



**Universitat Autònoma  
de Barcelona**

**LA OBLIGACIÓN PRECONTRACTUAL DE LA ENTIDAD DE  
CRÉDITO DE INFORMAR AL CLIENTE**

**Gabriel Hernández Paulsen**

**Barcelona, 2013**





## **LA OBLIGACIÓN PRECONTRACTUAL DE LA ENTIDAD DE CRÉDITO DE INFORMAR AL CLIENTE**

Tesis presentada para la obtención del grado de Doctor por Gabriel Hernández Paulsen, bajo la dirección del Profesor Doctor Don Francisco Mercadal Vidal.

Francisco Mercadal Vidal  
Director

Gabriel Hernández Paulsen  
Doctorando

**Universidad Autònoma de Barcelona  
Departamento de Derecho Privado  
2013**



## RESUMEN

Capítulo I. Se presenta la evolución del Derecho privado en relación por los principios de libertad contractual e igualdad entre partes, poniéndose el acento en la crisis de la autonomía de la voluntad como justificación del tratamiento del deber precontractual de informar. Se examina la evolución de este deber desde la regulación clásica de la contratación (regla *caveat emptor*) hasta la contemporánea, en que se termina imponiendo sobre todo en los supuestos de asimetría informativa. Asimismo, se exponen las ventajas de dicho deber frente a la anulación por vicios del consentimiento y a las reglas sobre incumplimiento de las obligaciones. A continuación, se presentan en general las normas sobre información precontractual y los proyectos de Derecho contractual europeo en esta materia. Subsiguientemente, se desarrolla la noción y clasificación del deber precontractual de informar, su naturaleza, su extensión (límites y contenido) y sus fundamentos (criterios jurídicos y económicos). En este sentido, se defiende la existencia del deber general de informar de las entidades de crédito a aquellos clientes cuyos conocimientos, experiencia o cualificación les impiden comprender una operación. Finalmente, se presentan las figuras que se abordan junto a la información precontractual propiamente dicha: publicidad, oferta, formularios contractuales, asesoramiento e información general al público.

Capítulo II. Se presentan las normas sobre información precontractual aplicables a las entidades de crédito y se delimita su ámbito de aplicación objetivo y subjetivo (entidad de crédito, cliente, consumidor e inversor). Luego se exponen en general los requisitos exigidos a la información por dichas normas. El capítulo se centra en el examen de las normas sobre condiciones generales de la contratación, consumo, servicios bancarios y de inversión, contratación a distancia y publicidad. Asimismo, se presenta la regulación de los proyectos de Derecho contractual europeo sobre el particular. Finalmente, se analizan críticamente las mencionadas normas.

Capítulo III. Se exponen las diferentes formas de incumplimiento del deber precontractual de informar de las entidades de crédito y la problemática de la carga de la prueba. Luego, se presentan las principales consecuencias ante dicha infracción: administrativas, concurrenciales y contractuales. El capítulo se centra en el estudio de estas últimas: ejercicio del derecho de desistimiento, anulación por vicio del consentimiento, no incorporación de condiciones generales, nulidad y responsabilidad civil.

## ABSTRACT

Chapter I. I research the evolution of private law in relation to the principles of contractual freedom and equality between parties, putting the emphasis on the crisis of contractual freedom as a justification for my interest in analyzing the pre-contractual duty to inform that a financial institution owes its clients. I review the evolution of this duty from classical (the so called *caveat emptor rule*) to contemporary law of contract as this duty arises mainly from situations of asymmetric information between the parties. In my thesis I also emphasize the technical advantages of establishing such duty in comparison to other feasible remedies like the annulment of the contract for defects of consent or the termination for breach of contract. After that, I research the current rules on pre-contractual duties of information and the draft European contract law in this particular field. Subsequently, I pay close attention to the concept and classification

of the precontractual duty to inform, its nature, extent (range and content) and its foundations (from the legal and economic point of view). In this regard, my conclusion is that a financial institution has a general duty to inform their customers whose poor knowledge, experience or training makes them unfit to fully understand the financial transactions they have entered into. Moreover, I deal with other sections of the law of contract which are somehow linked to the pre-contractual duty to inform (among others, the rules with regard to matters like advertising, contractual offer, drafting of contract terms and conditions, giving of advice and general information addressed to the public).

Chapter II. I analyze the special rules on pre-contractual information which apply to financial institutions and I also define its objective and subjective scope (i.e., financial institution, client, consumer and investor). I study also the general requirements of these legal standards. This Chapter is focused on the review of the rules on general contract terms and conditions, consumer protection and investment services regulation, distance marketing and advertising. It also takes into consideration the draft European contract law rules on the matter. Finally, I try to analyze critically all these different legal standards.

Chapter III. I review the different forms of breach by the credit institution of the pre-contractual duty to inform owed to its clients. I also take into account the issue of the burden of proof. As my main concern, I pay special attention to the most relevant consequences of this breach, i.e., under administrative law, competition law and contract law. This Chapter is actually mainly focused on the study of the most important techniques of the law of contract that intend to protect the client, i.e., the right of withdrawal from the contract, the right of termination for lack or defect of consent, the lack of binding effect of the general terms and conditions under certain circumstances, and the liability for damages.

## SUMARIO

<b>ABREVIATURAS</b>	11
<b>INTRODUCCIÓN</b>	17
<b>CAPÍTULO I: ANTECEDENTES Y NOCIONES BÁSICAS RESPECTO DE LA OBLIGACIÓN PRECONTRACTUAL DE INFORMAR</b>	
1. Consideraciones generales	25
2. Evolución	34
a. Contratación clásica	34
b. Contratación contemporánea	35
i. Preliminar	35
ii. Ventajas de la obligación precontractual de informar	37
iii. Recepción normativa de la obligación precontractual de informar	42
1. Preliminar	42
2. Normas protectoras de los clientes en general	44
3. Normas protectoras de los clientes consumidores	45
4. Normas protectoras de los clientes de servicios financieros	49
5. Derecho proyectado	50
3. Noción y clasificación	51
a. Noción	51
b. Clasificación	52
4. Naturaleza	55
5. Extensión	61
a. Límites	61
b. Contenido	63
c. La obligación general de informar de las entidades de crédito	65
6. Fundamentos	68
a. Asimetría informativa	68
b. Criterios jurídicos y económicos	71
c. Criterios jurídicos	73
i. Protección del cliente	73
ii. Libertad contractual	74
iii. Buena fe	76
1. Preliminar	76
2. Su concreción	81
d. Criterios económicos	85
i. Referidos al funcionamiento del mercado	85
ii. Referidos a la posición de los contratantes en relación con la información	89
1. Preliminar	89
2. Coste de la información y repercusión de la misma en el valor del producto o servicio	90
7. La información precontractual	96
a. Noción	96

b. Publicidad comercial	99
c. Oferta	105
d. Formularios contractuales	107
e. Asesoramiento	108
f. Información general al público	115

## **CAPÍTULO II: LAS NORMAS SOBRE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL APLICABLES A LA ENTIDAD DE CRÉDITO**

1. Panorama normativo	117
a. Preliminar	117
b. Derecho de la Unión Europea	120
c. Derecho español	121
2. Ámbito objetivo de aplicación	123
3. Ámbito subjetivo de aplicación	126
a. La entidad de crédito	126
b. El cliente de servicios financieros	129
i. El cliente en general	129
ii. El consumidor	134
iii. El inversor	138
4. Requisitos de la información precontractual	142
5. Información precontractual y condiciones generales de la contratación	150
a. Preliminar	150
b. Redacción de las condiciones generales	154
c. Información de la existencia de condiciones generales y facilitación de las mismas	160
i. Contratación por escrito	160
ii. Contratación a distancia	163
1. LCGC y RD 1906/1999	163
2. LSSICE y LCDSFDC	166
d. Información adicional	167
6. Información precontractual en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios	168
7. Información precontractual en la normativa sobre servicios bancarios	176
a. Preliminar	176
b. En la generalidad de los contratos	177
i. Información a clientes	177
ii. Información general al público	181
c. Préstamo hipotecario	184
i. Información general	184
ii. Información y oferta vinculante	186
iii. Información relativa a tipos de interés	187
iv. Función del notario	188
d. Crédito al consumo	189
e. Servicios de pago	192
8. Información precontractual en la normativa sobre servicios de inversión	194
a. Preliminar	194
b. Obligación de informar a los clientes	197
c. Obligación de recabar información de los clientes	203
9. Información precontractual en la normativa sobre contratación a distancia	206



10. Publicidad financiera	209
a. Preliminar	209
b. Características, contenido y medio de transmisión de la información publicitaria	211
11. Información precontractual en diversos materiales prelegislativos europeos	213
a. Preliminar	213
b. Iniciativas académicas	216
i. PECL, CEC, PCCR y Principios <i>Acquis</i>	216
ii. DCFR y FS	219
12. Algunas reflexiones críticas a propósito de las normas sobre información precontractual aplicables a las entidades de crédito	222

### **CAPÍTULO III: CONSECUENCIAS CONTRACTUALES DEL INCUMPLIMIENTO POR LA ENTIDAD DE CRÉDITO DE LA OBLIGACIÓN PRECONTRACTUAL DE INFORMAR AL CLIENTE**

1. Consideraciones generales	243
2. Modalidades de incumplimiento	246
3. Carga de la prueba	247
4. Síntesis de consecuencias	249
a. Preliminar	249
b. Consecuencias contractuales	253
5. Eficacia contractual de la normativa sobre transparencia	257
6. Derecho de desistimiento	260
7. Anulación por vicio del consentimiento	265
a. Preliminar	265
b. Error	265
i. Preliminar	265
ii. Excusabilidad	269
1. Preliminar	269
2. Situación de confianza	272
3. Circunstancias del cliente	274
4. Conducta de la entidad de crédito	283
c. Dolo	293
8. No incorporación de condiciones generales de la contratación y nulidad	301
a. Preliminar	301
b. Aspectos procesales	303
c. No incorporación de condiciones generales de la contratación	311
d. Nulidad de cláusulas abusivas por falta de transparencia	318
e. Nulidad por infracción de normas imperativas	329
9. Responsabilidad civil	335
a. La responsabilidad precontractual	335
i. Preliminar	335
ii. Regulación	338
iii. Naturaleza jurídica	341
b. Regímenes aplicables	343
i. Preliminar	343
ii. Extracontractual	344
iii. Contractual	348

iv. Consumidores	360
c. Factor de atribución de responsabilidad	362
d. El daño	367
i. Preliminar	367
ii. Diversidad de hipótesis	371
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>383</b>
<b>ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA</b>	<b>395</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>401</b>

## ABREVIATURAS\*

AA.VV.	Autores varios
ASUAPEDEFIN	Asociación de Usuarios Afectados por Permutas y Derivados Financieros
CEC	Código Europeo de Contratos
ADC	Anuario de Derecho Civil
AP	Audiencia Provincial
art./arts.	artículo/artículos
BdE	Banco de España
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCC	Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Catalunya (DOGC 23-7-2010, nº 5677 y BOE 13-8-2010, nº 196)
CE	Constitución española
CESCO	Centro de Estudios de Consumo Universidad de Castilla-La Mancha
CESR	Committee of European Securities Regulators
Cfr.	Confrontar
Circular 3/2013	Circular 3/2013, de 12 de junio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre el desarrollo de determinadas obligaciones de información a los clientes a los que se les prestan servicios de inversión, en relación con la evaluación de la conveniencia e idoneidad de los instrumentos financieros (BOE 19-6-2013, nº 146)
Circular 5/2012	Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos (BOE 6-7-2012, nº 161)
Circular 6/2010	Circular 6/2010, de 28 de septiembre, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios (BOE 11-10-2010, nº 246)
Circular 7/2011	Circular 7/2011, de 12 de diciembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre folleto informativo de tarifas y contenido de los contratos-tipo (BOE 24-12-2011, nº 309)
Circular 8/1990	Circular 8/1990, de 7 de septiembre, a Entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (BOE 20-9-1990, nº 226)
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
Coord./ Coords.	Coordinador(a)/Coordinadores(as)
DCFR	<i>Draft Common Frame of Reference</i>
Dir./Dir.	Director(a)/Directores(as)
Directiva 85/577	Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (DOUE 31-12-1985, L 372)
Directiva 93/13	Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOCE 21-4-1993, L 95/29)
Directiva 97/7	Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DOCE 4-6-1997, L 144/19)
Directiva 2000/31	Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) (DOCE 17-7-2000, L 178/1)

\* En relación con las normas citadas se indica el BOE de la versión inicial.

