

ALFONSO CAVALLÉ, NOTARIO. DECANO DEL COLEGIO DE LAS ISLAS CANARIAS
 LORENZO PRATS, CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL DE LA AUTÓNOMA DE BARCELONA

Un alto grado de protección del consumidor en la contratación financiera

Una de las facetas de la crisis muestra cómo, con carácter previo a su *estallido*, entidades, clientes e instituciones relajaron de modo drástico sus niveles de autoprotección. El crecimiento era “sostenible”, lo que implicaba –según el modo académico de razonar de los economistas– que, *ceteribus paribus*, la economía seguiría enlazando sucesivos “círculos virtuosos”, de modo que toda inversión actual –en aquel momento histórico– supondría una segura y lucrativa ganancia futura. Así se acabó generalizando la confianza –y la mitigación de la idea de riesgo– de que todos podían, podíamos, participar de los beneficios de un esquema que, aparentemente, garantizaba su generación, pues se presentaba perfecto, eficiente, gestionado *por los mejores*, por quienes sabían qué hacer para mantener la “sostenibilidad”, sin necesidad de reglas que disciplinaran su conducta, que la supervisarán, ni mucho menos de controles de ningún tipo. En consecuencia, toda regla o control se presentaba como obsoleto e ineficiente, como directamente responsable de que el mercado no funcionase mejor, de que no creciera más, pues distorsionaba su funcionamiento.

Así, que en estos días se haya afirmado, por quien estuvo a su frente, que la CNMV adoleció desde su nacimiento de escasas herramientas de supervisión y control, y que la sala segunda del Tribunal Supremo haya dicho respecto de tal Institución que “... sin control efectivo solo se está ante una apariencia de control”, no son más que expresiones congruentes con una determinada coyuntura.

La intervención notarial puede elevar el grado de realización de los derechos de los consumidores, además de los niveles de seguridad y perfección del mercado financiero

Sus resultados son noticia de actualidad. Así el director general de Mercados de la CNMV declaró el pasado mes de julio ante la Audiencia Nacional que hasta abril de 2012 las participaciones preferentes no reflejaron su valor real en el mercado, o que las entidades las vendieron como un producto seguro para la clientela, por lo que las calificaron como depósitos a “plazo fijo a tres meses” o como “plazo fijo depósito anticipado”, a pesar de que realmente eran una inversión a perpetuidad y su nivel de riesgo de pérdida de la inversión era, como se sabe, muy elevado.

Las consecuencias del debilitamiento de los reguladores, y de la relajación normativa referida a la conducta de entidades e intermediarios financieros, quedan reflejadas en la regulación del mecanismo de “arbitraje”, previsto en el RDL 6/2013, para que fuera empleado por las entidades financieras participadas por el FROB, a fin de resolver los litigios que han surgido entre estas y sus clientes en relación con la comercialización de instrumentos híbridos, en particular de participaciones preferentes y de deuda subordinada. Los datos son ilustrativos: 534.150 clientes minoristas de las tres entidades participadas por el FROB (Bankia, Catalunya Caixa y NCG Banco) contrataron tales productos. El importe de los productos contratados por ellos ascendió a 9.772 millones de euros. El 80 por ciento de tales clientes

minoristas, cuyos contratos ascendían a 6.708 millones de euros, solicitaron someter su disputa al referido arbitraje. A principios del pasado mes de julio, ya se habían admitido las solicitudes de 303.198 clientes, de las cuales 263.752 (equivalente al 87 por ciento de las solicitudes admitidas han recibido un laudo positivo.

Los anteriores datos son elocuentes. El conocimiento de los casos o circunstancias concretas en las que se comercializaron tales instrumentos híbridos, así como de las técnicas de venta de los mismos seguidas por los empleados de alguna de las referidas entidades participadas por el FROB², las consecuencias que, finalmente, estas inadecuadas prácticas han acabado teniendo sobre el equilibrio de nuestras cuentas públicas y, en último extremo, sobre el patrimonio de todos los ciudadanos, no hacen más que reforzar la necesidad de un nuevo y profundo proceso de regulación de las conductas de tales agentes e instituciones, y un correlativo fortalecimiento de los derechos de la clientela minorista.

