ley 26/1988, de 29 de julio sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito facultaba al Ministro de Economía y Hacienda a establecer determinada regulación *con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito.* Del mismo modo y sin ánimo de agotar todas las posibles citas normativas, la Orden de 12 diciembre de 1989 sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, así como la Circular 8/1990 de 7 de septiembre del Banco de España de transparencia de operaciones y protección de la clientela utilizaban la expresión *clientes o usuarios de servicios bancarios* para determinar su ámbito de aplicación subjetivo por supuesto comprendiendo las personas físicas y las jurídicas.

Sin embargo e instaurando una tradición reiterada después, la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios sobre viviendas restringió, como era lógico, su ámbito de aplicación solo a los prestatarios personas físicas. Del mismo modo, alguna legislación financiera sigue hablando de protección a los consumidores y no a la clientela en general y dado su ámbito específico limita su aplicación solo a las *“personas físicas que actúan con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional”*. Así, el artículo 5 de la Ley 22/2007 de 11 de julio sobre comercialización a distancia de servicios financieros; el artículo 1 de la Ley 2/2009 de 31 de marzo por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y el artículo 2 de la Ley 16/2009 de 13 de noviembre de servicios de pago, la cual inició en su artículo 17.2 un diverso tratamiento jurídico según el usuario del servicio de pago fuera un consumidor persona física o no. Ello se reitera en la Orden EHA/1608/2010 de 14 de junio sobre transparencia y requisitos de información de los servicios de pago.

Por su parte, los artículos 29 y 31 de la Ley 2/2011 de 4 de marzo de Economía Sostenible utilizan en una confusa mezcla los términos de *usuarios de servicios financieros*, *consumidores* y *clientes de servicios financieros*, concluyendo con una especie de Viva Cartagena!: “*Lo previsto en este artículo se entenderá sin perjuicio de la libertad de contratación, que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela*”.

La creación de un concepto nuevo: el de cliente de las entidades de crédito, que puede coincidir o no con el concepto legal de consumidor, pero que en todo caso es independiente del mismo, acaba consagrándose en la última Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y en la Circular 5/2012 de 27 de junio del Banco de España de desarrollo de la anterior. Estas normas, producto de la presión del lobby bancario y de la connivencia del Banco de España con el mismo, no solo restringen el ámbito del concepto de cliente, sino que lo independizan del de consumidor (artículo 14 de la Orden y Norma segunda de la Circular). Este cambio más restrictivo de criterios se comprueba, en primer lugar, porque la normativa de transparencia solo se aplicará a los clientes personas físicas, excluyéndose en todo caso a las personas jurídicas cualquiera que sea su dimensión incluidas las pequeñas empresas (artículo 2 de la Orden y Norma segunda de la Circular). En segundo término, porque se aplicará siempre que la persona física esté actuando en su ámbito privado o familiar. En tercer lugar, porque su aplicación, cuando la persona física actúe en el ámbito profesional o empresarial, podrá ser excluida mediante pacto expreso entre las partes. Por último, en el caso de créditos o préstamos hipotecarios, la normativa de información especial se aplicará también a los promotores y constructores inmobiliarios pero que sean personas físicas (artículos 2 y 19 de la Orden y Norma segunda de la Circular).

De todo lo hasta aquí expuesto en sede del mercado financiero bancario o del crédito puede extraerse dos conclusiones.

La primera: que el uso como sinónimos de terminología de contenido muy diferente no hace más que aumentar la confusión de los operadores económicos y jurídicos.

La segunda: que si lo que se pretendía era restringir el ámbito de los sujetos protegidos por la normativa, el resultado ha sido todo lo contrario. Ahora tendremos una normativa de transparencia e información en la contratación financiera solo dirigida a las personas físicas clientes, pero, además, será de aplicación la normativa general de protección de consumidores, en especial, la de cláusulas abusivas en el caso de presencia de un consumidor y, por otra parte, seguirá siendo aplicable las reglas de incorporación al contrato de las condiciones generales de la contratación según su legislación específica.

Si trasladamos el objeto de nuestro análisis al ámbito del otro mercado financiero regulado, esto es, el mercado de valores o de la inversión, la cuestión terminológica respecto a los sujetos destinatarios de especial protección se encuentra mejor tratada y solventada.

En efecto, la legislación del mercado de valores utiliza siempre la expresión *inversores* o, simplemente, la de *clientes*, sin distinguir en principio las personas físicas o las jurídicas. Así se pronuncia ya la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores en varios de sus preceptos, especialmente los dedicados a las funciones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (artículo 13) y a las normas de conducta de las empresas de servicios de inversión, entre las que se cuentan las propias entidades de crédito, (artículos 78 y siguientes de la Ley). De igual modo, el Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero sobre el régimen jurídico de las Empresas de Servicios de Inversión en múltiples preceptos. Siguen utilizando estos mismos términos, por ejemplo, la Circular de la Comisión Nacional del Mercado de Valores 2/2013, de 9 de mayo, sobre el documento con los datos fundamentales para el inversor y el folleto de las instituciones de inversión colectiva y la Circular 3/2013, de 12 de junio, sobre el desarrollo de determinadas obligaciones de información a los clientes a los que se les prestan servicios de inversión en relación con la conveniencia e idoneidad de los instrumentos financieros.

Más aún, toda esta normativa, tras la profunda reforma operada por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre incorporando Directivas de la Unión Europea, obliga a las empresas de inversión a establecer una clasificación de sus clientes en orden a otorgar una protección de menor a mayor intensidad, según la categoría de los diversos inversores (artículo

78 bis de la Ley y artículos 61 y siguientes del citado Real Decreto): 1º.- Contrapartes elegibles, esto es, otras empresas de inversión, entidades de crédito o aseguradoras, Gobiernos nacionales, Bancos Centrales y organismos internacionales (artículo 78 ter de la Ley y artículo 58 del Real Decreto). 2º.- Clientes profesionales como aquellos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos, entre los que se cuentan algunos empresarios, personas físicas o jurídicas, con determinada dimensión, o aquellos clientes con determinado nivel operativo que renuncien expresamente al tratamiento como clientes minoristas (artículo 78 bis de la Ley y artículo 61 del Real Decreto) y 3º.- Clientes minoristas como el resto de inversores o clientes, personas físicas o jurídicas, que no estén comprendidos en las categorías anteriores (artículo 78 bis. 4 de la Ley y artículos 61.4 y 63 del Real Decreto).

A toda esta normativa de conducta en el mercado de valores se remiten en el caso de Instituciones de Inversión colectiva los preceptos reguladores de la protección de partícipes e inversores en el artículo 65 de la Ley 35/2003 de 4 de noviembre reguladora de dichas Instituciones, tras la profunda reforma operada por la Ley 31/2011 de 4 de octubre; en los artículos 134 y siguientes del Real Decreto 1082/2012 de 13 de julio Reglamento de dicha Ley; y en la Circular 2/2013 de 9 de mayo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores sobre documento con los datos fundamentales para el inversor en fondos o sociedades de inversión y el folleto de las instituciones de inversión colectiva.

Pues bien, parece de todo punto de vista mucho más correcta esta regulación de la protección de la clientela en el ámbito de los clientes inversores, que, además, no impide la aplicación también de la normativa de cláusulas abusivas o de las condiciones generales de la contratación. Todo ello se completa con la regulación de los obligatorios test de evaluación de la idoneidad y de la conveniencia del producto para el perfil del concreto inversor (artículo 79 bis de la Ley modificado por la Disposición Final Tercera de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, la cual en su Capítulo VII sobre gestión de instrumentos híbridos utiliza también el término *inversor*).

Por ello, no se explica bien la razón por la que esta normativa de clasificación, estudio y trato a los clientes ahorradores inversores no puede ser aplicada también a todas las entidades de crédito, que admiten depósitos de sus clientes o les conceden créditos. Lo único destacable a este respecto en las normas de transparencia y protección de los clientes de servicios bancarios a partir del artículo 29 de la Ley de Economía Sostenible son las normas sobre evaluación de la solvencia del cliente y préstamo responsable y sobre la necesaria elaboración de las llamadas Fichas de Información Precontractual e Información Personalizada solamente para los préstamos hipotecarios (artículos 18, 21 y 22 de la Orden de 28 octubre 2011 y Norma duodécima y Anejo 6 de la Circular 5/2012 de 27 junio del Banco de España), que se están demostrando de escasa utilidad salvo en sede judicial.

Si examinamos, por último, el tercero de los mercados financieros regulados: el mercado de seguros, también aquí la terminología utilizada es más clara y omnicomprensiva. En efecto, la legislación de seguros habla de clientes, tomadores de seguros o asegurados, para fijar el ámbito subjetivo de las normas protectoras de los usuarios. Así el artículo 30 de la ya citada Ley de Economía Sostenible; los artículos 59 a 63 del Real Decreto Legislativo 6/2004 de 29 de octubre Texto Refundido Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados; los artículos 104 a 107 del Real Decreto 2486/1998 de 20 noviembre Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados y la Resolución de 20 octubre 2008 sobre obligaciones de información de las entidades aseguradoras que comercialicen Planes de Previsión Asegurados.

En el mismo sentido, utilizando sin distinción el término cliente, los artículos 42 a 46 de la Ley 26/2006 de 17 de julio de Mediación de Seguros y Reaseguros privados. Dejemos aquí simple noticia de las propuestas de la Comisión Europea sobre revisión de la Directiva sobre mediación de seguros, cuyos ejes son la mayor transparencia y protección del asegurado.

Merece destacarse también el importante artículo 3 de la Ley 50/1980 de 8 de octubre de contrato de seguro, en la que mucho tiempo antes de la legislación general ya se contenía y contiene reglas especialmente protectoras de los asegurados sin distinción frente a las condiciones generales y cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados,

las cuales han dado lugar a una amplia y elogiada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

Así pues, de modo similar al mercado de valores, en este mercado financiero de la actividad aseguradora las normas específicas de información y protección se aplican sin distinción a cualquier cliente, sin perjuicio de que sean aplicables también las normas prohibitivas de cláusulas abusivas o las reglas de incorporación al contrato de las condiciones generales. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 julio 2010 (RJ 6554) ante una acción de cesación de cláusulas abusivas planteada por la Organización de Consumidores, que no distingue su aplicación ni a personas físicas o a jurídicas, siendo sus conclusiones aplicables a cualquier tomador de seguro o asegurado.

De todo lo hasta aquí expuesto, puede extraerse una conclusión a mi modo de ver importante y es que el concepto de consumidor o usuario no deja de ser un tanto confuso y, sin duda, generador de conflictos de interpretación en el mercado financiero. Me parecen preferibles los términos utilizados por la normativa tuitiva de los clientes en los mercados financieros de valores y de seguros, que no impiden, como en una especie de círculos concéntricos, la aplicación de las normas generales protectoras de los consumidores. Por otra parte, ésta, a mi juicio, debería ser la interpretación incluso en la normativa del mercado bancario o del crédito, estableciéndose dos niveles de protección, por un lado, el de la normativa de información y transparencia para los clientes personas físicas y, por otro, el de la normativa general para todos los consumidores o usuarios de sus servicios sean personas físicas o jurídicas.

III.- Sobre la falta de claridad y sistemática de la normativa relativa a las relaciones contractuales entre los consumidores y las entidades financieras.