Directiva 2002/65	Directiva 2002/65/CE del parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE (DOCE 9-10-2002, L 271/16)
Directiva 2004/39	Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo (DOUE 30-4-2004, L 145/1)
Directiva 2005/29	Directiva 2005/29/CE, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales») (DOUE 11-6-2005, L 149/22)
Directiva 2006/73	Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva (DOUE 2-9-2006, L 241/26)
Directiva 2006/114	Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (DOUE 27-12-2006, L 376/21)
Directiva 2006/123	Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DOUE 27-12-2006, L 376/36)
Directiva 2007/64	Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE (DOUE 5-12-2007, L 319/1)
Directiva 2008/48	Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo (DOUE 22-5-2008, L 133/66)
Directiva 2011/83	Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE 22-11-2011, L 304/64)
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
EC	Entidad de Crédito (o en plural)
ed.	edición
Edit./Edits.	Editor(a)/Editores(as)
ESI	Empresa de Servicios de Inversión (o en plural)
ESC	Estudios sobre Consumo
<i>et al.</i>	<i>et alii</i>
FD	Fundamento de Derecho (o en plural)
FIPER	Ficha de Información Personalizada
FIPRE	Ficha de Información Precontractual
<i>Ib.</i>	<i>Ibidem</i>
<i>Íd.</i>	<i>Ídem</i>
JM	Juzgado de lo Mercantil (o en plural)
JPI	Juzgado de Primera Instancia

LCC	Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo (BOE 25-3-1995, nº 72)
LCCC	Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (BOE 25-6-2011, nº 151)
LCD	Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal (BOE 11-1-1991, nº 10)
LCDSFDC	Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (BOE 12-7-2007, nº 166)
LCGC	Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE 14-4-1998, nº 89)
LCS	Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (BOE 17-10-1980, nº 250)
LDIEC	Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (BOE 30-7-1988, nº 182)
LDC	Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (BOE 4-7-2007, nº 159)
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
Ley 1/2013	Ley 1/2013, de 14-5, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (BOE 15-5-2013, nº 116)
Ley 2/2011	Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE 5-3-2011, nº 55)
Ley 36/2003	Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica (BOE 12-11-2003, nº 271)
Ley 44/2002	Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (BOE 23-11-2002, nº 281)
Ley 47/2007	Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (BOE 20-12-2007, nº 304)
LGDCU	Ley 26/1984, de 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE 24-7-1984, nº 176)
LMV	Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (BOE 29-7-1988, nº 181)
LOCM	Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (BOE 17-1-1996, nº 15)
LU	Ley de 23 de julio de 1908, de la Usura (Gaceta 24-7-1908)
LSP	Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago (BOE 14-9-2009, nº 275)
LSSICE	Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (BOE 12-7-2002, nº 166)
MCR	Marco Común de Referencia
MEH	Ministro/Ministerio de Economía y Hacienda
MiFID	<i>Markets in Financial Instruments Directive</i>
nº	número
OAICNMV	Oficina de Atención al Inversor de la Comisión Nacional del Mercado de Valores
OM	Orden Ministerial (o en plural)
Orden 5/5/1994	Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (BOE 11-5-1994, nº 112)
Orden 12/12/1989	Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito (BOE 19-12-1989, nº 303)
Orden ECC/2502/2012	Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (BOE 22-11-2012, nº 281)

Orden ECO/734/2004	Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras (BOE 24-3-2004, nº 72)
Orden EHA/1608/2010	Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago (BOE 18-6-2010, nº 148)
Orden EHA 1665/2010	Orden EHA/1665/2010, de 11 de junio, por la que se desarrollan los artículos 71 y 76 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, en materia de tarifas y contratos-tipo (BOE 23-6-2010, nº 152)
Orden EHA/1717/2010	Orden EHA/1717/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de servicios y productos de inversión (BOE 29-6-2010, nº 157)
Orden EHA/1718/2010	Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios (BOE 29-6-2010, nº 157)
Orden EHA/2899/2011	Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE 29-10-2011, nº 261)
p./pp.	página/páginas
PCCR	<i>Projet de Cadre Commun de Référence.</i>
PECL	<i>Principles of European Contract Law</i>
PMDOC	Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos
Principios UNIDROIT	Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2010
Pte.	Ponente
PYME/PYMES	Pequeña y Mediana Empresa/Pequeñas y Medianas Empresas
RAE	Real Academia Española
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
Reglamento 1287/2006	Reglamento (CE) Nº 1287 de la Comisión, de 10 de agosto de 2006 por el que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las obligaciones de las empresas de inversión de llevar un registro, la información sobre las operaciones, la transparencia del mercado, la admisión a negociación de instrumentos financieros, y términos definidos a efectos de dicha Directiva (DOUE 2-9-2006, L 241/1)
RD	Real Decreto
RD-L	Real Decreto Ley
RD-Leg.	Real Decreto Legislativo
RD 217/2008	Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre (BOE 16-2-2008, nº 41)
RD 303/2004	RD 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros (BOE 3-3-2004, nº 54)
RD 629/1993	Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios (BOE 21-5-1993, nº 121)
RD 1310/2005	Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos (BOE 16-11-2005, nº 274)
RD 1906/1999	RD 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en

	desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación (BOE 31-12-1999, nº 313)
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RD-L 24/2012	Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito (BOE 31-8-2012, nº 210)
RDMV	Revista de Derecho del Mercado de Valores
RN	Decreto 2-6-44, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado (BOE 7-7-44, nº 189)
s./ss.	siguiente/siguientes
SA	Sociedad Anónima
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial (o en plural)
SL	Sociedad de Responsabilidad Limitada
s/p	sin paginación
SRBE	Servicio de Reclamaciones del Banco de España
STS	Sentencia del Tribunal Supremo (o en plural)
T.	Tomo
TAE	Tasa Anual Equivalente
TFUE	Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE 30-3-2010, C 83/47)
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
Trad./Trads	Traductor(a)/Traductores(as)
TRLGDCU	Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE 30-11-2007, nº 287)
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
V.	Véase/Véanse
Vol.	Volumen (o en plural)





## INTRODUCCIÓN\*

Uno de los perfiles esenciales de la masiva litigiosidad desarrollada en los últimos años entre EC y clientes concierne al deber u obligación de las EC de informar a sus clientes en la etapa precontractual. Es este, precisamente, el tema que abordo en este trabajo. Antes de exponer las cuestiones centrales que se desarrollan en el presente estudio corresponde formular algunas advertencias de índole general.

Una primera aclaración necesaria se refiere a que en este trabajo solo trato la cuestión de la obligación precontractual de informar de las EC en materia de servicios bancarios y de inversión *stricto sensu*, sin que desarrolle dicha temática en relación a otros ámbitos más o menos próximos cuyo estudio sería también ilustrativo, como el seguro, por ejemplo. En definitiva, he tratado de seleccionar el área de estudio que me ha parecido más significativa en el momento presente.

Como segunda advertencia, cabe referir que, según argumento en el Capítulo I, en este trabajo opto por asumir que la temática en él abordada apunta a una verdadera obligación y no solo a un mero deber jurídico, tanto por lo que concierne a los deberes expresamente impuestos por el Derecho positivo a las EC (deberes típicos) como por lo que atañe a los construidos por los tribunales en ausencia de norma (deberes atípicos). Ello, sin perjuicio de que, considerando que toda obligación es, a la vez, un deber jurídico, utilice ambas expresiones indistintamente, aunque sea consciente de las críticas que puede acarrear este criterio terminológico.

Dentro de la judicialización de la contratación con EC relativa al cumplimiento o incumplimiento de su obligación precontractual de informar destaca la elevada litigiosidad en el ámbito de los productos complejos o que, al menos, involucran un nivel significativo de riesgo, sobre todo en el campo de la prestación por parte de aquellas empresas de servicios de inversión.

Entre los productos y servicios a cuyo respecto se ha producido una abundante conflictividad en el sentido expuesto sobresalen los *swaps* de tipos de interés, las participaciones preferentes, las obligaciones subordinadas, los productos estructurados y, en materia de préstamos con garantía hipotecaria, las hipotecas multidivisa y las cláusulas suelo.

Diversos factores explican el incremento de las reclamaciones, quejas y acciones judiciales de los clientes de las EC por infracción de la obligación precontractual de informar que recae sobre ellas. En primer lugar, sobresale la crisis económica y financiera mundial que tan intensamente ha afectado a España y en particular a las EC, uno de cuyos efectos ha sido la producción de pérdidas para los clientes que han

---

\* Antes de comenzar cabe tener presente algunas consideraciones de estilo. Las resoluciones judiciales, normas y, en su caso, otros instrumentos citados en lo que sigue se individualizan con la fórmula día-mes-año. Las SAP citadas se presentan en orden alfabético de acuerdo a la denominación de cada Audiencia Provincial, colocándose luego, entre paréntesis, el nº de la Sección. Al final del trabajo el lector encontrará un índice jurisprudencial con la fuente de cada sentencia, así como con el nombre del respectivo Ponente. Cabe precisar, asimismo, que al utilizar en este trabajo la expresión “jurisprudencia” aludo tanto a las STS como a la jurisprudencia menor (SAP). Finalmente, al efecto de hacer más fácil la lectura, he organizado cada título o subtítulo en epígrafes a cuyo número me remito frecuentemente a lo largo del texto.

contratado determinados productos y servicios, a consecuencia de fluctuaciones de mercado negativas para sus intereses. En segundo término, destaca la comercialización por parte de las EC, en bastantes ocasiones, de productos y servicios complejos o de alto riesgo respecto de clientes que alegan haber carecido de los conocimientos, experiencia o cualificación para comprender las correspondientes operaciones (a estos tres extremos se refiere el art. 78 bis.2 LMV), así como que dichas entidades incumplieron con su obligación precontractual de informarles. En fin, también merece ser subrayada la proliferación de normas que han impuesto a las EC la obligación precontractual de informar. Todos estos factores han contribuido a aumentar en una alta proporción las reclamaciones y quejas de los clientes ante los organismos reguladores, así como las acciones judiciales deducidas por ellos en contra de las EC por la vulneración por parte de estas de su obligación precontractual de informar.

El aludido estado de cosas ha redundado en que, de un tiempo a esta parte, la preocupación doctrinal, normativa y judicial por la cuestión de la obligación precontractual de informar se haya intensificado, siendo el ámbito de los servicios financieros el más destacado en este sentido. Al análisis de estas cuestiones se dedica el Capítulo I.