En este contexto se aprobó y publicó el pasado 26 de junio la Ley de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito. En su exposición de motivos tras reconocer que “el natural apetito de las empresas financieras por modelos de negocio que priorizan la optimización de beneficios a corto plazo”, entre otros factores, pueden conducir las junto con el “conjunto de las economías a situaciones de dificultad, con graves consecuencias sobre el funcionamiento global del sistema económico”, que en ocasiones “pueden llegar a exigir el apoyo financiero público, apartando de este modo al sector financiero de la regla del mercado, general y espontánea, de quiebra individual y selección de agentes”. Afirma la necesidad de “mejorar la calidad de la regulación prudencial de entidades de crédito” y de articular “con una profundidad interventora mayor que las empleadas en otras áreas de actividad económica, la regulación necesaria para la mejor prevención y gestión de los riesgos financieros y, al tiempo, el fomento de las más favorables condiciones de financiación de la economía”.

La clave sobre la que se articula la construcción de este proceso de *neo-regulación* de la actividad de las entidades financieras cuando se relaciona con consumidores, es la de reforzar sus deberes previos a la contratación. Lo cual se realiza describiendo con detalle aquellas conductas que, necesariamente, entidades e Instituciones deben adoptar bien cuando dirigen sus ofertas a la clientela, o bien cuando esta decide iniciar con ellas tratos contractuales previos.

Esta regulación se hace particularmente *extensiva* cuando tiene por objeto los deberes de información de las entidades hacia los consumidores desde el inicio de tales tratos. Con ello se pretende corregir la enorme asimetría de conocimientos referida al objeto de la contratación entre las partes, así como de los riesgos derivados de la misma. Desde otro punto de vista: se persigue conseguir que el proceso de formación de la voluntad contractual del consumidor sea completo, es decir, y en expresión que ha hecho fortuna, que su consentimiento esté “informado”. Lo que implica tanto como asegurar que no pueda considerarse excusable el desconocimiento por el cliente de aquellos extremos del contrato respecto de los que tenía derecho a recibir información de la entidad, siempre que la entidad demuestre que ha cumplido con aquellos deberes que la Ley le ha impuesto.



En consecuencia, el éxito de esta regulación depende de hacer recaer sobre la entidad la carga de demostrar plenamente que cumplió con tales deberes, y que, en consecuencia, el cliente conoció efectivamente –conocimiento subjetivo– el objeto del contrato que firmó, así como los riesgos concretos que para él se derivaban del mismo.

Así pues, la inversión de la carga probatoria, junto con la presunción *iuris tantum* del incumplimiento por la entidad de sus deberes, puede corregir eficazmente la asimetría de conocimientos e información entre las entidades y los clientes. En este sentido, han de traerse a colación las recientes sentencias de la sala primera del Tribunal Supremo de 7 y 8 de julio de 2014, conformes con doctrina sentada por la del pleno de la misma sala de 20 de enero de 2014.

No obstante, ha de señalarse que la eficacia de ambas técnicas es reactiva, y solo de modo reflejo preventiva, pues las entidades, ante este criterio jurisprudencial, solo adoptarán una conducta conforme con el mismo *pro futuro*, es decir, respecto de los contratos que se vayan a negociar y celebrar a partir de la misma, y siempre y cuando no seguir este criterio sea más costoso que seguirlo. Lo que, sin duda, dependerá de que la clientela abandone la tendencia de pretender la anulación de los contratos por error y plantee sus demandas por incumplimiento bien de los deberes de información precontractual, como contractuales.

En todo caso, la tutela real y eficaz de los consumidores depende de los controles preventivos que se establezcan, a fin de garantizar que las entidades cumplan con los deberes que la ley les impone, y que se consiga materialmente como resultado que, antes de contratar, cada cliente sea consciente de cuáles son los deberes y riesgos que asume como consecuencia del contrato.

Además, en la consecución de este objetivo también es relevante que el consumidor adopte una conducta proactiva, exigente respecto del cumplimiento de los derechos que la ley les reconoce por las entidades financieras. Una conducta omisiva o descuidada al respecto debe tener consecuencias negativas para él, pues de la misma no solo depende la protección diligente de sus intereses patrimoniales, sino también, y en cierta medida, que las entidades se conduzcan disciplinadamente al hacerles cumplir la normativa vigente. Desde luego, sobre los consumidores no se hace recaer en exclusiva la disciplina de los oferentes. Su actuación ha de sumarse a la de agentes e instituciones públicas, que son quienes han de asumir fundamentalmente tal función.