Lejos de mi intención en este momento abordar toda la problemática obligacional que puede plantearse en las relaciones contractuales entre los clientes y sus agentes financieros. Permítaseme tan solo apuntar algunas cuestiones y debates de la realidad, que demuestran, a mi juicio, lo lejos que estamos de encontrar una eficiente y eficaz solución de estos conflictos de intereses entre tales partes del contrato. No obstante, intentaré dejar constancia de mi modesta opinión.

1.- El problema de la dificultad de declarar la nulidad de una cláusula contractual por su carácter abusivo sobrevenido.

Esta cuestión se plantea por el tenor literal del apartado 3 del artículo 82 de nuestra Ley General de Consumidores, copia del artículo 4.1 de la Directiva 93/13, según el cual para apreciar el carácter abusivo o no de una cláusula contractual hay que considerar *todas las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato*.

Ello parece indicar que el análisis de las cláusulas debe estar referido al momento temporal original en que el contrato se perfeccionó entre las partes y no a acontecimientos o conductas posteriores de las mismas. Es decir, no cabe apreciar el carácter abusivo por circunstancias sobrevenidas con posterioridad.

Por supuesto, debe entenderse que cualquier modificación de un contrato en un momento posterior al de su celebración representa a estos efectos una nueva celebración, si la novación introduce cláusulas abusivas.

Estimo que no debe hacerse una lectura excesivamente literal de estos preceptos, por cuanto es posible que determinadas cláusulas, por ejemplo, relativas a los intereses moratorios o a la calificación de intereses usurarios, puedan ser originariamente correctas y, sin embargo, posteriormente desproporcionadas o muy desequilibradas en función de los cambios en los mercados financieros. En este sentido, deben leerse las consideraciones de la Sentencia del tribunal Supremo de 22 de febrero de 2013 (RN° 1759/2010), cuando considera usurarios unos intereses de un préstamo atendiendo al momento temporal del cambiante mercado de los intereses.

Por su parte, la Sentencia del tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (RN° 485/2012) señala que esta regla temporal de interpretación debe *matizarse en el caso de acciones colectivas de cesación en las que es preciso ceñir el examen de abusividad de la cláusula o cláusulas impugnadas en el momento de la litispendencia o en el momento posterior en que la cuestión se plantee en el litigio, dando oportunidad de alegar a las partes y sin que puedan valorarse las infinitas circunstancias y*

contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto consumidor adherente.

2.- El problema del control jurisdiccional de cláusulas abusivas, cuando se refieren a los elementos esenciales o principales del negocio.

Esta cuestión se plantea como polémica por cuanto el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 afirma de un modo bastante tajante que *“la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”*. Por su parte, el artículo 8 de la Directiva permite a los Estados adoptar disposiciones más estrictas *“con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección”*, aunque el artículo 8 bis introducido por la Directiva 2011/83 exige a los Gobiernos que informen a la Comisión de la existencia de estas disposiciones nacionales.

Parece, pues, que la norma europea ha querido excluir el control de abusividad de cláusulas relativas al objeto principal del contrato o a la equivalencia o adecuación de las principales y básicas contraprestaciones de las partes.

Sin embargo, en la incorporación de la Directiva a nuestro Derecho positivo no se incluyó esta norma. Así, nada se dice al respecto en los artículos 82 a 91 de la Ley General de Consumidores. En consecuencia, ha surgido la pregunta de si en el caso español puede el control judicial del contenido de las cláusulas contractuales extenderse a los elementos esenciales u objeto principal del contrato.

Pues bien, la cuestión parecía estar resuelta tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2010 (asunto C-484/08), respondiendo a la decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en un caso de cláusulas de redondeo al alza, cuando afirmó taxativamente que la Directiva citada *“no se opone a una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto*

principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque éstas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible”.

Siguiendo esta doctrina, se pronunciaron expresamente las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de julio, 4 noviembre y 29 de diciembre de 2010 (RJ 6554/2010, 8021/2010 y 148/2011), así como también la STS de 2 de marzo de 2011, la primera en caso de cláusulas de un contrato de seguro y las otras dos en casos de cláusulas de redondeo al alza en contratos bancarios. Parecía, pues, establecido que nuestros Tribunales podían abordar el carácter abusivo o no de determinadas cláusulas contractuales, aunque se refirieran al objeto principal o elementos esenciales del contrato.

Sin embargo, el Tribunal Supremo parece haber cambiado sorprendentemente de criterio en sus Sentencias de la Sala Civil de 18 de junio de 2012 (NR 46/2010) y también del Pleno de la Sala Civil de 9 de mayo de 2013 (NR 485/2012).

La primera de ellas, analizando la aplicación de la Ley de Usura a un interés variable y sin citar para nada la Sentencia del Tribunal de Justicia, concluye la imposibilidad de valorar el carácter abusivo de cláusulas referidas al objeto principal del contrato simplemente por el cambio de redacción del antiguo artículo 10 de la Ley General de Consumidores operado por la Disposición Adicional Primera de la Ley de Condiciones Generales de 1998. En efecto, el originario precepto de la Ley de Consumidores definía las cláusulas abusivas como aquellas *contrarias a la buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones*, mientras que tras la reforma el entonces artículo 10 y hoy artículo 82.1 habla de *la buena fe y desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes*. De tan sutil modificación y sin mayor fundamento, concluye la Sentencia que en materia de condiciones generales no puede haber un interés “*conceptualmente abusivo*”.

La segunda Sentencia es aún más sorprendente, pues el Tribunal Supremo, a pesar de citar la Sentencia del Tribunal de Justicia, su propia jurisprudencia y el Informe de la Comisión Europea de 27 de abril del 2000 sobre aplicación de la Directiva, concluye que las cláusulas

suelo forman parte del precio y definen el objeto principal del contrato, pero luego las declara nulas en el caso concreto por no superar el filtro de transparencia en los contratos con consumidores, aunque hubieran superado el filtro de transparencia de la legislación de condiciones generales.

O sea, no, pero sí. Podemos declarar abusivas cláusulas definitorias del objeto principal del contrato, siempre que no superen el test de la debida transparencia, es decir, *no pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro.*

Considero sinceramente que nuestro legislador, que en los últimos quince años no ha incorporado explícitamente al Derecho positivo interno el dictado del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, ha optado por poder someter al control de abusividad todas las cláusulas de contratos celebrados con los consumidores no negociadas individualmente o no consentidas expresamente. Ha de tratarse de un contrato de adhesión. Y en los contratos financieros es muy extraño que exista una verdadera negociación ni en las llamadas condiciones particulares, ni, por supuesto, en las condiciones generales. Sin una verdadera “tensión negociadora” y ante la aceptación del menú propuesto por la entidad financiera, debe poderse examinar el carácter abusivo o no de cualquier elemento del contrato.

Además, si uno examina los diversos apartados de los artículos 85 y siguientes de la Ley General de Consumidores puede concluir no solo la dificultad y el coste de distinguir entre los principal o esencial y lo accesorio, sino también la banalidad en la práctica de tal distinción. ¿Son objeto principal o esencial del contrato financiero los intereses remuneratorios? ¿Lo son los intereses de demora? ¿Lo son las cláusulas que permiten modificarlos sin respetar determinados requisitos? ¿Lo son las cláusulas que permiten suplementos o recargos? ¿Lo son en algún caso aquellas relativas al modo y manera de cumplir la contraprestación? ¿Lo son cláusulas relativas a la duración de un contrato de servicios? Porque estas materias están contempladas en ciertos supuestos como cláusulas abusivas en los citados preceptos.

No se diga de contrario que un elemento principal o esencial del contrato siempre es objeto de consentimiento y no de adhesión por el consumidor. Cualquiera que conozca la práctica de los contratos financieros deberá reconocer que los clientes simplemente se adhieren al precio con todos sus elementos propuesto por la entidad financiera.

Por último, de ningún modo es contrario al principio de economía de mercado, ni se encuentra constitucionalmente prohibido el que una autoridad de control competente en la materia y el Juez lo es en virtud de los artículos 82 y siguientes de la Ley General de Consumidores pueda entrar a valorar el carácter abusivo o no de todas las cláusulas no negociadas causante de desequilibrios importantes entre las partes.

Para concluir, hago mías las palabras del profesor CARRASCO: *“Existirá control de contenido sobre toda cláusula de la cual el adherente no sea su autor o coautor y toda cláusula de esta suerte será llamada cláusula no individualmente negociada. Todo lo demás es teoría y mixtificación, inútil para el Derecho”*.

3.- Sobre la naturaleza jurídica y alcance de las normas sobre deberes de información y transparencia de las entidades financieras.

Otra cuestión discutida se refiere al carácter y eficacia en la contratación privada de la normativa citada sobre deberes de información y transparencia obligatoria para las entidades financieras.

En efecto, por algunos autores (ARAGON REYES y RODRIGUEZ ARTIGAS) se mantuvo en un primer momento que toda esta normativa, siendo de naturaleza exclusivamente administrativa, sólo podía vincular a la entidad de crédito con la Administración Pública y su infracción como normas de disciplina conllevaba la correspondiente sanción, no pudiendo tener consecuencias jurídico privadas, ni integrarse en los contratos financieros.

Otro sector doctrinal (CUÑAT EDO) ha estimado, sin negar su carácter administrativo, que tienen una clara trascendencia contractual por cuanto configuran y, en ocasiones, limitan la autonomía de la voluntad de los contratantes.

Sin embargo, hoy la mayor parte de la doctrina (CORTES DOMINGUEZ, ILLESCAS, GARCIA CRUCES, PETIT LAVALL y VICENT CHULIA, entre otros) claramente se inclina por considerar esta normativa como reguladora de las relaciones *inter privados*.

Creo sinceramente que en este caso, una vez más, los privatistas mercantilistas debemos superar la vieja *summa divisio* entre el Derecho Público administrativo y el Derecho Privado. Estas normas de actuación y de conducta forman parte sin duda del contenido contractual, pues expresan obligaciones de una de las partes, cuyo incumplimiento podrá fundamentar una responsabilidad civil contractual en los términos que veremos más adelante. Se trataría de una explicitación de los deberes de prestación contenidos en el artículo 1258 Código civil o, más concretamente, en los artículos 1718 y 1719 del mismo Código para el mandato o 254 y siguientes del Código de comercio para la comisión mercantil.

Así lo ha entendido el Tribunal Supremo, por ejemplo, en sus Sentencias de 11 de julio de 1998 (RJ 6601), 20 de enero de 2003 (RJ 350), 30 de enero de 2003 (RJ 2024) y 24 de marzo de 2006 (RJ 1908), cuando concluye la responsabilidad civil de la entidad de crédito demandada por los daños y perjuicios causados, teniendo en cuenta esta normativa “*para medir la diligencia o la corrección en el comportamiento debido por la entidad financiera*”.

En relación con este tema, quisiera resaltar cómo el Tribunal Supremo ha tenido que responder a dos cuestiones, que se suelen plantear por las entidades financieras en sus contestaciones a las demandas planteadas por los clientes.

Se refiere la primera a si la infracción de estas normas de transparencia o de conducta puede o no dar lugar a la declaración de nulidad de un contrato. Pues bien, nuestro Tribunal Supremo, por ejemplo, en sus Sentencias de 25 de septiembre de 2006 (RJ 6577) y de 22 de diciembre de 2009 (RJ 2010/703) ha afirmado aplicando el artículo 6.3 Código Civil que “*si analizando la índole y finalidad de la norma legal contraria y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico deben aplicarse las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez total o parcial*”.