Como se sabe, los legisladores decimonónicos prestaron escasa atención a la etapa precontractual y a la cuestión relativa a si la parte que dispone de información relevante debe trasladarla o no a la otra en la fase de formación del consentimiento. La doctrina y los ordenamientos clásicos partieron del supuesto de que los principios de libertad contractual e igualdad entre partes implicaban que en la referida etapa cada contratante debía recabar la información relevante en orden a la adecuada manifestación de su voluntad negocial, sin que ninguno, por regla general, estuviera obligado a transmitirla a su contraparte. Así, en la etapa precontractual regía casi sin contrapeso el principio de autoinformación o la denominada regla *caveat emptor*. Estas consideraciones se tradujeron en que los ordenamientos tradicionales no establecieron la obligación precontractual de informar, asumiendo que los excepcionales conflictos suscitados al respecto podrían ser solucionados recurriendo a las reglas sobre vicios del consentimiento y, en su caso, a las del incumplimiento de las obligaciones.

El nacimiento de la contratación en masa entre empresarios y clientes profanos y el subsiguiente surgimiento de la contratación con base en la adhesión a condiciones generales por parte del contratante estimado como parte débil de la relación deriva en la relativización del principio de autoinformación o de la regla *caveat emptor*, en el sentido de que comienza a postularse que en los contratos en que no se aprecia una igualdad real, la parte que dispone de la información relevante en orden a una adecuada manifestación de la voluntad de la contraria tiene el deber de suministrársela. Más aun, se comienza a imponer la idea de que los empresarios tienen el deber *general* de informar a sus clientes acerca de las presuposiciones contractuales, sobre todo a aquellos cuyos conocimientos, experiencia o cualificación les impiden comprender en plenitud determinados negocios jurídicos.

Así, se opta por el establecimiento de específicos deberes informativos en la fase prenegocial, en el bien entendido de que los remedios tradicionales de los vicios del consentimiento y del incumplimiento de las obligaciones no resultaban suficientes o eficaces para tutelar los intereses de la parte débil de la relación. Esto, principalmente teniendo en cuenta que de la existencia de dichos mecanismos no se puede derivar *ex*

*ante* una obligación de informar para el contratante que cuenta con los datos relevantes en orden a una adecuada manifestación de voluntad de su contraparte. Naturalmente, ello debe entenderse sin perjuicio de que las reglas sobre vicios del consentimiento o sobre incumplimiento de las obligaciones puedan aplicarse como consecuencia ante la infracción de la obligación precontractual de informar.

Teniendo en cuenta las precedentes consideraciones, con el correr de los tiempos se comienzan a suceder una serie de normas que imponen la obligación precontractual de informar a los empresarios, en el bien entendido de que dicha herramienta constituye un mecanismo eficaz de protección de los intereses de la parte contractual débil. En este caso nos encontramos en presencia de los llamados deberes típicos, disciplinados tanto por el Derecho comunitario como por el Derecho interno. Asimismo, tienen un destacado papel en este sentido los llamados “Proyectos de Derecho contractual europeo”.

No cabe duda acerca de que el ámbito más destacado en el anterior orden de ideas es el del Derecho del consumo. En efecto, tanto a nivel de Derecho comunitario como a nivel de Derecho interno (TRLGDCU) se aprecia que el aspecto en el que más ha incidido la normativa protectora de los consumidores ha sido el de la obligación precontractual de informar que recae sobre los empresarios.

Sin perjuicio de lo anterior, la constatación de la inexistencia de una verdadera igualdad contractual entre partes en ámbitos diferentes de la contratación con consumidores ha repercutido en que también se postule la inversión de la regla *caveat emptor* en los negocios jurídicos celebrados con empresarios que carecen de los conocimientos, experiencia o cualificación para comprender cabalmente ciertos contratos y que, por lo mismo, puede decirse que ostentan la condición de parte débil de la relación (*v. gr.*, determinadas PYMES). En razón de este planteamiento, los diversos ordenamientos jurídicos han optado por imponer la obligación precontractual de informar a determinados empresarios cuando contratan con otros empresarios. Es lo que ocurre, por ejemplo, con los empresarios que adhieren a condiciones generales de la contratación, a cuyo respecto la LCGC exige el cumplimiento de determinados requisitos de información precontractual (requisitos de incorporación).

Al margen de la LCGC, el ordenamiento jurídico no suele contener reglas sobre información precontractual que beneficien a los empresarios que contratan con otros empresarios. En estos supuestos, la eventual imposición de la obligación precontractual de informar a uno de los contratantes por parte de los tribunales implica la ponderación de los diversos intereses en juego. En orden al cumplimiento de esta tarea, los jueces deben tener en cuenta determinados criterios jurídicos y económicos, cuya operatividad puede conducir a que entiendan que en el caso concreto una de las partes debía informar a la otra acerca de las presuposiciones contractuales. Considerando que en estos casos no existe una norma que establezca la aludida obligación, la construcción judicial de la misma implica que nos encontramos en el terreno de los deberes atípicos.

Entre los criterios que avalan la imposición de la obligación precontractual de informar, tanto por parte del regulador como por parte de los tribunales, destaca, en un sentido material, la asimetría informativa que afecta a determinados clientes en la contratación con empresarios. En términos jurídicos, sobresalen los principios de protección de la parte contractual débil, de libertad contractual y de buena fe. En fin, desde la

perspectiva económica tienen relevancia los principios de competencia eficiente y transparencia y, asimismo, la imposibilidad o gran dificultad de una de las partes para acceder a la información relevante y la circunstancia de que dicha información aumente el valor del respectivo producto o servicio.

Probablemente, uno de los campos más fecundos de establecimiento de la obligación precontractual de informar sea el de los servicios financieros. En efecto, el ordenamiento jurídico ha impuesto a las EC la referida obligación en virtud de una multiplicidad de normas de variado origen, naturaleza y jerarquía. Son numerosos los motivos que explican dicha imposición. Entre estos destacan la condición de profesionales del mercado financiero de las referidas empresas, el elevado carácter técnico del sector en el que se desempeñan, la complejidad y elevado riesgo de una parte significativa de los productos y servicios que comercializan (cada vez más agudizada) y la carencia de conocimientos, experiencia y cualificación en materias financieras de gran parte de su clientela. A su vez, no cabe duda de que el incremento de la actividad normativa en los últimos años en el ámbito de la contratación con EC responde a la necesidad de proteger a los clientes de dichas empresas ante la demostración empírica de que la conflictividad en este terreno ha aumentado de manera exponencial. Este aserto daría cuenta de que las disposiciones previamente existentes no han resultado eficientes para prevenir los incumplimientos de la obligación precontractual de informar de las EC y salvaguardar los intereses de los clientes.

La obligación precontractual de informar resulta aplicable a las EC tanto en virtud de normas de carácter general (LCGC, LSSICE y TRLGDCU) como en virtud de disposiciones especialmente diseñadas para ser aplicadas a la contratación con dichas empresas, como las relativas a los servicios bancarios y a los de inversión. En algunos casos, estas normas establecen la obligación precontractual de informar en beneficio de los clientes de servicios financieros en general (disposiciones sobre servicios de inversión y de pago) y, en otros, a favor de clientes que ostentan la condición de consumidores (LCCC y LCDSFDC). Cabe destacar que la disciplina sobre transparencia bancaria (Orden EHA/2899/2011 y Circular 5/2012) solo beneficia a las personas físicas, con lo que se aparta injustificadamente, según argumento en el Capítulo II, de la normativa tradicional en la materia, que siempre protegió a los clientes en general, es decir, también a las personas jurídicas, sin perjuicio de la aplicación a estas, en determinados supuestos, de la normativa sobre consumo. Así, el proceder de la normativa sobre transparencia bancaria genera la duda respecto a si las EC deben informar a los clientes que sean empresarios y que contratan servicios bancarios acerca de las presuposiciones contractuales.

Cabe precisar que el examen de la obligación precontractual de informar de las EC implica estudiar no solo los documentos típicamente informativos que dichas empresas entregan a sus clientes en la etapa de formación del consentimiento, sino también otras figuras que en la práctica igualmente sirven a los clientes como mecanismos de información precontractual. En este sentido, en el Capítulo I argumento acerca de que no solo puede haber traspaso de información a los clientes en virtud de tales documentos, sino también a través de la publicidad comercial, la oferta contractual, los formularios contractuales que las EC exhiben a sus clientes antes de la perfección del consentimiento, la actividad de asesoramiento y la información general al público. En consecuencia, en el Capítulo II, al estudiar las normas sobre información precontractual aplicables a las EC, no solo me centro en el tratamiento de las que se refieren

expresamente a dicho tipo de información, sino también en el de las que se refieren a las mencionadas figuras.

Otra importante cuestión a tener en cuenta en el estudio de la obligación precontractual de informar de las EC es que las normas que la establecen suelen estructurarse sobre la base de los requisitos que debe cumplir la información. En concreto, tales normas exigen el cumplimiento de determinados presupuestos en materia de características, contenido y medio de transmisión de la información precontractual. Esta es precisamente la estructura de que me valgo en el Capítulo II para estudiar las diferentes normas sobre información precontractual aplicables a las EC.

En fin, la temática más trascendente que se desarrolla en este trabajo es la relativa a las consecuencias susceptibles de ser aplicadas a la infracción de la obligación precontractual de informar por parte de las EC. A la exposición de esta materia se destina el Capítulo III.

Teniendo en cuenta las precedentes consideraciones, dentro de los múltiples problemas que deben resolverse en un estudio sobre la obligación precontractual de informar de las EC son tres los que resultan más significativos.

Un primer problema es el relativo a si las EC deben suministrar información precontractual a todos sus clientes o solo a los favorecidos por normas que establecen esta obligación de manera expresa. De modo específico, debe dilucidarse si, considerando que la disciplina sobre transparencia bancaria beneficia solo a las personas físicas y que la normativa sobre consumo no protege a los clientes empresarios, las EC deben proporcionar la información precontractual relevante a los clientes empresarios que contratan servicios bancarios y cuyos conocimientos, experiencia o cualificación les impiden comprender cabalmente la respectiva operación. Asimismo, debe determinarse si en los casos de clientes favorecidos por una norma en el sentido expuesto, pero que no ha establecido expresamente la obligación de revelar la información relevante, las EC deben informarles acerca de las presuposiciones contractuales en caso de carecer ellos de los conocimientos, experiencia o cualificación para sopesar plenamente la correspondiente operación. Estas cuestiones son desarrolladas en el Capítulo I.

Un segundo problema concierne a la determinación de si las normas sobre información precontractual aplicables a las EC resultan suficientes y adecuadas para proteger a los clientes, sobre todo a aquellos carentes de conocimientos, experiencia o cualificación en materias financieras. La cuestión tiene relevancia por varias razones.

Primero, porque existe una enorme cantidad de reglas sobre información precontractual aplicables a las EC, de diversa procedencia, índole y rango, cuyo conocimiento resulta dificultoso aun para los expertos y más todavía para los clientes. A los efectos de ordenar este extenso abanico de normas, a lo largo del Capítulo II sistematizo las diferentes disposiciones sobre información precontractual aplicables a las EC, examinando en cada caso las características, contenido y medio de transmisión de la información cuyo cumplimiento resulta preceptivo a tenor de cada una de dichas disposiciones. Así, en el referido capítulo analizo la normativa sobre condiciones generales de la contratación, Derecho del consumo, servicios bancarios, servicios de inversión, contratación a distancia y publicidad. Adicionalmente, teniendo en cuenta la gran relevancia de los proyectos de Derecho contractual europeo en materia de deber

precontractual de informar (PECL, Principios *Acquis*, CEC, PCCR, DCFR y FS), también examino los preceptos pertinentes de dichos instrumentos.