En consecuencia, la nueva regulación ha de tener por centro el establecimiento de un sistema eficaz, de carácter objetivo, que permita un control preventivo del cumplimiento de los deberes impuestos por las leyes a los agentes y del ejercicio por los consumidores de los derechos que las mismas les reconocen, en un buen número de ocasiones con carácter irrenunciable, pues mediante ellos no solo se protegen sus intereses, sino también los intereses generales concurrentes con los suyos, cuyo fundamento se encuentran tanto en el deber de garantizar un alto nivel de tutela de los mismos (artículos 169 y 114 TFUE), como –y sobre todo– en la verdadera construcción de un mercado interior en el seno de la UE (artículo 26 y 114 TFUE).

Así, no solo deben ser fortalecidas las facultades y medios de supervisión, control y disciplina que se reconocen tanto al Banco de España como a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sino que, además, deben ser implementados otros medios contemplados



en la Directiva de 2011/83 sobre los derechos de los consumidores. En ella se prevé que todo el potente entramado de protección al consumidor que establece pueda ceder (“La presente Directiva no se aplicará a los contratos...”) cuando la legislación de alguno de los Estados miembros regule la posibilidad de que los contratos en los que una de las partes sea un consumidor se celebre “ante un funcionario público obligado por ley a ser independiente e imparcial y a garantizar, mediante el suministro de una información jurídica comprensible, que el consumidor celebra el contrato únicamente previa reflexión suficiente y con pleno conocimiento de su alcance jurídico.” (Artículo 3.3. i, que ha sido incorporado al Artículo 93, i) Trlgdcu, y en el que el “funcionario público” ha sido sustituido por “fedatario público”).

Puede objetarse que esta Directiva no es de aplicación a la contratación financiera con los consumidores, en tanto que esta conformaría un sub ámbito especial, con una regulación propia o particular respecto de la Ley General para la Defensa de los Consumidores. No obstante, la objeción no impediría, en caso alguno, que nuestro legislador estableciese, a fin de reforzar la tutela de los consumidores, que la contratación de tales productos se celebrase ante notario, en tanto que funcionario público, en cuyo estatuto concurren las notas de independencia e imparcialidad, y a quien le corresponde el deber de informar a los consumidores en los asuntos propios de su especialidad y competencia (Art. 81,2 TRLGDCU), así como el de no autorizar aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (Art. 84 Trlgdcu).

La atribución de tal función implicaría, además, adecuar en ciertos aspectos las normas que regulan la fase previa al otorgamiento del consentimiento, de modo que, sin excusa, toda la información que haya de ser facilitada al consumidor se encontrase depositada por las entidades en la notaría en un plazo razonable, no solo para que pueda ser examinada por él, sino también por el notario, a fin de que pueda cumplir, realmente, su deber de asesoramiento imparcial. La falta de depósito previo de tal información impediría la autorización del documento público.

En consecuencia, que la eficacia de la contratación se hiciera depender de su intervención permitiría establecer tanto un control efectivo del cumplimiento de los deberes de información precontractual a cargo de las entidades, como un control preventivo referido al conocimiento por el consumidor del objeto del contrato y de los riesgos que mediante él asume, es decir, de que su consentimiento está formado. El que la intervención notarial se desarrolle tanto con carácter previo a la contratación, como en el momento mismo en el que las partes prestan su consentimiento, puede elevar notablemente el grado de realización de los derechos de los consumidores, pero, además, puede incrementar, a un bajo coste, los niveles de seguridad y perfección del mercado financiero, cuyas consecuencias redundarían en favor del interés general.

La tutela real y eficaz de los consumidores depende de los controles preventivos que se establezcan

¹ Datos ofrecidos por la vicepresidenta de la CNMV, Lourdes Centeno, en su intervención en el Curso de verano de la UIMP “Tutela del consumidor en la contratación financiera”, celebrado en Santander los días 27 y 28 de julio de 2014.

² Así se refiere en “EL PAÍS” de 23 de julio 2014, http://economia.elpais.com/economia/2014/07/23/actualidad/1406101555_485412.html