La segunda cuestión, que es uno de los argumentos esgrimidos por las entidades crediticias, consiste en aclarar si en base al artículo 4 de la Ley de Condiciones Generales, que incorpora el artículo 1.2 de la Directiva 93/13, no estarían sometidas a su normativa de control aquellas condiciones generales que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes. Nuestro Tribunal Supremo en sus Sentencias de 2 de marzo de 2011 (NºR 33/2003) y de 9 de mayo de 2013 (NºR 485/2013) ha tenido que salir al paso de tan sofista y falaz argumento. La finalidad tuitiva de la normativa de transparencia e información en modo alguno puede suponer la exclusión de la Ley 7/1998 a esta clase contratos de consumidores. El propio artículo 14.2 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, sobre transparencia y protección del cliente de servicios bancarios señala que su régimen jurídico *se aplicará sin perjuicio de la legislación general sobre consumidores y usuarios*. Recuérdese, además, que, como ha señalado la STJUE de 21 de marzo de 2013 (Caso RWE Vertrieb AG), tales exclusiones *se justifican cuando las cláusulas contractuales resulten impuestas por una norma imperativa o se presuponga su existencia en defecto de pacto porque en tales casos es legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos*.

4.- El problema de las facultades judiciales de integración del contrato en caso de nulidad de alguna cláusula por abusiva.

La cuestión en este caso se ha planteado por cuanto el artículo 83.2 de la actual Ley General de Consumidores con mayor precisión que la norma anterior permite al juez, una vez declarada la nulidad de una cláusula por abusiva, proceder a integrar el contrato *con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva, pudiendo declarar la ineficacia del contrato solo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada mediante las facultades judiciales moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes*.

Esta previsión de intentar mantener la eficacia total o parcial del negocio con aplicación del brocardo *utile per inutile non vitiatur* no solo

era la práctica habitual de la jurisprudencia de nuestros Tribunales y del Tribunal Supremo, sino que también de modo similar los artículos 9.2 y 10.2 de la Ley de Condiciones Generales, aplicables a no consumidores, prevén que la no incorporación o la nulidad de alguna condición general *no determine la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia, pudiendo el juez integrar el contrato con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil.*

Sin embargo, para los contratos con consumidores, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 señala que *los Estados miembros establecerán que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.*

Pero esta posibilidad de integración y reconstrucción “equitativa” del contrato ha sido declarada contraria al Derecho de la Unión Europea por la STJUE de 14 de junio de 2012 (asunto Banco Español de Crédito). *“Los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible”.*

Este criterio ha sido recogido expresamente por la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, que, aún declarando la nulidad en dicho caso de la llamada cláusula suelo, no declaró la nulidad de los contratos.

Debo reconocer que la situación resultante tras estos precedentes es claramente kafkiana. En efecto, los criterios expuestos solo tendrán aplicación en los supuestos de nulidad de cláusulas abusivas en contratos con consumidores por aplicación de los artículos 82 a 91 de su Ley; mientras que en caso de nulidad o no incorporación de cláusulas calificadas de condiciones generales de la contratación sin presencia de consumidor el juez seguirá teniendo la facultad de integración y reconstruc-

ción del contrato en base a los dispuesto en el artículo 10.2 de su Ley reguladora. No se le escapa a nadie la sinrazón de tan diferente solución, cuando ambas Leyes son claramente tuitivas del contratante más débil.

Por último, he de manifestar mi prevención a conceder al juzgador unas excesivas potestades de recomposición de los contratos privados, convirtiéndolo en estipulador de nuevas condiciones contractuales, ajustando y fijando los parámetros de conmutatividad de los contratos en lugar de dejar todo ello a las partes. Una cosa es la conservación del contrato, si ello es posible tras la declaración de nulidad de una de sus cláusulas, en base a la aplicación exacta de la regla *utile per inutile non vitiatur*; y otra muy distinta, para permitir que sea posible, aceptar amplias facultades de integración y reconstrucción equitativa del contrato, recomponiendo e incluso modificando las reglas establecidas por las partes en una especie de interpretación, diría yo más bien suplantación, de su exacta y manifestada voluntad. No convirtamos al juez en regulador del mercado privado o creador de sus condiciones.

5.- Sobre las consecuencias de la declaración de nulidad por abusiva de alguna condición general o cláusula contractual.

Ya he señalado antes cómo, en base al principio de conservación del contrato presente en los artículos 10 de la Ley de Condiciones Generales y 83 de la Ley General de Consumidores, la declaración de nulidad de alguna cláusula no comporta la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin la cláusula y sin determinar una situación no equitativa en la posición de las partes.

Ahora bien, la declaración de nulidad de una cláusula comporta los efectos de *restitutio in integrum* del artículo 1303 Código Civil y ello con efectos retroactivos *ex tunc*, pues lo nulo nunca produjo efectos. Ello tiene particular importancia en los casos de nulidad por abusivas de algunas cláusulas, como las de redondeo, suelo o intereses de demora, por ejemplo, en cuyos casos la declaración judicial de nulidad debe dar lugar a la devolución por la entidad financiera de las cantidades indebidamente cobradas. Ninguna de las leyes citadas establece alguna especialidad en relación con estos efectos generales de nuestro sistema contractual respecto a las declaraciones de nulidad total o parcial de los contratos. Además, el deber de restitución debe aplicarse a toda declara-

ción de nulidad, tanto sea consecuencia de acciones individuales como de acciones colectivas de cesación, pues ambas presuponen una sentencia condenatoria que, por un lado, declare la nulidad por abusiva y, por otra parte en la acción colectiva de cesación, condene a *cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura*.

Sin embargo, de un modo sorprendente y en un caso de acción colectiva de cesación por nulidad de las cláusulas suelo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (NºR 485/2012) limita los efectos retroactivos de la nulidad, concluyendo que *“la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia”*.

Toda esta Sentencia, pero especialmente su conclusión sobre los efectos de la nulidad declarada de las cláusulas suelo me parece muy criticable y me permito sostener que su argumentación esta plagada de criterios de mera oportunidad, producto de un miedo reverencial a las entidades financieras. En efecto, permítaseme repasar algunos de los razonamientos de nuestro Tribunal Supremo:

1º.- Son puros criterios de oportunidad y no jurídico-materiales el decir que son muy usadas y han sido toleradas (Fundamento 17º.2.4.c y d); o que *la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico*, nada menos. Esto nos lleva a reflexionar que sí que habría retroactividad cuando la cuantía de lo reclamado por el demandante individual no fuera relevante, como ya están resolviendo algunos Juzgados de lo Mercantil.

2º.- Es un mero criterio protector de los intereses individuales de las entidades financieras y no de los consumidores afirmar, siguiendo únicamente el Informe del Banco de España presentado en su día ante el Senado, que la inclusión de estas cláusulas suelo *responde a razones objetivas y que la finalidad de la fijación del tope mínimo responde a mantener un rendimiento mínimo de esos activos que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones*.

3º.- Como la Sentencia declara la nulidad de tales cláusulas suelo

no por la ilicitud intrínseca de sus efectos, sino en la falta de transparencia por la insuficiencia de información, entonces concluye que puede limitarse la retroactividad de tal nulidad. Esta gloriosa distinción digna de la más preclara escolástica le permite al Tribunal establecer que hay en nuestro Derecho diferentes clases de nulidades con diferentes efectos.

4°.- La Sentencia del Tribunal Supremo cita a su favor, en mi opinión de modo sesgado, determinadas afirmaciones de la STJUE de 21 de marzo de 2013 (asunto RWE Vertrieb AG), la que parece permitir en algunos casos la limitación de los efectos de la nulidad con respecto relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la resolución judicial. Pues bien, en dicha Sentencia el TJUE declara abusiva y nula una cláusula contractual por la que una empresa alemana de gas podía unilateralmente modificar las tarifas sin previa información al consumidor y sin que éste pudiera rescindir el contrato de suministro. A petición del Gobierno alemán y de la empresa, alegando graves consecuencias financieras, el Tribunal se plantea la posibilidad *solo con carácter excepcional* (frase que olvida citar intencionadamente nuestro Tribunal Supremo) de no aplicar los efectos de la nulidad a situaciones anteriores a la declaración, siempre que se den los requisitos de buena fe y riesgo de graves trastornos, que debe ser cumplidamente probados. Concluye la STJUE que en el caso concreto *procede declarar que no es dable considerar que se haya acreditado la existencia de trastornos graves que pudiera justificar una limitación en el tiempo de los efectos de la presente sentencia.*

O sea, esta STJUE es precisamente la prueba de todo lo contrario a lo que afirma el Tribunal Supremo, pues decidió no limitar los efectos de la declaración de nulidad.

5°.- Cita también a su favor y también de modo sesgado su anterior Sentencia de 13 de marzo de 2012 (NºR 675/2009). Es cierto que en esta resolución el Tribunal Supremo afirma que el fundamento de la regla de liquidación del contrato nulo *no es otro que evitar que una de las partes se enriquezca sin causa a costa de la otra y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad.* Pero el Tribunal Supremo lo afirma solo a los efectos de resolver el caso concreto, si se lee por completo la Sentencia.

En efecto, se trataba de una acción individual y colectiva interpuesta por una Asociación de Consumidores de nulidad de cláusulas en el contrato de televisión digital por las que, por un lado, para poder acceder a otras opciones era necesario estar suscrito al servicio mínimo y por otra parte se obligaba al arrendamiento del terminal digital decodificador. Pues bien, el Tribunal Supremo, confirmando la nulidad de la última cláusula, aprecia, sin embargo, que el consumidor ha venido disfrutando del uso del decodificador y que en tal caso la nulidad no podría conllevar la *restitutio in integrum*, afirmando que así es en el caso de *relaciones integradas por obligaciones recíprocas de ejecución continuada o sucesiva que han funcionado durante un tiempo sin desequilibrio económico para ninguna de las partes, tanto más si la prestación de una de ellas no puede ser restituida*. En relación con el caso concreto, concluye que *las cantidades reclamadas por la Unión de Consumidores constituyeron la adecuada contraprestación por el continuado uso de los aparatos decodificadores de que disfrutaron los abonados de las demandadas, aprovechamiento que, además, no están en condiciones de devolver y cuyo valor sería compensable con el crédito cuya satisfacción reclaman: artículos 1307 y 1308 Código Civil*.

IV.- Sobre la falta de eficiencia de los mecanismos obligacionales de protección y de los remedios procedimentales que nuestro ordenamiento jurídico ofrece a los consumidores en casos de abuso.

Para ir concluyendo y no abusar más de su paciencia, me permitirán, sin tampoco querer ni poder agotar el tema, dar un repaso a los remedios que nuestra legislación procesal y nuestra teoría general de obligaciones y contratos pone en manos de los consumidores para su defensa. Me referiré a los mecanismos de control judicial concreto a través de las acciones individuales, en las que debe prevalecer en caso de duda la interpretación más favorable al consumidor conforme al artículo 80.2 de la Ley General de Consumidores. No trataré ahora de las denominadas acciones colectivas de cesación contempladas en los artículos 53 a 56 de dicha Ley, en los artículos 12 a 19 de la Ley de Condiciones Generales y en otras normas específicas, que suponen un control abstracto de las cláusulas contractuales, pues el juzgador no puede analizar un caso concreto ni considerar las circunstancias concurrentes en la celebración de un determinado contrato.