La apuntada cuestión resulta relevante, asimismo, porque, dependiendo de la norma de que se trate, el individuo protegido habrá de ser un sujeto u otro (cliente, consumidor, inversor, persona física), con el agregado de que el nivel de protección de que serán destinatarios cada uno de ellos no siempre coincidirá con el de los otros. De modo específico, cabe insistir en que en los servicios bancarios las empresas que contratan con las EC no cuentan con normas expresas sobre información precontractual, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de la LCGC. Ante tal constatación, en buena parte del Capítulo II trato de clarificar el ámbito subjetivo de aplicación de las referidas normas.

Luego, la determinación de si las reglas sobre información precontractual aplicables a las EC son suficientes y adecuadas para proteger a los clientes tiene trascendencia porque el referido estado normativo genera, en bastantes ocasiones, superposición de disposiciones, en el sentido de que a un mismo supuesto puede resultar aplicable más de una (*v. gr.*, LCGC, TRLGDCU, LCCC, LCDSFDC, Orden EHA/2899/2011 y Circular 5/2012). Adicionalmente, no existe entre tales normas absoluta homogeneidad en cuanto a las características, contenido y medio de transmisión con que debe cumplir la información precontractual que deben suministrar las EC a sus clientes.

A mayor abundamiento, la señalada cuestión tiene relevancia porque gran parte de las referidas normas obliga a las EC a proporcionar a sus clientes extensos y farragosos listados de información, lo que puede repercutir en que dichos clientes se vean expuestos a dificultades a la hora de manifestar una voluntad negocial con conocimiento de causa.

Por último, el problema más significativo abordado en este trabajo se relaciona con la determinación de si, al margen de las consecuencias administrativas y del Derecho de la concurrencia y de la publicidad, resultan aplicables a la infracción de la obligación precontractual de informar de las EC efectos de índole contractual y cuáles serían. En este sentido, no debe olvidarse que una consideración fundamental en estas materias debe ser el interés de los clientes, sobre todo el de aquellos que se ven expuestos a mayores grados de asimetría informativa.

En el Capítulo III veremos que la vía mayormente considerada por los tribunales para solucionar los conflictos en materia de obligación precontractual de informar de las EC ha sido la de la anulación por vicio del consentimiento, destacadamente por el vicio del error. En una significativa parte de supuestos, los tribunales han estimado que el cliente ha padecido un error esencial y excusable a consecuencia de la falta o defecto de información, sobre todo cuando se trata de clientes carentes de los conocimientos, experiencia o cualificación para comprender la respectiva operación. Por su parte, las sentencias que fallan a favor de las EC tienen presente, en general, el cumplimiento por parte de dichas empresas de su obligación precontractual de informar, así como que el cliente contara con un nivel de conocimientos, experiencia o cualificación en materias financieras superior a determinado umbral. En el caso de los clientes empresarios, aparte de estas consideraciones, las resoluciones judiciales favorables a las EC suelen tener en cuenta la situación patrimonial de dichos clientes.

Considerando la necesidad de salvaguardar en estas materias los intereses de los clientes y, por tanto, la posibilidad de que estos escojan la vía que mejor tutele sus intereses, en el Capítulo III examino otras consecuencias de Derecho privado susceptibles de aplicarse en caso de vulneración por parte de las EC de su obligación precontractual de informar. Veremos también que aunque no constituyan la regla general, existen relevantes sentencias que aplican algunas de esas otras consecuencias para dar solución a los señalados conflictos. Así, en el capítulo final de este trabajo el lector podrá encontrar una presentación de las principales STS en esta materia, así como de la llamada “jurisprudencia menor”.

En dicho contexto, en el referido capítulo examino en términos doctrinales y jurisprudenciales, aparte de la anulación por vicio del consentimiento, consecuencias como el ejercicio del derecho de desistimiento, la nulidad (por abusividad derivada de la falta de transparencia y por infracción de norma imperativa) y la no incorporación de condiciones generales de la contratación por incumplimiento de los requisitos informativos de inclusión. El capítulo concluye con el examen de la posibilidad de aplicar la responsabilidad civil a las EC que incumplen su obligación precontractual de informar. En esta última parte procedo al estudio de temas como el cumplimiento y la resolución contractual, el régimen aplicable al resarcimiento, el factor de atribución de responsabilidad y el daño indemnizable. Aunque todas estas cuestiones tienen gran importancia, la que resulta más trascendente es la consistente en determinar en qué supuestos resulta aplicable el régimen aquiliano y en cuáles el contractual.





## CAPÍTULO I: ANTECEDENTES Y NOCIONES BÁSICAS RESPECTO DE LA OBLIGACIÓN PRECONTRACTUAL DE INFORMAR<sup>1</sup>

**SUMARIO.** 1. Consideraciones generales. 2. Evolución. a. Contratación clásica. b. Contratación contemporánea. i. Preliminar. ii. Ventajas de la obligación precontractual de informar. iii. Recepción normativa de la obligación precontractual de informar. 1. Preliminar. 2. Normas protectoras de los clientes en general. 3. Normas protectoras de los clientes consumidores. 4. Normas protectoras de los clientes de servicios financieros. 5. Derecho proyectado. 3. Noción y clasificación. a. Noción. b. Clasificación. 4. Naturaleza. 5. Extensión. a. Límites. b. Contenido. c. La obligación general de informar de las entidades de crédito. 6. Fundamentos. a. Asimetría informativa. b. Criterios jurídicos y económicos. c. Criterios jurídicos. i. Protección del cliente. ii. Libertad contractual. iii. Buena fe. 1. Preliminar. 2. Su concreción. d. Criterios económicos. i. Referidos al funcionamiento del mercado. ii. Referidos a la posición de los contratantes en relación con la información. 1. Preliminar. 2. Coste de la información y repercusión de la misma en el valor del producto o servicio. 7. La información precontractual. a. Noción. b. Publicidad comercial. c. Oferta. d. Formularios contractuales. e. Asesoramiento. f. Información general al público.

### 1. Consideraciones generales

[1] **Antecedentes históricos.** Aunque se trate de volver sobre caminos muy trillados por la literatura jurídica, resulta inevitable comenzar este estudio retomando algunas premisas que siguen siendo básicas en cualquier análisis referido a la contratación en el ámbito del Derecho privado<sup>2</sup>.

Ante todo, conviene recordar que la regulación de la contratación clásica responde, en su fuente paradigmática (el CC francés), a una ideología liberal-individualista. Esta encuentra en la autonomía de la voluntad el principio jurídico-privado por antonomasia, también inspirador del CC español<sup>3</sup>. Los principios de que partieron los legisladores

---

<sup>1</sup> Cabe insistir en que, según advertiera en la Introducción, en este trabajo opto por entender que el tema aquí abordado apunta a una verdadera obligación y no solo a un mero deber, tanto si estamos en presencia de un deber tipificado como si se trata de uno construido, a falta de norma, por los tribunales. Los fundamentos de esta opción los expongo *infra* I.4. En todo caso, considerando que toda obligación constituye un deber jurídico, a lo largo del texto empleo ambas expresiones de manera indistinta, sobre todo, en su caso, por razones de estilo o en consideración a que la expresión ‘deber’ es habitualmente utilizada por la doctrina.

<sup>2</sup> Siguiendo a DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, p. 310, debe tenerse en cuenta que la contratación se lleva a cabo mediante un proceso o procedimiento comprensivo de diversas actividades sucesivas destinadas a la celebración del contrato, dentro de las que se incluyen algunas anteriores a la formación del consentimiento. A tenor de esta idea, la obligación precontractual de informar de las EC debe considerarse perteneciente al fenómeno de la contratación entendido como una globalidad, y no como uno situado antes de ella. En ese sentido, MENÉNDEZ MATO, J. C., *La oferta*, pp. 31s., define ‘contratación’ como “el conjunto de actos, comportamientos, consecuencias, efectos derivados o tendentes a la realización, perfección, ejecución, modificación y extinción de un contrato. Se corresponde con el período temporal de mayor o menor extensión, que tiene por inicio al primer acto precontractual; y, como punto final, aquella acción determinante de la definitiva desvinculación de las, hasta ese momento, partes contractuales”. En definitiva, de estas ideas deriva que los deberes informativos son “obligaciones al servicio de la contratación”. LLÁCER MATA CÁS, M<sup>a</sup>. R., “Obligaciones”, p. 164.

<sup>3</sup> Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, p. 207; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Trascendencia”, pp. 59ss.; MIRANDA SERRANO, L., “La protección de los consumidores”, p. 182 (refiriendo que el CC es “insolidario en lo social”); y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. y RAGEL SÁNCHEZ, L., “El contrato”, p. 280. Un estudio de la evolución del principio de libertad

decimonónicos en cuanto a aquella regulación fueron los de libertad contractual<sup>4</sup> e igualdad entre partes<sup>5</sup>.

Dichos legisladores arrancaron de la consideración de que en la mayor parte de los supuestos los contratos se suscribirían entre individuos en posición de igualdad, capaces, por tanto, de tutelar adecuadamente sus intereses. En razón de esto asumieron que, también en la mayor parte de los casos, su voluntad sería prestada de forma libre, gracias a la posibilidad negociadora que tal posición provocaría. Ante esto no cabía más que predicar la justicia de la regulación de intereses por ellos efectuada<sup>6</sup>.

Por lo mismo, los límites a la libertad de contratar fueron contruidos por los iniciales codificadores recurriendo a conceptos cuya inobservancia suponía un grave atentado a los valores fundamentales del ordenamiento jurídico (la moral, el orden público y la ley<sup>7</sup>) o a los principios de libre manifestación de la voluntad y buena fe, de forma que aquellos límites solo podrían operar marginalmente<sup>8</sup>. Si todo contrato era tenido como una herramienta cualificada en una economía de mercado en orden a la justa regulación de los intereses de los contratantes, el corolario era la primacía casi sin restricciones del principio de autonomía privada y del correlativo de conservación del contrato, en detrimento de toda fórmula que conllevara la posibilidad de desvinculación del mismo al margen de su cumplimiento o de la voluntad común de las partes. En síntesis, los límites a la libertad contractual en el liberalismo son “escasos y genéricos”<sup>9</sup>.

En razón de lo anterior, los ordenamientos tradicionales partieron del supuesto de que los eventos de formación del consentimiento en que su libre manifestación no tuviera lugar, o en los que apareciera severamente debilitada, habrían de ser excepcionales. En consecuencia, de esta índole también habrían de ser los remedios contemplados para hacerles frente, *v. gr.*, la figura de los vicios del consentimiento<sup>10</sup>. Por esto es que exigieron a estos vicios drásticos requisitos en orden al perecimiento del contrato, hoy

---

contractual desde el Derecho romano, con desarrollo del mismo a la luz del liberalismo, en VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Determinación*, pp. 23ss.

<sup>4</sup> También designado como “libertad de contratación” o “de contratar” y recogido por el art. 1255 CC. Su faceta referida a la celebración del contrato se denomina “libertad de conclusión” o “de decisión” (contratar o no y elegir a la contraparte) y la relativa a su contenido, “libertad de configuración interna” o “autorregulación contractual”. V. ATAZ LÓPEZ, J., “La libertad”, p. 129; DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, p. 155; MEDICUS, D., *Tratado*, p. 39; SIMÓN MORENO, H., “II-1:102 y II-1:103”, pp. 85s.; y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Determinación*, pp. 72-74.

<sup>5</sup> V. ATAZ LÓPEZ, J., “La libertad”, p. 134; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil*, p. 570; y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Determinación*, pp. 78-80. Se trata de un principio claramente recepcionado en el Derecho comunitario. SCHULZE, R., “Deberes”, p. 33.

<sup>6</sup> Cfr. ATAZ LÓPEZ, J., “La libertad”, p. 136; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Trascendencia”, pp. 33-35 y 60s.; MIRANDA SERRANO, L., “La protección de los consumidores”, p. 182; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos”, p. 1585; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. y RAGEL SÁNCHEZ, L., “El contrato”, p. 286; y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Determinación*, p. 34.

<sup>7</sup> V. MIRANDA SERRANO, L., “La protección de los consumidores”, p. 182.

<sup>8</sup> Un tratamiento de estos límites en ATAZ LÓPEZ, J., “La libertad”, pp. 140ss.; y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Determinación*, pp. 43 y 81ss.

<sup>9</sup> VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Determinación*, p. 44. Así, por ejemplo, la protección del consumidor en el Derecho clásico de contratos se acota a hipótesis destinadas a reprimir prácticas abusivas. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Trascendencia”, p. 35.

<sup>10</sup> V. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Trascendencia”, p. 61; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos”, pp. 1585s.; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. y RAGEL SÁNCHEZ, L., “El contrato”, p. 286; RIBOT IGUALADA, J., (Comentario al) “Artículo 1265”, p. 1386; RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Los vicios del consentimiento contractual”, p. 377.

todavía requeridos. Así, se protege a la víctima de los mismos solo si junto a ellos comparecen determinados factores cualificados<sup>11</sup>.

**[2] De la contratación clásica a la contemporánea.** El punto de inflexión que separa la contratación clásica de la contemporánea por lo que respecta a la operatividad de los principios de libertad contractual e igualdad entre partes en la fase de formación del consentimiento, se sitúa en la época de surgimiento y sobre todo del auge de la contratación en masa (“sociedad de consumo”), consecuencia del enorme cambio socio-económico desencadenado por la Revolución Industrial<sup>12</sup>. Esta transformación tiene estrechas conexiones con el alumbramiento y consolidación de la moderna noción de empresario<sup>13</sup>. Así, se tradujo en el nacimiento de una forma de ser de la contratación privada radicalmente diferente, basada en la realidad de los hechos, no tanto en la igualdad de los contratantes, sino en su opuesto<sup>14</sup>.

A tenor de dicha situación, disminuye la presencia social de la subjetividad contractual considerada por los códigos del siglo XIX, esto es, la propia del tipo de economía y de relaciones jurídicas vigentes hasta ese entonces, es decir, la inherente a un mercado no industrializado, agrario y artesanal<sup>15</sup>. Y comienza a prevalecer una nueva subjetividad, representada por el binomio “contratante poderoso-contratante débil”. La fulminante y extendida irrupción de este posibilitó la materialización habitual de una serie de prácticas hasta ese momento desconocidas o de escasa ocurrencia<sup>16</sup>. Muchas de estas prácticas son las desencadenantes del consabido desequilibrio, asimetría o desigualdad que rige en el interior de tal binomio, sobre todo respecto de consumidores y empresas de dimensión mediana o modesta. Se trata de un desequilibrio estructural o de mercado<sup>17</sup>.

---

<sup>11</sup> Cfr. DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, pp. 185s.; MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, p. 554; y RIBOT IGUALADA, J., (Comentario al) “Artículo 1265”, pp. 1386s.

<sup>12</sup> Cfr. DE LEÓN ARCE, A., “El consumo”, p. 43; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Trascendencia”, p. 36; MIRANDA SERRANO, L., “La protección de los consumidores”, p. 183; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. y RAGEL SÁNCHEZ, L., “El contrato”, p. 281; y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Determinación*, pp. 42 y 45.

<sup>13</sup> Acerca de la definición de empresario v. ROJO, Á., “El empresario”, p. 42.

<sup>14</sup> V. RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Del Derecho romano”, p. 352, que señala: “(e)n cuanto a la *igualdad*, ha influido decisivamente sobre el respectivo bargaining power de las partes contratantes la radical transformación verificada en las estructuras económicas y sociales en los últimos decenios: la generalización de la producción industrial en masa; el enorme desarrollo de las relaciones comerciales de cambio; el nacimiento de la empresa multinacional. El que posee el capital, el que posee las fuerzas naturales y las guía, no está en situación de igualdad para contratar ... con el consumidor al que vende sus productos”.

<sup>15</sup> MIRANDA SERRANO, L., “La protección de los consumidores”, p. 182.

<sup>16</sup> DE LEÓN ARCE, A., “El consumo”, p. 43; y MIRANDA SERRANO, L., “La protección de los consumidores”, pp. 183s. (destacando entre tales prácticas variadas conductas agresivas, deshonestas y abusivas).

<sup>17</sup> Esta “es la diferencia fundamental entre el sistema de contratos previsto por el legislador decimonónico, fundado sobre un escenario en que estructuralmente las partes se desenvuelven con plena libertad y en plano de igualdad y el sistema de contratos que se diseña desde la perspectiva de la política de protección de consumidores”. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. y RAGEL SÁNCHEZ, L., “El contrato”, pp. 285s. En similar sentido, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Trascendencia”, pp. 38, 43-45 y 62s. Una útil nomenclatura a utilizar distingue entre “contratos *Business to Consumers*”, en que existe un acusado desequilibrio, y “*Business to Business*”, en que tal desequilibrio no es indefectible. SCHULZE, R., “Deberes”, p. 35. Una panorámica general de la ruptura del antiguo paradigma de contratación y del surgimiento del nuevo en MIRANDA SERRANO, L., “La protección de los consumidores”, pp. 181-187; y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Determinación*, pp. 41-43.

**[3] Principales efectos del cambio.** El nuevo paradigma se tradujo en que, principalmente llegado el siglo XX, al proceso de masificación de la contratación se adicionaran, de forma igual de generalizada y como necesaria consecuencia de aquel proceso, dos subsiguientes fenómenos. Primero, el de redacción de las condiciones contractuales de manera unilateral por el empresario. Segundo, el de vinculación a las mismas por el contratante no redactor con base en su mera aquiescencia, esto es, al margen de la posibilidad de debate a su respecto (contratos de adhesión). Ambos fenómenos producen un desequilibrio contractual estructural o de mercado<sup>18</sup>.

Un notable ejemplo en el anterior sentido es, con frecuencia, la contratación con EC. En esta, las convenciones suelen llevarse a cabo a través de los formularios previamente redactados por dichas empresas, cuyos clausulados terminan siendo impuestos a quienes demandan sus servicios<sup>19</sup>, salvo a los “grandes clientes”<sup>20</sup>.

Los referidos fenómenos prácticamente hicieron desaparecer de la faz de la contratación la etapa de negociaciones preliminares, concebida por los legisladores decimonónicos como indefectiblemente predecesora de todo contrato, al ser entendido este como fruto de un acuerdo de voluntades libres entre iguales<sup>21</sup>. Ello supuso la creación de una situación de desventaja (v. gr., en términos informativos) para un gran número de individuos con la subsiguiente quiebra del principio de libertad contractual<sup>22</sup>. Dicha situación propicia, en multitud de ocasiones, la materialización de variadas prácticas abusivas<sup>23</sup>.

---

<sup>18</sup> Cfr. ATAZ LÓPEZ, J., “La libertad”, pp. 137s.; BALLUGERA GÓMEZ, C., *El contrato*, p. 37; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil*, pp. 578-580; DE LEÓN ARCE, A., “El consumo”, pp. 44s.; DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, p. 415; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Trascendencia”, pp. 38 y 41; MIRANDA SERRANO, L., “La protección de los consumidores”, p. 184; MORENO QUESADA, B., “La protección”, p. 452; ORDUÑA MORENO, F., “Derecho”, pp. 24ss.; PAGADOR LÓPEZ, J., “Las condiciones”, pp. 164s.; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos”, pp. 1586s.; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. y RAGEL SÁNCHEZ, L., “El contrato”, p. 280; y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Determinación*, pp. 97s.

<sup>19</sup> Cfr. ANDREU MARTÍ, M<sup>a</sup>. del M., *La protección*, p. 51; BONET SÁNCHEZ, I., “El contrato”, p. 93; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil*, p. 580; CORTÉS, L., “Contratos”, p. 731; DE SÁ, A., *Direito*, p. 10; EMBID IRUJO, J. M., “Prólogo”, p. 15; GIMÉNEZ VILLANUEVA, T., “Normas”, pp. 660s.; GÓMEZ GÁLLIGO, J., “Las condiciones”, pp. 242-244; LLEBARÍA SAMPER, S., “Protección”, pp. 9-11; MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., *Condiciones*, pp. 83s.; y PETIT LAVALL, M<sup>a</sup>. V., *La protección*, pp. 35s. (resaltando los abusos que se producen en esta esfera de la contratación). Es numerosa la jurisprudencia que da cuenta de estas características en la contratación con EC. A modo de ejemplo, la SAP Álava (1) 7-4-09 (FD 2) señala: “El sector bancario es un sector caracterizado por la utilización generalizada de contratos de adhesión, con unas condiciones generales unilateralmente redactadas por las entidades financieras, que han de ser aceptadas en bloque por el cliente si este quiere obtener el servicio solicitado, sin posibilidad de discusión, salvo, naturalmente, en los contratos celebrados por dichas entidades entre sí, o los contratos concertados con grandes empresas o corporaciones, dado el equilibrio en la posición de las partes”.

<sup>20</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, J., “Las condiciones”, p. 243. Las normas tuitivas del mercado financiero no tienen por finalidad proteger a las grandes empresas, sino al contratante débil (consumidor y PYME). MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., *Condiciones*, p. 68. V. la SAP citada en la nota anterior.

<sup>21</sup> Cfr. DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, pp. 415s.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Trascendencia”, pp. 76s.; y MIRANDA SERRANO, L., “La protección de los consumidores”, p. 182. MARTÍN GARCÍA, M<sup>a</sup>. del L., *La publicidad*, p. 15, explica el desaparecimiento de esta etapa por el nacimiento de la publicidad comercial.

<sup>22</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. y RAGEL SÁNCHEZ, L., “El contrato”, pp. 284s.

<sup>23</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., “Las condiciones”, p. 165. Los aludidos mecanismos de formación del consentimiento han sido catalogados desde su nacimiento como insoslayables en una sociedad capitalista, tanto desde el punto de vista económico como jurídico. Ello, sin perjuicio de las críticas que a su respecto se han formulado en atención a las nocivas consecuencias que, en su caso, pueden acarrear para los

Así, con el correr de los tiempos la realidad de las relaciones económico-jurídicas comienza a desmentir, en una abundante cantidad de supuestos, que la regulación privada de los intereses de los contratantes fuese el corolario de una negociación en pie de igualdad. Esta constatación vino a significar la de la quiebra o crisis del principio de libertad contractual, así como una alteración sustantiva de los postulados clásicos del Derecho de obligaciones y contratos<sup>24</sup>. El contrato deja de ser mirado como paradigma de una justa regulación privada de los intereses, para comenzar a ser considerado, con frecuencia, como un instrumento generador de diversas iniquidades. Estas, por lo que atañe a la información de los consumidores y partes contractuales débiles en general, se traducen en desequilibrio y opacidad del mercado frente a ellos, lo que dificulta la toma de decisiones razonables<sup>25</sup>.