Como intentaré demostrar, tampoco en este ámbito se produce una protección claramente eficaz y eficiente.

Empezaré por los aspectos procedimentales.

1.- El insuficiente control preventivo extrajudicial de las cláusulas abusivas o de la nulidad de condiciones generales.

Recuérdese los deberes de información impuestos a Notarios y Registradores sobre la debida información de las condiciones generales de la contratación, inscritas en el Registro especial, así como sobre sus requisitos de incorporación al contrato y obligatoriedad de inscripción, que se contienen en el artículo 23 de su Ley reguladora. Por su parte, el artículo 84 de la Ley General de Consumidores prohíbe a Notarios y Registradores autorizar o inscribir contratos o negocio con cláusulas abusivas, pero solo en aquellos casos en que así se hubiera declarado por sentencia firme inscrita en el citado Registro. Además, el artículo 258.2 de la Ley Hipotecaria ordena al Registrador denegar la inscripción de las cláusulas declaradas nulas de conformidad con la Ley General de Consumidores.

No parece de una gran eficacia práctica por cuanto no supone ningún tipo de control preventivo el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, regulado en el artículo 11 de la Ley y en el Real Decreto 1828/1999 de 3 de diciembre. En efecto, es facultativa y muy poco usada la inscripción en dicho Registro de las condiciones Generales, no teniendo la misma presunción de legalidad ni de legitimación ni de fe pública, sino solo posibilidad de impugnación y de que consten sentencias firmes de nulidad de cláusulas.

Tampoco parece que haya tenido mucho éxito y sea utilizado el facultativo sometimiento a dictamen de conciliación del Registrador Mercantil previsto en los artículos 13 de la Ley y 22 de su Reglamento por quienes desean interponer acciones colectivas y mucho menos en el caso de contratos financieros.

Parece, en consecuencia, que la calificación del Registrador y dicha posible denegación de inscripción ha de referirse a las cláusulas abusivas que también sean condiciones generales y que consten inscritas

en el citado Registro por haber sido declaradas nulas por sentencias firmes y que, por ello, deben ser denegadas por el Registrador cuando tenga conocimiento del contenido del Registro. Por otra parte, la calificación positiva del Registrador y el que se haya practicado el asiento de inscripción no impide la posterior declaración judicial de nulidad de una cláusula.

Es cierto que recientemente y a pesar del tenor literal de los artículos 12 y 18 de la Ley Hipotecaria, la doctrina de la DGRN en sus Resoluciones, entre otras, de 1 de octubre y 21 de diciembre de 2010 y las de 11 de enero y 16 de agosto de 2011 viene afirmando con mucha prudencia que *“el registrador podrá rechazar la inscripción de aquellas cláusulas financieras y de vencimiento anticipado cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto. Es decir, las llamadas cláusulas clamorosamente abusivas. Ello supone que la función calificadora se limitará exclusivamente a la mera subsunción automática del supuesto de hecho en una prohibición específicamente determinada en términos claros y concretos...sin que pueda entrar en el análisis de aquellas otras que, por tratarse de conceptos jurídicos indeterminados o que puedan ser incluidos en el ámbito de la incertidumbre sobre el carácter abusivo, por ejemplo, el concepto general del artículo 82.1, solo podrán ser declaradas abusivas por decisión judicial”*.

Por todo ello y a pesar de los muy recientes loables esfuerzos de información al público y de decisiones adoptadas corporativamente por Registradores y Notarios en esa su función, que definían los clásicos, de *profesor de jurisprudencia de las clases humildes, proletarias y el consejero prudente de los individuos y de las familias*, lo cierto es que el filtro notarial o registral no resulta suficiente para cumplir con la importante tarea de prevenir o eliminar toda cláusula abusiva, puesto que en sus respectivas funciones tanto notarios como registradores no tiene las mismas posibilidades de control o atribuciones que el poder judicial.

Recuérdese que existe otro camino, si se quiere utilizar para establecer un sistema de prevención y es el propio artículo 48.2 de la Ley de Disciplina de las Entidades de Crédito, cuando permite al Ministro de Economía *“determinar las cuestiones o eventualidades que los contratos referentes a operaciones típicas con su clientela habrán de tratar o*

prever de forma expresa, exigir el establecimiento por las entidades de modelos para ellos e imponer alguna modalidad de control administrativo sobre dichos modelos". En un sentido similar se expresa el artículo 29 de la Ley 2/2011 de 4 de marzo de Economía Sostenible, facultando al Ministro a dictar normas "*dirigidas a promover las prácticas de concesión responsable de préstamos; o sobre prestación a los consumidores de los restantes servicios bancarios distintos de los de inversión; o sobre la debida información precontractual*".

Ciertamente que los citados preceptos señalan que tales facultades se conceden "*sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela*". Pero la simple existencia de modelos o contratos tipo y su posible supervisión por el Ministerio o el Banco de España ayudarían a evitar la inclusión de cláusulas abusivas. Por otra parte, la propia legislación de consumidores constituye, sin duda, una limitación a la libertad de contratación.

Asimismo, el artículo 76 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y la Orden EHA/1665/2010 de 11 de junio que lo desarrolla establecen contenidos mínimos de los llamados contratos-tipo de inversión y el mecanismo de su control por la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Por su parte, la Circular 3/2013, de 12 de junio de la Comisión del Mercado de Valores dictada en desarrollo del artículo 79 bis de la Ley impone a las entidades de servicios de inversión el incluir determinados contenidos en los documentos contractuales sobre evaluación de la idoneidad y conveniencia a entregar a sus clientes.

No se diga, pues, que no se puede invadir el ámbito de la autonomía de la voluntad y establecer modelos contractuales que eviten la existencia de cláusulas abusivas. Desde hace tiempo, tanto en Alemania como en Italia la Asociación de la Banca Italiana y la Asociación Federal de la Banca Alemana han venido adoptando *Normas Bancarias Uniformes o Condiciones Generales de negocios de los Bancos Privados Alemanes*, para que sean adoptadas por las entidades de crédito y que constituyen una verdadera regulación de los contratos bancarios.

Por último, es conocida la existencia desde noviembre de 1999 de un “*Plan de actuación en materia de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores*” adoptado en la 13ª Conferencia Sectorial de Consumo, que no ha tenido ninguna virtualidad en la práctica.

2.- La ausencia de remedios ante fallos en el sistema de supervisión y control de estos mercados financieros.

A pesar de encontrarnos en presencia de mercados sometidos a la vigilancia y supervisión de entidades públicas como son el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores, lo bien cierto es que está generalizada la impresión de que se ha producido un letargo supervisor y una pasividad administrativa no solo en la detección a tiempo de graves incumplimientos de la normativa por parte de las entidades financiera, sino también en la actuación inspectora y sancionadora. El principio de precaución en la actuación de la Administración pública ha brillado por su ausencia.

Estas afirmaciones ya se contenían en el Informe del Defensor del Pueblo de marzo de 2013 sobre las participaciones preferentes.

Ciertamente se han producido daños y perjuicios graves en los inversores de los que deben ser responsables, en primer lugar, sus causantes, es decir, las entidades financieras infractoras de deberes de conducta y transparencia, pero también ha llegado plantearse la posible responsabilidad patrimonial de la Administración pública en base al principio constitucional de eficacia de la Administración Pública recogido en el artículo 103 y su responsabilidad del artículo 9.3 de la Constitución mediante el recurso a los artículos 139 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo Común. Sin duda, el perjuicio sufrido es antijurídico y constituye una lesión resarcible por cuanto es evidente que las personas que lo han sufrido no tienen un deber jurídico de soportarlo.

Sin embargo, no resulta fácil de articular a la vista de nuestro actual Derecho positivo esta responsabilidad patrimonial de las autoridades públicas supervisoras. El propio artículo 92 de la Ley del Mercado de Valores señala que la incorporación en Registros Públicos de información, folletos o documentación de entidades de servicios de inversión

no hace responsable a la CNMV de la veracidad de la información en ellos contenida.

Debe recordarse aquí la tradicional jurisprudencia negativa del Tribunal Supremo, como por ejemplo, en sus Sentencias de 25 de abril de 1988 (RJ3203), caso SOFICO; de 16 de mayo de 2008 (RJ 2756), caso AVA; de 27 de enero de 2009 (RJ 3294), caso GESCARTERA y de 25 y 31 de enero de 2012, casos AFINSA-FÓRUM FILATÉLICO. En todas ellas se insiste en los mismos argumentos. En primer lugar, que no puede exigirse una garantía absoluta del adecuado funcionamiento del sistema, dados los límites de la actividad inspectora y de supervisión que razonablemente se puede exigir a la Administración Pública, por cuanto no hay una obligación legal de perseguir todas las posibles infracciones ni de incoar siempre un expediente administrativo sancionador. En consecuencia, si no hay un deber jurídico que pese sobre la Administración y ésta no es exactamente un garante del cumplimiento de la Ley por los operadores financieros privados, no puede construirse una responsabilidad patrimonial de la misma por omisión o inactividad. En segundo término, porque en ocasiones no estamos en presencia de una actividad financiera sino de una operación mercantil de inversión no sometida a esta supervisión. Por último, porque no existe un nexo de causalidad, ni siquiera adecuada, entre la inactividad o ausencia de intervención y el daño sufrido por los inversores.

Sin duda, tales argumentos son formalmente correctos y las víctimas deben orientar sus justas demandas en el ámbito civil o penal contra los responsables, pero es evidente que este resultado es decepcionante para los clientes, que siempre creyeron en la eficacia del funcionamiento de tales Autoridades Públicas supervisoras. Debemos advertir al público en general que los análisis de las informaciones y documentaciones solicitadas por las Autoridades Públicas de supervisión parecen que quedan limitadas a unas meras comprobaciones formales de su regularidad sin entrar en el fondo.

A los perjudicados no les queda otra vía que la exigencia de responsabilidades civiles o penales a los propios administradores o gestores de las entidades financieras, a los auditores de cuentas, a las propias empresas de servicios de inversión o, incluso, a las entidades de rating o ca-

lificación de acuerdo con las reglas establecidas en cada caso en su legislación específica. Aunque en todos estos supuestos tendremos algunas dificultades, no sólo por la exigencia de culpa y necesidad de imputación de sus autores, sino porque no queda claro que sus obligaciones sean de resultado, sino exclusivamente de medios, no existiendo, por regla general, de conformidad con los artículos 254 y 272 del Código de Comercio, responsabilidad para el comisionista que siguió las instrucciones de su cliente y no garantizó el resultado de la operación, salvo supuestos de mala fe o fraude.

3.- La actuación de oficio del juez nacional. El juez de los Estados miembros como Juez comunitario.

Un tema de enorme importancia práctica, cuya vigencia se ha visto reafirmada en los últimos años, parte de la consideración del juez nacional como juez europeo, al que también correspondería la defensa de los objetivos comunitarios expresados en las normas jurídicas de la Unión Europea. Lejos parece la conclusión del llamado Informe Wallis del Parlamento europeo de junio de 2008 al criticar la falta de asunción por los jueces de los Estados miembros de este papel de jueces europeos.

La defensa de los intereses de los consumidores, que es un objetivo básico de la Unión Europea, exige una actuación judicial de oficio en el control y eliminación de todas las cláusulas y conductas abusivas en detrimento de los consumidores y del exigible alto nivel de protección de los mismos.