Considerando lo anterior, los presupuestos tradicionales en materia de formación del contrato (libertad de contratación e igualdad) comienzan a ser objeto de severos

---

sujetos que prestan adhesión. Desde un punto de vista económico, se defiende la existencia de tales condiciones, así como de los contratos por adhesión, sobre la base de que ambas figuras constituyen (en virtud de la uniformidad que suponen) la única forma racional y eficiente, en un sistema de mercado, de canalizar los intercambios entre los individuos. Una forma de contratación que supusiera la irrestricta aplicación de los postulados en que se basó la regulación de dichos intercambios por los originales codificadores, es decir, que implicara la negociación del clausulado de cada uno de los contratos (suponiendo que algo así fuera posible); redundaría en una ralentización de la dinámica y eficiencia económicas (uno de cuyos presupuestos es la agilidad de las transacciones comerciales). Esto, considerando las demoras y los elevados costes de transacción que ello conllevaría, con los detrimentos sociales que un tal estado de cosas podría generar. En un sentido jurídico, la aceptación por parte de los diversos ordenamientos de tales figuras no implica más que la constatación de que otra forma de proceder sería incompatible con un sistema de intercambio de bienes como el actualmente imperante, sin perjuicio de aceptarse que tal recepción jurídica debiera tender a evitar los indeseados resultados que aquellas figuras puedan traer aparejados, tanto para los contratantes que adhieren a condiciones generales como para el sano funcionamiento del mercado. V. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones*, pp. 27-37 y “El control”, p. 220; DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, pp. 157s., y II, p. 415; NIETO CAROL, U., “Contratación”, pp. 183s.; PAGADOR LÓPEZ, J., “Las condiciones”, p. 167; PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos”, p. 1585; ORDUÑA MORENO, F., “Derecho”, pp. 24-28; y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Determinación*, pp. 97s. También en el terreno bancario tales procedimientos involucran ventajas económicas, pero también –a veces– perniciosas consecuencias para los clientes. Cfr. DE LEÓN ARCE, A., “El consumo”, p. 45 (refiriendo que los bancos son uno de los sectores más cuestionados en España según el Instituto Nacional del Consumo); DE SÁ, A., *Direito*, pp. 26s.; GIMÉNEZ VILLANUEVA, T., “Normas”, pp. 661s.; y MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., *Condiciones*, pp. 84-87. V. también la STS (Sala de lo Civil, Pleno) 9-5-13 (FD 7, 2.2.139) –cláusula suelo en los préstamos con garantía hipotecaria a interés variable-. BALLUGERA GÓMEZ, C., *El contrato*, pp. 40s., discrepa respecto de la asentada idea de que las condiciones generales de la contratación reducen los costes de transacción. Esto, por cuanto esta reducción opera solo respecto del predisponente pero no del adherente. Para este aquellos costes aumentan, considerando la mayor dedicación y esfuerzo que debe llevar a cabo para comprender los complejos formularios que las condiciones generales y la intervención, en ocasiones, de un “consejero legal” que le ilustre acerca de dichas condiciones.

<sup>24</sup> Cfr. DE LEÓN ARCE, A., “El consumo”, pp. 45s.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Trascendencia”, pp. 32s., 38, 41 y 43; PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F. y RAGEL SÁNCHEZ, L., “El contrato”, p. 281. Matizando la idea de “quiebra” del principio de autonomía de la voluntad, VÁZQUEZ DE CASTRO, E. *Determinación*, p. 43, apunta que no se encuentra en crisis, sino en “una constante dinámica evolutiva”.

<sup>25</sup> Cfr. DE LEÓN ARCE, A., “El consumo”, p. 43; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Trascendencia”, p. 37 (agregando que este estado de cosas es también desencadenante de un nuevo escenario en materia de daños -pp. 37s.-); y PAÑOS PÉREZ, A., *Derechos*, pp. 13s. Una exposición de la “crisis” del principio de libertad contractual en ATAZ LÓPEZ, J., “La libertad”, p. 134. Un desarrollo de la situación de desventaja en que actualmente se encuentran los consumidores, en PANIAGUA ZURERA, M. y MIRANDA SERRANO, L., “La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción”, pp. 20-22.

cuestionamientos por lo que hace a su aplicación a los negocios jurídicos celebrados entre partes que no se encuentran en similares condiciones, en cuanto la manifestación de voluntad de la parte débil de la relación no resulta enteramente libre y consciente<sup>26</sup>.

**[4] La protección de la parte débil.** Tales cuestionamientos derivan, con el transcurso de los tiempos, en una creciente intervención regulatoria, instrumentada mediante normas imperativas o de orden público limitativas de la libertad contractual<sup>27</sup>. No cabe duda acerca de que la finalidad de dicha intervención es la mejor protección de la parte débil de la relación<sup>28</sup>. Así, el Derecho privado comienza a impregnarse progresivamente de connotaciones públicas, *v. gr.*, en materia de contratación con EC<sup>29</sup>. Se trata de un fenómeno conectado con la cláusula constitucional del Estado Social<sup>30</sup>.

En consecuencia, el ordenamiento jurídico comienza a prestar una atención más decidida a la contratación en condiciones de acusada desigualdad, decantándose por la elaboración de regímenes protectores de la parte débil situados extramuros de la regulación del CC. Subsiguientemente, se reduce el ámbito de aplicación de este cuerpo normativo a través del fenómeno de la “descodificación”<sup>31</sup>.

**[5] La protección del consumidor.** Entre tales regímenes destaca el de consumidores, que contempla medios de tutela indirecta y directa (concesión de derechos) de sus intereses<sup>32</sup>.

La protección de los legítimos intereses de los consumidores constituye el germen del Derecho del consumo, cuyo propósito es la corrección de la “asimetría estructural” de las relaciones entre tales sujetos y los empresarios<sup>33</sup>. Así, el propósito de la normativa tuitiva a ellos referida consiste en remediar su desigualdad frente al empresario y, por consecuencia, resguardar su libertad de contratar<sup>34</sup>.

En la señalada rama del Derecho el principio rector es el de protección de los consumidores. La importancia de este principio estriba en que informa la generalidad de

---

<sup>26</sup> Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Trascendencia”, pp. 38s.; y MIRANDA SERRANO, L., “La protección de los consumidores”, p. 185.

<sup>27</sup> Cfr. CALLEJO RODRÍGUEZ, C., “El deber”, pp. 11s.; DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, pp. 158s.; PANIAGUA ZURERA, M. y MIRANDA SERRANO, L., “La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción”, p. 43; y VICENT CHULIÁ, F., “Cuestiones”, p. 30.

<sup>28</sup> A favor de este intervencionismo, MORENO QUESADA, B., “La protección”, p. 453; PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F. y RAGEL SÁNCHEZ, L., “El contrato”, pp. 281 y 286; ZUNZUNEGUI, F., “Informe”, p. 19 (apuntando que la crisis financiera demanda una mayor intervención a favor del cliente de servicios financieros). Y, en términos relativos, para cuando las medidas respetuosas de la libertad contractual fracasan o se retrasan, MEDICUS, D., *Tratado*, p. 42.

<sup>29</sup> V., en general, DE LEÓN ARCE, A., “El consumo”, p. 45; y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Determinación*, pp. 43-49 y 106-110; y, respecto de las EC, ANDREU MARTÍ, M<sup>a</sup>. del M., *La protección*, p. 25; MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., *Condiciones*, pp. 20s.; y PAMPLONA HERNÁNDEZ, A., “El Derecho”, p. 23.

<sup>30</sup> Cfr. DE LEÓN ARCE, A., “El consumo”, p. 45; DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, p. 159; y MIRANDA SERRANO, L., “La protección de los consumidores”, pp. 180 y 184-187.

<sup>31</sup> V. ATAZ LÓPEZ, J., “La libertad.”, pp. 134-135; y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Determinación*, p. 48. Críticos con este proceso de descodificación PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F. y RAGEL SÁNCHEZ, L., “El contrato”, p. 282.

<sup>32</sup> Cfr. BOTANA GARCÍA, G., “Noción”, pp. 28s.

<sup>33</sup> PEÑA LÓPEZ, F., “Comentario” (al art. 8), p. 124.

<sup>34</sup> Respecto de la protección de la igualdad mediante normas imperativas del Derecho del consumo como tutela de la libertad contractual en el Derecho comunitario, v. SCHULZE, R., “Deberes”, p. 34.

los ordenamientos jurídicos europeos. En el Derecho interno, se plasma en el art. 51 CE (en relación con el 53.3)<sup>35</sup>. En este, dicho principio funciona como informador del ordenamiento jurídico y como fuente supletoria de segundo grado<sup>36</sup>. Por lo que atañe a la contratación con EC el aludido principio se traduce en el de “protección del consumidor bancario”<sup>37</sup>.

**[6] La protección del cliente.** Por otra parte, progresivamente se elaboran regímenes que, yendo más allá de la tutela del consumidor, aun cuando sin la potencia de esta, aspiraran a proteger a todo contratante o cliente que en conformidad a los datos aportados por la práctica se encuentre en una condición de presumible desigualdad. Así, no resulta extraño que se postule la extensión de la protección dispensada a los consumidores a todo empresario que se encuentre en pie de desigualdad estructural respecto de otro<sup>38</sup>.

Un ejemplo en el anterior sentido es el de la relaciones entre EC y clientes. En efecto, aun cuando la normativa tuitiva general aplicable en este campo ha solido estar referida mayormente a los consumidores de servicios financieros, se ha diseñado frecuentemente no solo para protegerlos a ellos, sino a la generalidad de la clientela<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> Cfr. ATAZ LÓPEZ, J., “La libertad”, p. 135 (sosteniendo que existe un doble sistema contractual: el del CC -que supone la igualdad de los contratantes- y un conjunto de leyes especiales, entre las que destaca el TRLGDUC -que establecen restricciones y requisitos a la libertad contractual-); CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil*, pp. 557-559; LUCIANI, G., “Gli obblighi”, p. 51; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Trascendencia”, pp. 46s. y 74s.; MEDICUS, D., *Tratado*, p. 41; y PANIAGUA ZURERA, M. y MIRANDA SERRANO, L., “La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción”, pp. 27s. No cabe duda de que el Derecho del consumo es “el principal fenómeno que ha irrumpido y sacudido el ámbito de la contratación en el último cuarto del siglo XX (...) que, a la larga, ha conllevado el efecto final de cambiar sustancialmente la faz del Derecho de contratos tradicional”. MIRANDA SERRANO, L., “La protección de los consumidores”, p. 180. Respecto de los fundamentos de la protección de los consumidores, así como de sus principales hitos y de las más relevantes normas en la materia, v. GUILLÉN CARAMÉS, J., *El Estatuto, passim* (principalmente hasta la p. 252); y SALELLES CLIMENT, J., “La disciplina”, pp. 231ss.; y, respecto de la evolución del movimiento consumerista y de su normativa protectora a nivel comparado y comunitario, DE LEÓN ARCE, A., “El consumo”, pp. 49ss.; y PANIAGUA ZURERA, M. y MIRANDA SERRANO, L., “La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción”, pp. 20-25 (respecto del Derecho comunitario).

<sup>36</sup> Así, en primer lugar, “tratándose de las relaciones entre un consumidor y un profesional, la normativa aplicable habrá de ser interpretada en el sentido más favorable a sus (razonables) intereses” (función informadora del ordenamiento jurídico). En segundo término, dicho principio se presenta como uno de “carácter técnico, inducible –e inducido- de las normas legales, en el que se concreta técnicamente ese principio informador para actuar como fuente del Derecho de la forma fijada por el art. 1.4 Cc.” (función de fuente supletoria de segundo grado). MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Trascendencia”, pp. 56 y 57s., respectivamente.

<sup>37</sup> ANDREU MARTÍ, M<sup>a</sup>. del M., *La protección*, p. 25. Debe tenerse en cuenta que el art. 9 TRLGDUC establece: “Los poderes públicos protegerán prioritariamente los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado”. En este sentido, la letra C).13 del Anexo I del RD 1507/2000, de 1 de septiembre, por el que se actualizan los catálogos de productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado y de bienes de naturaleza duradera, a efectos de lo dispuesto, respectivamente, en los artículos 2, apartado 2, y 11, apartados 2 y 5, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y normas concordantes, establece que dentro de aquellos servicios se encuentran los bancarios y financieros.

<sup>38</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. y RAGEL SÁNCHEZ, L., “El contrato”, pp. 284 y 287s.; y SCHULZE, R., “Deberes”, p. 34 (apuntando que los principios del Derecho del consumo pueden servir para otros supuestos en que concurra un desequilibrio semejante).

<sup>39</sup> Cfr. ANDREU MARTÍ, M<sup>a</sup>. del M., *La protección*, p. 25; EMBID IRUJO, J. M., “Prólogo”, pp. 14-16; MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., *Condiciones*, pp. 67-69; y SALELLES CLIMENT, J., “La disciplina”, p. 234. CUÑAT EDO, V., “Las limitaciones”, p. 41, postula la extensión de la protección

**[7] Protección de la parte débil y mejor funcionamiento del mercado.** Entre los objetivos de los remedios tendentes a paliar los efectos de la desigualdad contractual, sobre todo de la más acusada, destaca, en primer término, la salvaguarda de los intereses de la parte contractual débil<sup>40</sup>. En segundo lugar, sobresale la consecución de un mejor funcionamiento del mercado<sup>41</sup>.

Los aludidos propósitos se persiguen tanto por la normativa directamente referida a la contratación (*v. gr.*, la de consumo) como por las relativas a otras esferas del ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, aun cuando el Derecho de la competencia aspira prioritariamente a conseguir la existencia de un mercado saludable, también busca resguardar los intereses de los consumidores, así como, en general, los de los clientes<sup>42</sup>.

**[8] La regulación de la etapa precontractual.** En su mayoría, los instrumentos diseñados por el Derecho español en aras de la mejor protección del contratante débil no se han relacionado, sino hasta una época reciente, con la etapa precontractual<sup>43</sup>. Esta situación deriva del carácter generalmente simple que le atribuyeron los códigos clásicos a dicha fase, el cual contrasta con la trascendencia que se le atribuye en la actualidad y con la decisiva consideración que recibe en la regulación internacional, comunitaria y estatal<sup>44</sup>.

Una permanente preocupación doctrinal por dicha etapa se aprecia en España solo a partir de los años ochenta del siglo pasado<sup>45</sup>. En cualquier caso, los problemas surgidos

---

en relación con los clientes que padezcan “determinadas condiciones de subordinación”, ante lo cual propone como remedio una “Ley de contratos bancarios” aplicable a todos los clientes. No obstante, la actual normativa general sobre servicios bancarios (Orden EHA/2899/2011) ha puesto en entredicho la anterior tendencia, al regir solo para las personas físicas y no también para las jurídicas. Así, la única disciplina que hoy protege a la generalidad de los clientes de las EC es, básicamente, la relativa a los servicios de inversión.

<sup>40</sup> En relación con esta, otra manera más equilibrada o menos rupturista de enfocar dicho intervencionismo consiste en interpretar las medidas protectoras como mecanismos que devuelven su vigencia fáctica al principio de libertad de contratación, sin que tal forma de proceder constituya, por tanto, un establecimiento de limitaciones a la misma. ATAZ LÓPEZ, J., “La libertad”, p. 135 (remitiéndose a De Castro).

<sup>41</sup> VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Determinación*, p. 47.

<sup>42</sup> Acerca de la recíproca incidencia entre las distintas ramas del ordenamiento jurídico por lo que atañe al buen funcionamiento del mercado y a la protección de determinados sujetos, *v.* MIRANDA SERRANO, L., “Competencia”, pp. 48-54; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Trascendencia”, pp. 46s. (críticando, en las pp. 48s., la aproximación desde el Derecho de la competencia para solucionar los problemas de los consumidores); y SALELLES CLIMENT, J., “La disciplina”, p. 172 (en las pp. 239-244 se refiere a las normas de índole administrativa y penal destinadas a cumplir los referidos objetivos).

<sup>43</sup> GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., “La responsabilidad precontractual en la Propuesta”, p. 2. Atendida su época de dictación, algunos códigos modernos, como el italiano y el portugués, sí la regularon. MENÉNDEZ MATO, J. C., *La oferta*, p. 28.

<sup>44</sup> *V.* GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., “La responsabilidad precontractual en la Propuesta”, p. 2; y MENÉNDEZ MATO, J. C., *La oferta*, p. 25 (nota 5, siguiendo a Cedras). DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., “Lealtad”, pp. 576 y 580s., constata y explica esta ausencia de regulación en los CC del siglo XIX. MIRANDA SERRANO, L., “La protección de los consumidores”, p. 185, alude a que el movimiento consumerista demandó protección en esta esfera desde sus inicios. Acerca de la reciente consideración por el Derecho europeo de los deberes precontractuales, *v.* SCHULZE, R., “Deberes”, pp. 36-38.

<sup>45</sup> GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., “La responsabilidad precontractual en la Propuesta”, p. 2. Entre las monografías seminales en España en relación con esta fase destacan ASÚA GONZÁLEZ, C., *La culpa*; GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*; y GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*. Asimismo, ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad”; y MANZANARES SECADES, A., “La responsabilidad” y “La naturaleza”.



para la parte débil en aquella fase o a consecuencia de ella se han resuelto, por lo general, recurriendo a las figuras de los vicios del consentimiento, la buena fe y las reglas sobre incumplimiento obligacional<sup>46</sup>.

Considerando las deficiencias de las regulaciones tradicionales en materia de protección de la parte débil de la relación, la cantidad de normas que se hacen cargo de la fase precontractual ha crecido exponencialmente en las últimas décadas, tanto a nivel europeo como estatal<sup>47</sup>. La preocupación por dicha etapa se inscribe en el afán de conseguir no solo la integridad de la voluntad negocial, sino, sobre todo, la justicia contractual sustantiva<sup>48</sup>. En este sentido, destaca el Derecho de los consumidores, que los protege con elevada intensidad en la dimensión negocial del contrato (y también en la concurrencial)<sup>49</sup>. Sin embargo, el entramado normativo relativo a la etapa precontractual está lejos de ser completo y sistemático<sup>50</sup>.

Los esfuerzos por regular dicha etapa son todavía más ingentes y ambiciosos en los proyectos de Derecho contractual europeo, entre los que destacan el DCFR, el FS, los PECL, el CEC y los “Principios *Acquis*”. Estos aspiran a abordarla de forma detallada e, idealmente, en una normativa de alcance global, es decir, para todos los contratos, sin perjuicio de las matizaciones a que pueda haber lugar en cada instrumento<sup>51</sup>.

---

<sup>46</sup> Cfr., en relación con las tres, LLÁCER MATA CÁS, M<sup>a</sup>. R., “Obligaciones”, pp. 162s.; y, con la primera, CALLEJO RODRÍGUEZ, C., “El deber”, p. 14; MORENO QUESADA, B., “La protección”, p. 451; y VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, pp. 52s. Y, en general, respecto de la protección (indirecta) de los consumidores mediante las clásicas instituciones del Derecho privado, PANIAGUA ZURERA, M. y MIRANDA SERRANO, L., “La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción”, p. 26.

<sup>47</sup> En relación con el Derecho comunitario, INFANTE RUIZ, F., “Entre lo político”, p. 4, señala que la reglamentación del mercado interior ha encaminado sus esfuerzos principalmente a la etapa precontractual, siendo bastante alta la densidad de las normas referidas a ella y escasa la de los mecanismos de conclusión y validez del contrato. Respecto del Derecho interno, v. GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., “La responsabilidad precontractual en la Propuesta”, p. 2.

<sup>48</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Trascendencia”, p. 64.

<sup>49</sup> PANIAGUA ZURERA, M. y MIRANDA SERRANO, L., “La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción”, pp. 55s.

<sup>50</sup> No es completo porque, según veremos, si bien existen abundantes normativas comunitarias y del Derecho interno que se refieren a dicha fase, sobre todo en materia de información, solo suelen hacerlo en relación con ciertos contratantes (los consumidores, destacadamente). Así, no existe un conjunto de disposiciones de Derecho privado general a su respecto, aplicables, en cuanto tales, a todo tipo de contrato o, por lo menos, a los concluidos con clientes en situación de acusada inferioridad. Tampoco es completo porque aquellas normas no se hacen cargo de cuestiones capitales, como la de los efectos contractuales de la infracción de las reglas sobre información precontractual. No es sistemático porque la regulación de la etapa precontractual es extremadamente dispersa, al encontrarse desperdigada en diversos cuerpos normativos de la más variada índole. Destaca, en este sentido, el Derecho comunitario, cuya excesiva fragmentariedad atenta contra una adecuada coherencia y estudio de la normativa pertinente. Esta fragmentariedad deriva de la excesiva cantidad de Directivas y de los defectos de calidad de las mismas, refiriéndose ellas sobre todo al Derecho del consumo y no tanto al Derecho de contratos en general; de la gran cobertura de las materias concernidas por dicho ordenamiento; y de las contradicciones existentes entre los objetivos de política comunitaria, los cuales aspiran, por una parte, al logro de un mercado interior único y, por otra, a un alto nivel de protección de los consumidores. Cfr. INFANTE RUIZ, F., “Entre lo político”, p. 4.

<sup>51</sup> Un estudio de algunos de estos instrumentos en relación con la etapa precontractual en DE ÁNGEL YÁGUEZ, R., “Lealtad”, pp. 592ss.; GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P. y OTERO CRESPO, M., “La responsabilidad”, pp. 5-7 y 11-16; NASARRE AZNAR, S., “II-3:101-II-3:103”, pp. 184s.; VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, pp. 268-286 y 293-301. A nivel de Derecho interno proyectado sobresale la PMDOC, elaborada en su momento por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, aspira a regular la señalada etapa, a veces siguiendo los instrumentos de Derecho contractual europeo más relevantes. V. GOBIERNO DE ESPAÑA/MINISTERIO DE JUSTICIA,

## 2. Evolución

### a. Contratación clásica

[9] **Ausencia de un tratamiento específico de la obligación precontractual de informar en el régimen clásico de la contratación.** Como corolario de la premisa liberal-individualista, la posibilidad de regulación de la obligación precontractual de informar no fue considerada por el régimen clásico de la contratación. Esta situación permanece invariada en gran parte de los ordenamientos jurídicos, incluido el CC español<sup>52</sup>. Un paradigmático ejemplo en este sentido es el *common law*<sup>53</sup>. Esta fue también la posición asumida por la jurisprudencia histórica en la materia<sup>54</sup>. Un proceder en sentido contrario –se dice– habría atentado contra el principio de libertad de contratación, base del paradigma de contrato tenido en mente por aquel régimen, y a la luz del cual las partes no se deben asistencia recíproca<sup>55</sup>.