Esta tesis del análisis judicial de oficio del carácter abusivo o no de una determinada cláusula contractual ha sido claramente reconocida por la jurisprudencia del TJUE en sus resoluciones. Pueden citarse al respecto: la STJUE de 27 de junio de 2000 (asunto Océano Grupo Editorial y Salvat Editores); 21 de noviembre de 2002 (caso Cofidis); 26 de octubre de 2006 (caso Mostaza Claro); 4 de junio de 2009 (caso Pannon GSM); 6 de octubre de 2009 (caso Asturcom Telecomunicaciones); 15 de marzo de 2012 (caso Perenicova); 14 de junio de 2012 (asunto Banesto); 21 de febrero de 2013 (asunto Banif Plus Bank) y 14 de marzo de 2013 (asunto Mohamed Aziz).

El Tribunal Europeo de Justicia expone para fundamentar su posición los siguientes argumentos, que han sido reiterados por las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2010 (RJ 6554) y la reciente de 9 de mayo de 2013:

1º.- El sistema de protección establecido en las Directivas se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional con el que contrata, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas.

2º.- Esta situación de desequilibrio entre consumidor y profesional solo puede compensarse mediante una intervención positiva ajena a las partes del contrato.

3º.- En consecuencia, el juez nacional debe tener la facultad y, más aún, la obligación de apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de las Directivas y, de este modo, subsanar el desequilibrio existente y conseguir los objetivos perseguidos.

4º.- Este control de oficio constituye el medio idóneo no solo para impedir que el consumidor quede vinculado por una cláusula abusiva, sino también para ejercer un efecto disuasorio de la utilización de este tipo de cláusulas en los contratos.

5º.- El juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual no está obligado, para poder extraer las consecuencias de esa comprobación a esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula.

6º.- Pero también el juez nacional no tiene el deber de excluir la aplicación de dicha cláusula abusiva si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula.

7º.- Sin embargo, el principio de contradicción obliga, con carácter general, al juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter

abusivo de una cláusula contractual a informar de ello a las partes procesales y ofrecerles la posibilidad de debatir de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales.

Debe resaltarse con satisfacción el hecho de que mucha de la jurisprudencia del TJUE ha sido dictada con motivo de cuestiones prejudiciales planteadas por jueces y magistrados españoles sensibles a toda esta problemática del control de oficio en su condición de jueces europeos y preocupados por la escasa protección y por las deficiencias de nuestro sistema procesal civil en estos aspectos. Así, insistieron en este tema los magistrados ALONSO GONZALEZ (2012) y VILATA MENADAS (2005), y, por ejemplo, la Junta de Jueces de 1ª Instancia de Valencia ha publicado a lo largo de 2013 diversas unificaciones de criterios en materia del control judicial de cláusulas abusivas.

En la STJUE de 6 de octubre de 2009 (asunto ASTURCOM), ante la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Bilbao, el Tribunal declara que el sistema español de ejecución de laudos arbitrales del artículo 44 de la Ley de Arbitraje y de la aplicable Ley de Enjuiciamiento Civil no es conforme a las Directivas por cuanto no permite al juez nacional analizar de oficio y aunque no se haya impugnado de nulidad el laudo el carácter abusivo de la cláusula y convenio arbitral, no despachando la ejecución e incluso anulando el propio laudo.

En la STJUE de 14 de junio de 2012 (asunto BANESTO), ante la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia de Barcelona, el Tribunal declara que el sistema procesal español del juicio monitorio contenido en los artículos 812 a 818 LEC *“no es conforme con el principio de efectividad, en la medida que hace imposible o excesivamente difícil, en los litigios iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva 93/13 pretende conferir a éstos últimos”*.

En la STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto MOHAMED AZIZ) de gran repercusión pública, ante la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, declara que no es conforme a la Directiva una normativa de un Estado miembro *“que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el ca-*

rácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite al juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final”.

4.- La reforma parcial de los exorbitantes privilegios en nuestro sistema de ejecución que impedían la efectiva protección de los consumidores.

Han tenido que ser nuestros juzgados y tribunales junto con la doctrina del Tribunal Europeo, los que, sensibles ante los problemas derivados de la crisis y la propia presión social, hayan tenido que poner de relieve la extrema dureza de nuestro sistema procesal, tanto en los juicios especiales como el monitorio cuanto en los procesos de ejecución, especialmente el hipotecario, que no permitía articular mecanismos garantes del principio de efectividad en la protección de los consumidores individuales. Especialmente trascendente ha sido la citada STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto Mohamed Aziz), que ha dado lugar a la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, la cual reforma de modo importante sobre todo en caso de la vivienda habitual nuestros procesos judicial y extrajudicial de ejecución. A esta norma le ha seguido alguna modificación aclaratoria de preceptos de la LEC por la Disposición final 4ª de la Ley 8/2013 de 26 de junio de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas.

Esta Ley supera y amplía el limitado contenido del anterior Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio, que se limitó a elevar la cuantía embargable de ingresos mínimos familiares; así como la protección a determinados deudores sin recursos contenida en el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo.

En lo que ahora nos interesa, esta nueva Ley contiene las siguientes novedades de indudable trascendencia:

1ª.- Se suspenden hasta el 15 de mayo de 2015 los lanzamientos sobre viviendas habituales de determinadas familias con escasos recursos económicos.

2ª.- Se moderan los intereses de demora de los préstamos hipotecarios hasta tres veces el interés legal del dinero y solo podrán devengarse sobre el principal sin que puedan ser capitalizados.

3ª.- El juez o el notario puede apreciar de oficio el posible carácter abusivo de alguna cláusula, en cuyo caso dará audiencia a las partes por el plazo de quince días y, oídas éstas, el juez procederá a resolver como si hubiera oposición a la ejecución (nuevos artículos 552.1 y 567.1.3ª LEC). No queda claro que esto mismo lo pueda hacer el notario, ya que el tenor del nuevo artículo 129.2.f de la Ley Hipotecaria parece exigir que cualquiera de las partes plantee ante el juez de 1ª Instancia competente el carácter abusivo de la cláusula y, una vez resuelto, continuará o no el notario la venta extrajudicial.

4ª.- Puede ahora alegarse como motivo de oposición a la ejecución el carácter abusivo de una cláusula (nuevos artículos 557.7ª y 695.1.4ª LEC), debiendo suspenderse la ejecución (artículo 695.2 LEC) y convocarse a las partes no antes de quince días a una comparecencia ante el Tribunal, que oír a las partes y se pronunciará bien decretando la improcedencia o sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula nula fundamente la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de la cláusula abusiva (nuevos artículos 561.1.3ª y 695.3 LEC).

5ª.- No es preciso que el consumidor plantee una demanda por juicio declarativo, sino que el carácter abusivo de las cláusulas se dirime en el propio proceso de ejecución. Por ello, no habrá anotación preventiva de tal demanda, no siendo pues de aplicación el artículo 131 Ley Hipotecaria, que ordena la cancelación de tales anotaciones con la purga de la hipoteca.

6ª.- En caso de vivienda habitual, se limita la continuación de la ejecución contra el patrimonio del deudor por el resto insatisfecho de la cantidad adeudada tras su adjudicación y se hace partícipe al deudor en la plusvalía que se obtenga por el acreedor ejecutante en la posterior venta del inmueble que él se haya adjudicado (nuevo artículo 579.2

LEC). Esto se aplica también a la venta extrajudicial notarial (nuevo artículo 129.2.h) Ley Hipotecaria.

En definitiva, algo hemos avanzado, aunque quede pendiente, a mi juicio, una reforma más profunda de nuestra legislación hipotecaria. No cabe duda de que este trato privilegiado para el acreedor hipotecario, procedente de la Ley sobre Hipotecas de 1861 y del procedimiento judicial creado en 1872 para el Banco Hipotecario y a partir de 1909 extendido a todos los Bancos, consiste resumidamente en que, además de la garantía real y su procedimiento especial de ejecución, tiene a su favor la responsabilidad universal del deudor por la deuda no recuperada con también un proceso especial de ejecución. Pues bien, es posible pensar que todo ello era explicable en su origen histórico por la necesidad de establecer un plus de protección a los acreedores financieros en ese momento de nacimiento de la construcción de viviendas y necesario impulso para el acceso de las clases medias y trabajadoras a su propiedad con contención de los costes de tal financiación. Quizá hoy día estas justificaciones de la normativa han perdido gran parte de su sentido y sería muy conveniente someterlas a nuevo estudio y posible revisión. Pero eso es otra historia, que no puedo abordar en este momento.

Pasaré a exponer también brevemente algunos de los problemas e insuficiencias que plantean los remedios para el consumidor de índole más estrictamente obligacional o contractual.

5.- El error y el dolo como vicios invalidantes y causa de nulidad del contrato.

Nuestros Juzgados y Tribunales vienen apreciando en muchas ocasiones la existencia de un error excusable en el cliente sobre elementos esenciales del contrato, cuando la entidad financiera ha obviado sus obligaciones de información y transparencia en la celebración del contrato, o bien ha incumplido sus deberes de conducta.

Este error viciaría el consentimiento prestado y comportaría la nulidad del contrato en base al artículo 1265 del Código Civil. Se entendería que el error del cliente en estos casos cumple los requisitos del artículo 1266, pues *recae sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente*

hubiesen dado motivo a celebrarlo. En efecto, la voluntad del cliente o bien se habría formado con una falsa presuposición sobre las cualidades de la operación financiera contratada, o bien hubo un error obstativo, es decir, un error en el contenido de su declaración, porque existe divergencia entre lo que declara y lo que quiso contratar. No se trataría de una *falsa demonstratio* o de simples problemas de expresión de los términos, ya que los contratantes están de acuerdo en lo que quieren.

Ahora bien, debe recordarse la consagrada doctrina legal y jurisprudencial sobre los requisitos del error, pues el mismo solo anula el contrato cuando, en primer lugar, es esencial, esto es, recae sobre la cualidad que de manera principal y básica, atendida la finalidad del contrato, motivó la celebración del mismo y, en segundo término, debe ser excusable, es decir, cuando no haya podido ser evitado mediante el empleo de una diligencia media, teniendo en cuenta la condición de las personas, no solo del que lo invoca, sino de la otra parte contratante, cuando el error pueda ser debido a la confianza provocada por las afirmaciones o conducta de ésta.

Así, muchas resoluciones judiciales en materia, por ejemplo de instrumentos financieros derivados, o híbridos, como permutas de tipos de interés o participaciones preferentes, estiman la existencia del error y declaran la nulidad de los contratos. Sin embargo, esta conclusión no puede generalizarse, pues habrá que atender al caso concreto y las circunstancias personales del cliente y su nivel de conocimiento o su condición de profesional experto. Así, por ejemplo, pueden citarse las recientes Sentencias del Tribunal Supremo de 15 y 21 de noviembre de 2012 (NºR 796 y 1729/2010), en las que no se aprecia error alguno y se reiteran los requisitos para estimar el mismo.

En otras ocasiones, los clientes demandantes alegan el dolo como invalidante del consentimiento a tenor de los artículos 1265, 1269 y 1270 del Código Civil con la consiguiente nulidad del contrato. Se trata en estos contratos financieros de una extrema asimetría de información de las partes y de un poder negociador de una sobre otra tan intenso, que cabe dudar si la nulidad, que declaran nuestros Tribunales, se funda en un error provocado o en la objetiva situación de abuso de poder sobre una persona que no ha podido o no se ha atrevido a negarse a contratar.

En efecto, hay dolo cuando el agente se prevale de esa asimetría negociadora para conseguir la celebración del contrato, que además por su contenido resulta beneficioso para él. Muchas veces, los demandantes hacen valer conjuntamente el error y el dolo, o el error provocado por dolo y la mayoría de las veces los Tribunales anulan el contrato por error y no por dolo, porque la prueba del error es más fácil que la prueba del dolo, ya que en éste la víctima tiene que acreditar el ánimo de engañar. No cabe duda de que en muchas ocasiones las infracciones de los deberes de conducta o la no realización o falsedad de los test de idoneidad y de conveniencia por parte de la entidad financiera podrán servir de argumento para probar *las palabras o maquinaciones insidiosas graves que indujeron al cliente a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho*. De nuevo, habrá que estar a las condiciones personales de los clientes. En tales casos podrá demandarse la correspondiente indemnización de daños y perjuicios a tenor del artículo 1101 del Código Civil.

Naturalmente, la declaración judicial de nulidad de un concreto contrato por estos vicios del consentimiento comporta en estos casos individuales, sin lugar a dudas, las consecuencias previstas en el artículo 1303 Código Civil, debiendo la entidad financiera devolver la inversión realizada.

6.- La demanda de incumplimiento y resolución del contrato.

En otras ocasiones los demandantes alegan simplemente incumplimientos del contrato por la infracción de los deberes de conducta establecidos en las normas de información y transparencias, solicitando la resolución del contrato con indemnización de daños y perjuicios en base a los artículos 1124, y 1101 del Código Civil.

Nada impide la eventual acumulación de la acción de nulidad por error y una acción de incumplimiento, así como de la acción de nulidad por dolo y la propia indemnización de daños.

Pero no cabe duda de que el incumplimiento de normas protectoras de los intereses de la parte afectada puede ser caracterizado como un incumplimiento contractual, que comportaría la resolución del contrato y la indemnización de los daños, sin estar sometida al plazo de prescripción de los cuatro años de la acción de nulidad conforme al artículo 1301 del

Código Civil. Pero en estos casos sobre el cliente demandante recae una gran parte de la prueba, por cuanto todavía no hemos aplicado, a diferencia de otros empresarios, a las entidades financieras de un modo claro la llamada doctrina del riesgo empresarial, que podría suponer una responsabilidad por culpa presunta con inversión de la carga de la prueba.

El incumplimiento de las normas de conducta y de los deberes de información y transparencia no solo generan una responsabilidad civil contractual, por cuanto, como ya dijo la Sentencia del tribunal Supremo de 24 de marzo de 2006 (RJ 1908), suponen infracción de reglas de diligencia y comportamiento debidos, que integrarían los deberes de prestación por parte de la entidad financiera conforme al artículo 1258 del Código Civil, sino que también suponen el incumplimiento de los deberes de todo mandatario o comisionista para con el principal.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2013 (NºR 1826/2010) condena a la entidad a devolver toda la inversión perdida por no haber respetado el perfil conservador del cliente, sin que pueda apreciarse el caso fortuito, porque *“la entidad de crédito hizo correr al patrimonio del demandante un riesgo que éste contractualmente no deseaba y solamente ya este incumplimiento contractual comportaba de por sí una falta de diligencia exigible a todo profesional del sector, que entre sus obligaciones frente al cliente tiene la de protegerle frente a los riesgos de su inversión no deseados, entre ellos un posible fraude de terceros”*.

7.- Las quejas y reclamaciones de los clientes.

Tras diversos vaivenes legislativos, el sistema que permite plantear a los clientes de las entidades financieras sus quejas por demoras, desatenciones o actuaciones deficientes, así como sus reclamaciones por perjuicios causados se articula en dos niveles.

Por un lado, el artículo 29 de la Ley 44/2002 de 22 de noviembre y la Orden ECO/734/2004 de 11 de marzo regulan los departamentos y servicios de atención al cliente de obligatoria existencia en todas las entidades de crédito, aseguradoras y empresas de servicios de inversión. Es interesante subrayar que la decisión de los defensores del cliente favorable a la queja o reclamación vincula a la entidad financiera.

Por otra parte, el artículo 31 y la Disposición Final 11ª de la Ley 2/2011 de 4 de marzo de Economía Sostenible, que modifica el artículo 30 de la Ley de 22 de noviembre de 2002, y la Orden ECC/2502/2012 de 16 de noviembre suprimen los Comisionados que había creado la Ley de 2002 y resucita los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, competentes para recibir y tramitar las quejas, reclamaciones y consultas de los clientes. Es importante señalar que para la admisión y tramitación de una reclamación o queja ante estos servicios es imprescindible acreditar haberlas formulado previamente ante el servicio de atención al cliente de la entidad y haber esperado al menos dos meses para su resolución en aquella instancia.

Excede de los límites de este acto y de lo que ustedes deben soportar analizar ahora todo lo relativo a estos servicios. Pero me interesa destacar sus insuficiencias y defectos que los están haciendo poco eficientes y atractivos para la clientela.

En efecto, además de las críticas emitidas por el Consejo de Estado con motivo de su Informe a la Ley de Economía Sostenible, podemos enunciar los siguientes problemas o defectos:

1º.- A pesar de la insistencia de las normas reguladores de tales instituciones lo cierto es que no existe una total garantía de la independencia de sus titulares, que son nombrados por las propias entidades o autoridades supervisores, establecen su reglamento de funcionamiento y dependen de sus medios materiales, humanos y técnicos.

2º.- Ni el defensor del cliente ni los servicios de reclamaciones entran a valorar cuestiones económicas o referidas a los posibles daños y perjuicios causados, ni establecen condenas pecuniarias concretas, por lo que obligan al cliente a plantear en sede judicial la reclamación en el juicio declarativo oportuno con la consiguiente pérdida de tiempo y dinero.

3º.- El informe desfavorable a la entidad financiera de los servicios de reclamaciones, que no es un acto administrativo recurrible, no le vincula. Se trata de una simple invitación a la rectificación. Sin embargo, el Consejo de Estado lo califica de acto administrativo de informe, que permitiría bien esa rectificación voluntaria a favor del cliente o bien

la apertura de expediente sancionador por parte del regulador. La entidad debe comunicar al servicio su rectificación en el plazo de un mes, sin perjuicio de la apertura de expedientes de responsabilidad en los casos graves o reiterados de incumplimientos de las normas de transparencia y protección de la clientela (véase el tenor del artículo 30 de la Ley de 22 de noviembre de 2002 y el artículo 14 de la Orden de 16 de noviembre de 2012).

V.- A modo de conclusiones.

Esbozaré, para terminar, algunas reflexiones personales que me han surgido al hilo del estudio del tema expuesto.

Primera.- Es en los momentos de profunda crisis económica, social y moral, como la que vivimos, cuando se ponen a prueba todos los mecanismos e instituciones creadas por las normas jurídicas para la tutela y protección de los contratantes no profesionales y del propio orden público económico.

La realidad ha demostrado que dichos mecanismos existentes actualmente no han funcionado. Más aún, los juristas seguimos anclados, a pesar de la tozudez de los nuevos hechos y realidades, en una concepción liberal-burguesa del contrato fundada en la libre autonomía de la voluntad, seguimos confiando nuestro futuro a las libres fuerzas del mercado, si más no a la “*mano invisible*” de Smith.

Sostengo, pues, que ni los antiguos dogmas contractuales, ni meros formalismos de información precontractuales, ni la formulación de burocráticos cuestionarios de idoneidad y conveniencia, van a resolver los problemas y evitar la repetición de los abusos cometidos. Es preciso, pues, como pedía siempre ASCARELLI, un nuevo atento análisis de la realidad.

Es llegado el momento del control y la intervención, de la regulación y de la sanción ejemplar, porque el sistema financiero español y el de Europa o del mundo es demasiado importante como para dejarlo exclusivamente en manos privadas, como si su funcionamiento solo tuviera interés privado y no un enorme interés público.

Segunda.- Las buenas relaciones de negocios entre las entidades financieras y los clientes son cruciales para el desarrollo de cualquier sistema financiero de un país. Es necesaria una mutua lealtad y confianza entre las entidades y los consumidores. Cuando no existe completa transparencia y claridad en los precios de los productos financieros, cuando el cuidado y protección de los consumidores es inadecuado o los mecanismos de resolución de los conflictos son costosos o ineficaces, los sistemas financieros son menos eficientes y accesibles que lo serían en caso contrario.

Precisamente por ello, nadie menos sospechoso que el propio Banco Mundial ha venido elaborando una serie de documentos e informes, el último fechado en junio de 2012, sobre “*Good Practices for Financial Consumer Protection*”. De nuevo, parafraseando a Adam Smith, no se trata, pues, de que se deba confiar la buena conducta de las entidades financieras a su bondad y amor al prójimo, sino a su propio interés y móviles egoístas. Interesa a esas entidades y a su propio negocio el cumplimiento de todas las normas y reglas de protección de la clientela.

Diré más: la normativa de protección de la clientela y de los consumidores desarrollada en los últimos treinta años no ha impedido el aumento de la operativa financiera, ni ha hecho peligrar los beneficios de las empresas de servicios financieros, ni ha aumentado el coste del crédito o hecho descender su volumen. Todo lo contrario, ha contribuido a mejorar el sistema, a incrementar la confianza en el mismo por parte de todos.

Los problemas de falta de confianza y descrédito en el sistema financiero y en sus entidades surgieron cuando éstas empezaron a abusar del crédito irresponsable sin preocuparse del sobreendeudamiento de familias y empresas y comenzaron a colocar y vender de modo indiscriminado a cualesquiera clientes productos financieros complejos y sofisticados sin tener en cuenta el perfil del cliente y su inclinación o aversión al riesgo.

La insuficiencia de las medidas de soft law hace necesaria una regulación desde normas jurídicas de hard law, cuya finalidad es la estabilidad e integridad del sistema financiero, así como la protección de la confianza y de la correcta gestión de los riesgos de los clientes.

Tercera.- Es conveniente pasar del concepto de desvalido, desinformado y poco menos que disminuido consumidor o usuario al más exacto y noble concepto de cliente o inversor. De este modo, las normas prohibitivas de las cláusulas abusivas, por ejemplo, se aplicarían a cualquier contratante, transformándose de normas tuitivas en normas de aplicación general, como lo son las normas sobre condiciones generales de la contratación. Además, debe insistirse en que el modelo de diligencia de las entidades de los mercados financieros a tomar como referencia no es el general de un buen padre de familia, sino del empresario experto, el cual debe cuidar del negocio ajeno como si fuera propio.

Cuarta.- Es necesario establecer algún tipo de mecanismos preventivos más eficaces que los actuales notariales o registrales, a fin de poder analizar las condiciones generales de la contratación y el carácter abusivo o no de alguna de sus cláusulas.

A la vista de todo lo sucedido resulta evidente que es de todo punto insuficiente e ineficaz canalizar, como hace la Unión Europea y los Estados miembros, la protección del cliente solo a base de normas u obligaciones de información y transparencia, que acaban convertidas en la práctica en pura rutina burocrática.

Quinta.- Debería potenciarse por el legislador de un modo decidido la solución de arbitraje voluntario entre las partes, pactado de modo previo en todos los contratos financieros, para la solución de los problemas y conflictos que puedan surgir en la interpretación o ejecución de las operaciones del sistema financiero. No parece ni razonable ni eficiente la regulación legal a posteriori, una vez estallado el conflicto, de mal llamados mecanismos arbitrales con determinados clientes como los contenidos en el Real Decreto Ley 6/2013 de 22 de marzo, en el que, tal y como hacía la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, empieza sorprendentemente a denominar a los clientes e inversores perjudicados simplemente *acreedores*.

Además, esa especie de arbitraje ad hoc adolece de graves defectos jurídicos, comenzando porque propone al cliente someterse a un informe de una consultora designada por una sola de las partes y después someterse al arbitraje de una institución la Junta Nacional de Arbitraje de Consumo con residencia en el domicilio operativo del empresario y no a otra institución acordada entre las partes.

No parece tampoco muy adecuado para lograr un acuerdo en estos casos de controversias entre las entidades financieras y sus clientes el procedimiento de mediación regulado en el Real Decreto-ley 5/2012 de 5 de marzo.

Sexta.- En relación con los organismos públicos reguladores, encargados de la supervisión, control, intervención y sanción de los sujetos operadores en el sistema financiero, sería ya hora de configurar conceptual y jurídicamente estas funciones de supervisión y control no ya como una competencia administrativa, sino como un deber. Si se trata de un deber u obligación, su incumplimiento por acción u omisión causante de daños a los usuarios o clientes podría desencadenar una responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. En definitiva, la tarea de vigilancia y corrección de malas prácticas financieras sería un nuevo modelo de servicio público exigido por la nueva realidad económica.

Séptima.- Debe insistirse en la aplicación de la llamada teoría del riesgo a los mercados financieros. Esta tesis ha sido desde hace tiempo introducida por nuestra jurisprudencia para la actividad empresarial en una nueva construcción de la responsabilidad con la modalidad de culpa presunta con inversión de la carga de la prueba. Así, la responsabilidad contractual o extracontractual de las empresas de servicios de inversión y financieras debería medirse por el elevado riesgo que introducen en el mercado con los nuevos productos financieros inventados y preparados por ellas y ya no por deberes contractuales específicos. Propugno, incluso, que en algunos supuestos se construya legalmente sistemas de responsabilidad objetivos o cuasi objetivos.

Octava.- El sistema de economía de mercado ya no puede basarse hoy día en el dogma del contrato, sino más bien en las diversas instituciones públicas y privadas que la construyen y en los procedimientos que la hacen realidad. Del mismo modo que nadie sostiene ya hoy que las personas jurídicas o las sociedades mercantiles son solo un contrato privado, sino verdaderas instituciones del mercado, así los contratos financieros no son solo regulaciones privadas, sino instituciones del orden público económico y, por tanto, necesitadas de regulación.

Novena.- En definitiva, el contrato en el ámbito de los productos y servicios financieros ya no puede entenderse como el marco de la au-

tonomía de la voluntad de los individuos para regular sus propios intereses, sino que constituyen modelos preestablecidos o marcos de organización para la distribución de estos bienes y servicios, de creación empresarial, con la finalidad de hacer funcionar los mercados financieros, a los que simplemente se adhieren los clientes contratantes.

Décima.- Por último, insistiré en que cuantos más requisitos, cualidades o nivel de formación exijamos en el concepto de consumidor medio para delimitar el alcance subjetivo de las normas protectoras, estaremos aumentando en proporción geométrica la libertad de actuación y ausencia de reglas de control en los comportamientos económicos y contractuales de las entidades financieras. Es preciso, pues, no bajar el listón de eso que hemos llegado a denominar el consumidor medio.

Concluiré, recordando las palabras de RUDOLF VON IHERING:

Todo derecho en el mundo ha sido logrado por la lucha, todo precepto jurídico importante ha tenido primero que ser arrancado a aquellos que le resisten y todo derecho, tanto el de un pueblo como el de un individuo, presupone una disposición constante para su afirmación.

Sigamos luchando, pues, por un buen Derecho.

He dicho.

Muchas gracias.

**CONTESTACIÓN DEL PROFESOR Y ABOGADO DR. D. JAVIER
BOIX REIG AL DISCURSO DE INGRESO EN LA ACADEMIA
VALENCIANA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN
PRONUNCIADO POR EL PROFESOR DR. D. ANTONIO SOTILLO
MARTÍ.**

Con la venia

Excmo. S. Presidente de la Academia.

Excmos. Sres. Académicos.

Excmas. e Ilmas Autoridades

Sras. y Sres.

I.- El discurso

1.- Es fácil y a la vez difícil contestar al discurso de ingreso en esta Real Academia del Prof. Dr. D. Antonio Sotillo Martí.

Fácil porque son obvios sus méritos, hasta el punto de ser la Academia, y específicamente nosotros, los Académicos, quienes debemos agradecerle que haya aceptado este nombramiento, acordando unánimemente. Sin duda que con su presencia el debate se va a enriquecer, la discusión será constructiva y con la necesaria voz alta que le caracteriza, preñada de anécdotas, detalladamente contadas, que lejos de ser baladías enriquecen la razón de ser de todo debate, el sentido mismo de las cosas, el sentido jurídico.

Difícil por razón de la materia, en principio alejada de lo propio de mi área de conocimiento. Y digo en principio por cuanto todo lo re-

lativo a la protección del consumidor y del propio sistema financiero era tradicionalmente ajeno al derecho penal, hasta que como consecuencia de exigencias propias del Estado social de Derecho se elaboró el llamado derecho penal económico, mas tardíamente en España, puesto que el primer intento tuvo lugar mediante el Proyecto del Código Penal de 1980. Ciertamente que tras la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 tuvieron lugar algunas reformas que apuntaban en ese sentido. Tuvo que ser el Código penal de 1995 el que diera paso definitivamente a este modelo, incorporando los delitos contra el orden socioeconómico en el Título XIII de su libro segundo, si bien pueden encontrarse otros delitos de similar alcance antijurídico en títulos posteriores. Los delitos relativos al mercado y a los consumidores se regulan en dicho título, en los artículos 28 a 286, si bien debe destacarse que en otros lugares del Código penal también se otorga protección a los consumidores, en cuestiones tan relevantes como los fraudes alimentarios o ciertas estafas que afectan de modo muy concreto al consumidor (1).

2.- El discurso del nuevo académico es enormemente claro y contundente. Pone de manifiesto que no son tiempos para disquisiciones escolásticas, diría yo que mal digeridas. Califica, con acierto, de “gloriosa distinción digna de la mas preclara escolástica” la que permite al Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de mayo de 2013 limitar los efectos retroactivos de la nulidad de las cláusulas suelo, producto, sigue diciendo, “de un miedo reverencial a las entidades financieras”

El hilo argumental de nuestro destacado mercantilista discurre mediante el abandono de una concepción liberal del sistema económico, lo que ciertamente no debiera ser resaltado por cuanto puede parecer una obviedad, si no fuera por los tiempos que corren en nuestra economía globalizada. Cuestiona, con razón, en la materia estudiada, que “tampoco se sostiene hoy día el principio de la sustancial igualdad de las partes contratantes” y que “la parte que ha impuesto las condiciones contractuales no asume realmente ningún riesgo en la operación”.

Como consecuencia del planteamiento, que entiendo nuclear, del discurso, considero que cabe decir que dos conclusiones o pilares básicos cabe extraer, fiel reflejo del intenso fondo ideológico, como no puede ser de otra manera, del mismo.

2.1.- La consideración de “lo público” en esta materia. Ya no estamos ante una cuestión meramente iusprivatista. Afirma: “El sistema de economía de mercado ya no puede basarse hoy día en el dogma del contrato” y añade “los contratos financieros no son sólo regulaciones privadas, sino instituciones del orden público económico y, por tanto, necesitadas de regulación”.

2.2.- La relevancia, en consecuencia, de una acabada regulación de los organismos públicos reguladores, siendo hora de “configurar conceptual y jurídicamente estas funciones de supervisión y control no ya como una competencia administrativa, sino como un deber”. Y sigue diciendo: “Si se trata de un deber u obligación, su incumplimiento por acción u omisión causante de daños a los usuarios o clientes podría desencadenar una responsabilidad patrimonial de la Administración pública. En definitiva, la tarea de vigilancia y corrección de malas prácticas financieras sería un nuevo modelo de servicio público exigido por la nueva realidad económica”.

No le falta razón a Antonio Sotillo. La defensa de los intereses del consumidor se confunde, debe serlo, con la defensa del propio sistema económico. Y ello hasta el punto de que, como antes se ha señalado, ha tenido que configurarse una nueva parcela del derecho penal para tutelar dichos intereses tan gravemente afectados en estos tiempos. Como consecuencia las categorías básicas de la propia teoría del delito han sido podríamos decir que reconfiguradas, introduciéndose en ocasiones elementos que han llegado a alarmar a los penalistas por razón de la necesidad de sostener principios básicos del Derecho Penal propios del Estado de Derecho (2). Este, por decir así, “forzamiento” del Derecho Penal, frente al que todo “cuidado” es poco por lo antes dicho, es una consecuencia de la necesidad real de defender al consumidor y al propio sistema.

La introducción en nuestro Código por Ley Orgánica 5/2010 de la llamada estafa de inversores -artículo 282 bis del Código penal- constituye una respuesta no sólo a las exigencias propias de la Directiva 2003/06 del Consejo, sino a la situación real que viene produciéndose en nuestro país, y también en otros de nuestro entorno (3). Se trata de un ejemplo más en el que mediante la intervención del ius puniendi se ponen de manifiesto los intereses no sólo particulares sino públicos en juego.

Como al inicio he señalado la intervención del derecho penal constituye un reflejo de una concepción social del Estado de Derecho. La necesidad de tutela de los derechos de los consumidores se convierte en uno de los ejes del derecho penal económico, también cuando el propio sistema financiero los desprotege. Conviene recordar en este punto que viene de lejos la pretensión punitiva en relación con la protección de los consumidores en el marco de la libre -supuestamente- competencia, al entender que en este sistema constituye una garantía el ejercicio de la libre competencia sin que se interpongan obstáculos artificiales (Broseta) derivados de prácticas colusorias o abusivas. Es un clásico en nuestro Código penal el delito llamado de maquinaciones para alterar el precio de las cosas. En 1971 se incorporó al Código penal y constituyó -art. 541- un precepto simbólico, prácticamente inaplicado, que no era más que un “lavado de cara” del sistema, pero formalmente necesario en el contexto europeo de la época por ser normativamente requerido por la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963. Pero, como digo, la regulación penal era simbólica, y dicha regulación lejos de comportar una real tutela de los consumidores, de los ciudadanos, sólo desnudaba las contradicciones del propio sistema capitalista en su versión más pura, y por lo tanto lacerante, para los derechos de las personas, en su vertiente económica y social. El actual artículo 284 del Código penal contiene una regulación de las conductas tendentes a alterar el precio de las cosas, y otras, sin que se haya hecho caso a quienes proponen una previsión, contundente y precisa, con la debida respuesta penal, de prácticas colusorias y abusivas especialmente graves, contrarias a los derechos de los consumidores y teóricamente al propio sistema de libre competencia. En todo caso, la virtualidad práctica de la vigente regulación no es más esperanzadora que la anterior. Tal vez siga teniendo valor lo afirmado en 1975: “el afectado en última instancia en este tipo de conductas delictivas es el consumidor, aunque igualmente repercutan en la economía nacional, y, por tanto se precisaría que éste pudiera participar en el ejercicio (real, añadido ahora) del control político y económico. Naturalmente, ello no es posible en una situación en la que el ciudadano no goza de esta posibilidad, en una sociedad en la que, debido a su sistema económico, el control de la economía es ejercido privilegiadamente por determinados grupos. Tal vez, pues, la inoperancia legislativa en esta materia se deba a las peculiares características del auténtico sujeto activo de estos delitos, a quien no le importa,

sino que incluso le interesa, que nazcan leyes cuando sabe que en todo momento puede controlar su operatividad.

En consecuencia -decía entonces-, resulta lógica la inaplicabilidad de los preceptos indicados, la cual, en última instancia, no reside tanto en deficiencias legislativas o de instrumentación cuanto en las razones antes apuntadas, dimanadas de un sistema económico neocapitalista. En definitiva, son tipos penales que difícilmente, se introduzcan las modificaciones que se quieran, van a ser aplicados en esta materia, ya porque en unas ocasiones el propio sistema los haga inoperantes, ya porque con un cambio de sistema no tendría razón de ser” (4). Palabras de juventud, pero que sustancialmente a mi entender siguen vigentes.

3.- Nuestro académico ha puesto de manifiesto en su brillante discurso que los organismos públicos de supervisión y control del mercado financiero deben tener un deber de actuación. Y como he adelantado considero que debe ser subrayada esta idea, por las consecuencias que tiene dicha obligación, al decir de Antonio Sotillo en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Debe ponerse especial énfasis en la necesidad de que los instrumentos públicos funcionen, y precisamente cuando de la protección de intereses difusos se trata, estando en juego los propios de los ciudadanos, la actuación preventiva de la Administración es básica, y si no se produce se debe responder incluso penalmente. Tal vez no baste hablar de responsabilidad patrimonial de la Administración, que también, sino que haya que dar un tratamiento análogo al que prevé nuestro Código penal en los delitos contra el medio ambiente y los recursos naturales o en los delitos contra la ordenación del territorio; responsabilidad penal por conductas dolosas de responsables de la administración en esta materia. Son las llamadas prevaricaciones específicas (artículos. 320, 323 y 329 del Código penal) de quienes resuelven, informan o inspeccionan. Es momento de, en la línea manifestada por nuestro nuevo Académico, suscitar la conveniencia político-criminal, o al menos el debate en profundidad, de ampliar el ámbito de las prevaricaciones específicas en esta materia y de plantear el alcance adecuado de las consecuencias jurídicas de encontrarnos ante supuestos de grave negligencia. El nuevo artículo 433 bis del Código penal, incorporado al Código penal por Ley Orgánica 7/2012 articula, entre los delitos contra la Administración Pública, un

delito de ocultación, simulación y falseamiento de las cuentas públicas (5). Su textura e incluso su aplicación sistemática puede ser discutible, y lo es. Pero no cabe duda que se profundiza en la exigencia de responsabilidades, en los gestores públicos, lo que ánima a plantear si es necesario, como se ha señalado, entrar en el debate, mas amplio, del alcance eficaz de la responsabilidad del supervisor; debate abierto en su discurso por nuestro nuevo Académico.

4.- Concluye Antonio Sotillo con una cita de Ihering y una llamada a la lucha por “un buen Derecho”. La necesidad de la lucha por el Derecho puesta de manifiesto por dicho autor ante su análisis de la “crisis del derecho” en su época, o la reafirmación en “la fe en el derecho”, también magistralmente manifestado por Calamandrei, lleva a nuestro mercantilista a hacer una llamada a la lucha por un buen Derecho. Matiz importante, de lo que es reflejo su metódico discurso, y que se plasma en sus certeras conclusiones, que se traducen en la defensa de los derechos de los ciudadanos, en su condición de consumidores.

II.- El Académico.

Constituye una exigencia, que cumplo con placer, hacer una referencia, siquiera sea breve, al Académico, el Profesor doctor D. Antonio Sotillo Martí.

Nacido en 1949, hijo de jurista, casado y con dos hijos, es Profesor Titular de Derecho Mercantil en nuestra Facultad de Derecho, de la Universitat de Valencia, obvio es decirlo, pero conviene hacerlo, nuestra universidad pública.

En el año 1973 se licenció en Derecho -afortunadamente no se podía hablar entonces de Grado en Derecho- y lo hizo con Premio Extraordinario. Fue Becario de Investigación del Ministerio de Educación y Ciencia, en una época en la que era el mecanismo ordinario para empezar la vida universitaria con bastante garantía -hoy inexistente- de continuidad. En 1974 obtuvo el Premio de la Fundación Cañada Blanch, y me es grato recordarlo, pues fue para mí un gran honor compartir dicho premio, en su primera edición, con Antonio Sotillo, para alegría, tam-

bién compartida, de nuestros Maestros, los Profesores Broseta y Cobo del Rosal.

Tiene doble doctorado, pues es “bolonio”, lo que era mucho decir en aquella época. Así, en 1976 adquiere el título de Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia (Italia), disfrutando una beca del Real Colegio de San Clemente de los Españoles. Su Tesis tenía por título “Il marchio collettivo” y fue dirigida por el profesor Gerardo Santini, Catedrático de Diritto Commerciale. Por la Universitat de València se doctoró en 1978. Su Tesis titulada “La cláusula sin gastos en la letra de cambio” fue dirigida por el profesor Manuel Broseta Pont, Catedrático de Derecho Mercantil. En ambos casos obtuvo la máxima calificación: sobresaliente “cum laude”, otorgándole la Universitat de València el Premio Extraordinario del Doctorado y la Universidad de Bolonia el Premio Jurídico “Leone Bolaffio”.

Nuestro nuevo Académico entra en política. Y esto lo quiero destacar, pues estando en la política “de todos” en la época difícil, con gran compromiso democrático en la lucha por las libertades, corriendo riesgos que entendía necesarios, en paralelo a su inicial brillante, como se ha visto, carrera universitaria, y siguiendo en la política activa en las primeras legislaturas de la democracia, lo que para algunos eran tiempos de consolidación legítima de su proyección académica y universitaria para él supuso un sacrificio evidente. Su compromiso político no sólo no le supuso ventaja alguna en lo académico, lo que quiero resaltar públicamente pues de justicia es hacerlo así, sino que comportó una merma o limitación. En este sentido sólo puede constituir motivo de agradecimiento que diferenciara claramente los planos, lo que en modo alguno ha provocado que dicho sacrificio personal lo haya sido en lo jurídico. Tal vez ha agrandado, como así creo, la dimensión jurídica de nuestro Académico.

En el ámbito político fue Diputado al Congreso, por el Partido Socialista Obrero Español, desde 1977 a 1986 por Castellón y por Valencia. Ha sido Subsecretario del Ministerio de Relaciones con las Cortes y Secretaría del Gobierno desde septiembre de 1986 a igual mes de 1988. En los años 1994 y 1995 presidió el Comité Económico y Social de la Comunidad Valenciana, órgano consultivo previsto en el Estatuto de Autonomía compuesto por representación sindical, empresarial y del Go-

bierno Valenciano. También fue Vicepresidente de la entidad de crédito Caja de Ahorros de Valencia -insisto, de Valencia- desde 1989 a 1993.

En su obra relativa a trabajos sobre sociedades mercantiles, letra de cambio, seguros y derecho concursal, debo mencionar:

- “El contenido de las prestaciones accesorias en la Sociedad de Responsabilidad Limitada”, en Revista de Derecho Mercantil, nº 135-136, págs. 91 y ss.
- “En torno a la coincidencia temporal entre la solicitud de suspensión de pagos y la quiebra”, en Revista Jurídica de Cataluña, nº 1, 1977, pág. 77 y ss.
- “El debate parlamentario de la Ley de Contrato de Seguro”, en Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro, Ediciones del Colegio Universitario de Estudios Financieros del Consejo Superior Bancario, Madrid, 1982, vol. II, págs. 1299 y ss.
- “La impugnación de acuerdos sociales y del Consejo de Administración. Análisis de la Jurisprudencia del tribunal Supremo”, en Estudios Judiciales, nº 107, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pág. 169 y ss.
- “Créditos concedidos en propuestas de convenio para la viabilidad de empresas concursadas y créditos subordinados”, en Curso sobre la aplicación de la Ley Concursal, Editorial Tirant lo Blanch, 2008, págs. 427 y ss.

Antonio Sotillo también ha ejercido como abogado, desde octubre de 1988, si bien en el periodo 2001-2007 fue no ejerciente por incompatibilidad con la dirección del Departamento de Derecho Mercantil de nuestra Universidad. Esta vertiente práctica le ha permitido alcanzar la deseable plenitud jurídica, alejada de cualquier indeseable divorcio entre teoría y práctica. La ineludible tensión por la práctica de todo jurista cabal le ha llevado a colaborar constantemente con nuestro Ilustre Colegio de Abogados, por ejemplo durante ocho ediciones en el Curso para formación de administradores concursales de acuerdo con la exigencia prevista en la Ley Concursal española, y a ser coautor intelectual del Mas-

ter de la Abogacía puesto en marcha conjuntamente por el Colegio y la Universitat de València, impartiendo docencia en el mismo hasta el año 2009. Esta dimensión teórico-práctica del Derecho, como jurista integral, le ha llevado no sólo a impartir conferencias en diversos Colegios de Abogados y Notariales en España, sino también en el extranjero, impartiendo Máster y Doctorados en las Universidades de Cuenca (Ecuador) y Santa Cruz de la Sierra (Bolivia) o lecciones de su especialidad en las de Buenos Aires y de la República Oriental de Uruguay en Montevideo.

Entre las distinciones otorgadas a Antonio Sotillo quiero destacar la concesión en 1981 por el Ministerio de Justicia de la Cruz de Honor de San Raimundo de Peñafort y la Orden del Mérito Constitucional otorgada por el Gobierno español en 1988.

Concluyo. Este es el nuevo Académico, que a todos nos va a enriquecer aún más, pues como se ha visto y oído con motivo de su excepcional discurso es un jurista de gran altura, con la claridad expositiva del que realmente sabe. Le viene de cuna, pero sin duda algo ha hecho de su parte. En nombre de todos los académicos te doy las gracias por aceptar este nombramiento. Sin duda que seguirás contribuyendo, y la Academia es lugar para ello, a la consecución de un buen Derecho.

Nada más.

NOTAS

1.- Al respecto, vid. Anarte Borrallo, E y Doval Pais, A: en Delitos relativos al mercado y a los consumidores. Lección XVIII, vol. II, Derecho Penal Parte Especial. Ed. Iustel. Madrid 2012.

2.- En este sentido, entre otras, es ilustrativa la obra colectiva “Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores. “dir. Boix Boix, J. Boix y Bernardi, A. Ed. Iustel. Madrid 2005.

3.- Vid. Lección XIX de la otra citada en nota 1, por Doval Pais, A. y Anarte Borrallo, E.

4.- Represión penal de las prácticas restrictivas de la competencia. Revista de Derecho Público 2ª época, Lección III, vol. II, nº 67.1975, pag. 306.

5.- Vid. Mochón López, L y Molina Mesa, J. : La protección penal de las finanzas públicas y la responsabilidad de los gestores públicos. Ed. Civitas. Thomson Reuters. Pamplona 2013