[10] **La regla *caveat emptor*.** En consecuencia, la regla matriz en materia de obtención de información en la etapa precontractual es, a la luz del régimen clásico de la contratación, la consistente en que cada parte debe procurarse la indispensable, sin que ninguna esté obligada a transmitirla a la otra. Ello, en la medida de que cada una debe tutelar sus intereses, principalmente el de manifestar su voluntad con pleno conocimiento de las condiciones contractuales. Se trata de la máxima *caveat emptor*<sup>56</sup>.

Todavía hoy, en los supuestos en que no rige un deber positivo de proporcionar información en la etapa precontractual, los autores apuntan que tal regla es la vigente. Así, postulan que cada parte debe soportar el riesgo de su ignorancia, recayendo sobre cada una la carga de autoinformarse, esto es, la de recabar las informaciones que le hayan sido accesibles<sup>57</sup>. Por esto es que –agregan– debe justificarse cuidadosamente por los tribunales la imposición del deber precontractual de informar al margen de los

---

“Propuesta”. A su respecto pueden consultarse DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., “Lealtad”, pp. 615s.; y GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., “La responsabilidad precontractual en la Propuesta”. También resulta relevante la “Propuesta de Modificación del Código de Comercio en la Parte General sobre Contratos Mercantiles y sobre Prescripción y Caducidad”, de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación. V. VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, pp. 44s.

<sup>52</sup> Cfr. BASOZABAL ARRUÉ, X., “En torno”, pp. 652 y 664; CALLEJO RODRÍGUEZ, C., “El deber”, pp. 11 y 13 (señalando, en las pp. 20-22, que este es también el camino seguido por el Derecho civil francés -no por el del consumo-); FERRE, M., “Normas”, p. 89; GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, pp. 12s.; LLÁCER MATAACÁS, M<sup>a</sup>. R., “Obligaciones”, p. 162; y MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., “El deber”, p. 162. En relación con los contratos bancarios lo constata GIMÉNEZ VILLANUEVA, T., “Normas”, pp. 662s.

<sup>53</sup> V. CARTWRIGHT, J., *Misrepresentation*, pp. 779s.; y EBERS, M., “De la armonización”, p. 16.

<sup>54</sup> GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, p. 47.

<sup>55</sup> GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, p. 13.

<sup>56</sup> Cfr. DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 46 (y nota 26) y 109s.; GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, pp. 45 y 47; LLÁCER MATAACÁS, M<sup>a</sup>. R., “Obligaciones”, p. 163 (y nota 33); MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Trascendencia”, p. 79; y PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 27.

<sup>57</sup> Cfr. AZNAR GINER, E., *Las negociaciones*, p. 59; BARROS BOURIE, E., *Tratado*, p. 1017; BASOZABAL ARRUÉ, X., “En torno”, pp. 648s. y 685s.; DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 327-329; DE SÁ, A., *Responsabilidad*, pp. 50-53 y *Direito*, p. 69; DE VERDA Y BEAMONTE, J., “La reticencia”, p. 136; DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, p. 216; FLUME, W., *El negocio jurídico*, p. 515; GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, p. 45; GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, p. 13; y MORENO QUESADA, B., “La protección”, p. 456.

supuestos legales<sup>58</sup>. Así, dicho deber debe configurarse teniendo en cuenta los límites que han de regir a su respecto y cuya operatividad puede descartar la exigencia de información en el caso concreto<sup>59</sup>.

En atención a las precedentes consideraciones, en los ordenamientos clásicos se constata una preocupación marginal por el deber de informar, sin que lo disciplinen de forma expresa. Dicha preocupación se plasma en la regulación de la anulabilidad por vicios del consentimiento<sup>60</sup>, de los remedios ante el incumplimiento de las obligaciones y de la buena fe<sup>61</sup>.

## **b. Contratación contemporánea**

### **i. Preliminar**

[11] **La inversión de la regla *caveat emptor*.** Con el correr de los tiempos la realidad demostraría que los problemas surgidos para la parte débil en la fase precontractual o a consecuencia de ella no podían seguir siendo resueltos satisfactoriamente recurriendo a los mecanismos tradicionales, todos problemáticos –según veremos– por lo que hace a la formación del consentimiento de aquella parte<sup>62</sup>.

En la contratación entre individuos en posición asimétrica existen, básicamente, dos mecanismos de tutela de la parte débil: la prohibición de determinadas prácticas y la sujeción de la legitimidad de estas a determinados requisitos, como son, *v. gr.*, los de índole informativa<sup>63</sup>.

La imposición de los segundos se sustenta en el desequilibrio estructural en la contratación en masa, caracterizada por la ausencia de negociación y por la posición de asimetría informativa que suele afectar a las partes contractuales débiles. Esta posición

---

<sup>58</sup> Cfr. BARROS BOURIE, E., *Tratado*, p. 1017; DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites, passim* (principalmente pp. 175ss.); y GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, p. 15.

<sup>59</sup> Cfr. DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites, passim*; y GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, pp. 127ss.

<sup>60</sup> Cfr. BASOZABAL ARRUE, X., “En torno”, pp. 651 y 664s.; GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup> P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, p. 47; GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> del C., “Prólogo”, pp. 8s.; GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, p. 12; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Trascendencia”, pp. 79s.; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., “El deber”, p. 162; y MORENO-LUQUE CASARIEGO, C., “La protección”, p. 197. Las siguientes palabras de GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1467, dan cuenta de este aserto: “La sede donde se ha reflejado con mayor intensidad el problema de la información es en el sistema de vicios de la voluntad (arts. 1265 a 1270 CC). El sistema codificado de vicios de la voluntad pretende asegurar un mínimo soportable de libertad y consciencia de las decisiones contractuales. Establece las reglas del juego “mínimas” del Derecho de contratos, o, dicho de otro modo, bajo qué condiciones puede exigirse la vinculación o fuerza de la ley de las promesas porque hay una decisión libre y razonable que las sustenta, que es la justificación última de la vinculación, y por tanto, habrá ciertas restricciones admisibles a la libertad y consciencia de las decisiones contractuales y, por ello, los contratos que las soportan no deben ser invalidados”.

<sup>61</sup> V. BASOZABAL ARRUE, X., “En torno”, pp. 664s. Agrega que también el CC resuelve conflictos informativos al disciplinar los vicios ocultos. Acerca de estos como ámbito de incardinación del deber precontractual de información *v.* DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 69ss.; y GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, pp. 51ss.

<sup>62</sup> Eso sí, debe destacarse el papel de los tribunales y de cierta doctrina en la actualización de la teoría de los vicios del consentimiento. MORENO QUESADA, B., “La protección”, p. 454.

<sup>63</sup> V. GRUNDMANN, S., KERBER, W. y WEATHERILL, S., “Party Autonomy”, pp. 17-20. BARGILL, O. y BEN-SHAHAR, O., “Regulatory”, p. 1, mencionan las normas imperativas pro-consumidor, el deber de revelación (que está dentro de las anteriores), la regulación de entrada y el derecho de desistimiento y las reglas de defecto pro consumidor y de interpretación de los contratos.

les impide a dichos sujetos adoptar decisiones informadas y, por tanto, libres, principalmente en supuestos de alta complejidad<sup>64</sup>. Una situación como esta –según avanzara– no puede ser resuelta de forma adecuada recurriendo a los clásicos mecanismos de tutela en la fase precontractual.

En razón de lo anterior, el ordenamiento jurídico se decanta por imponer la obligación precontractual de informar a ciertos individuos. El principal motivo para hacerlo es la necesidad de satisfacer la exigencia de transparencia dentro del Derecho de contratos, que es un requerimiento consustancial al sistema de concurrencia en el mercado con arreglo a las exigencias de la buena fe y la lealtad. A su vez, la exigencia de transparencia da cuenta de la existencia de la asimetría informativa y le sirve de paliativo. De este modo, lo que se busca con la imposición de la obligación precontractual de informar es garantizar la consciencia de la libertad de decisión negocial, propósito que rige tanto para las relaciones con consumidores como en general<sup>65</sup>.

Así, la obligación precontractual de informar se justifica, en último término, porque de lo que trata es de que el ordenamiento jurídico coadyuve directamente a la formación de un consentimiento “completo e indubitado” de los términos y condiciones de los contratos a que se presta adhesión<sup>66</sup>. En síntesis, la referida obligación nace, como categoría autónoma, al hilo de las nuevas realidades de la contratación<sup>67</sup>, pretendiendo ser un remedio frente a las insuficiencias del régimen tradicional<sup>68</sup>.

En este orden de ideas, hoy se entiende que en la fase precontractual cada parte está obligada a trasladar a la otra las informaciones de que tenga o deba tener conocimiento y cuya ausencia de revelación habría conducido al acreedor de la misma a no contratar o a hacerlo en otras condiciones, pero siempre que la ignorancia de este tenga una justificación<sup>69</sup>. Como se ve, se trata de la inversión de la máxima *caveat emptor*. En síntesis, cuando un contratante conozca o deba conocer mediante una diligencia normal (recognoscibilidad) las causas de invalidez contractual que puedan afectar a su contraparte debe informárselas. Así, a modo de ejemplo, cuando se percate de que esta padece un error esencial, deberá hacérselo saber<sup>70</sup>.

---

<sup>64</sup> V. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 27. La obligación de informar opera no solo en relación con la etapa precontractual, sino también con los momentos de celebración, cumplimiento y terminación del contrato (PALACIOS GONZÁLEZ, M<sup>a</sup>. D., “El deber”, p. 90). Respecto de los distintos tipos de información atendiendo al momento del *iter* contractual en el que proceden v., en general, PÉREZ GARCÍA, P., *La información*, pp. 177ss.; y, para la contratación con EC, FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., *La información*, pp. 62ss.

<sup>65</sup> V. GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1467; GHESTIN, J., “The Pre-contractual Obligation”, p. 153; GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, p. 13; MIRANDA SERRANO, L., “La protección de los consumidores”, p. 214; y RUIZ MUÑOZ, M., “Introducción”, p. 8.

<sup>66</sup> MORENO QUESADA, B., “La protección”, p. 456. En resumen, “(r)establecer el equilibrio en la negociación y la capacidad de tomar decisiones económicas informadas es un objetivo previo a la función patrimonial de todo contrato”. LLÁCER MATA CÁS, M<sup>a</sup>. R., “Obligaciones”, p. 164.

<sup>67</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup>. del C., “Prólogo”, p. 7, señala que la contratación en masa hace nacer una problemática que impone la necesidad de realizar nuevos planteamientos en la esfera contractual: en materia de “conocimiento del contenido (material y jurídico) del contrato” y de “formación libre y consciente de la voluntad contractual”.

<sup>68</sup> GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, pp. 1464s. (también, pp. 1471s.) y “Comentario” (al art. 60), p. 768.

<sup>69</sup> GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, p. 11.

<sup>70</sup> V. CARVALHO MARTINS, A., *Responsabilidade*, p. 15 (nota 1); y DE VERDA Y BEAMONTE, J., “La reticencia”, p. 134.

## ii. Ventajas de la obligación precontractual de informar

**[12] Ventajas generales.** La imposición de la obligación precontractual de informar resulta más idónea que los remedios tradicionales para afrontar los problemas informativos en la fase de formación del consentimiento. En efecto, ni las reglas sobre los vicios del consentimiento ni las relativas al incumplimiento de las obligaciones constituyen vías que permitan determinar *a priori* cuándo y de qué forma debe proporcionarse cierta información. Así, en la contratación con EC, aquellos mecanismos no permiten, ni a dichas empresas ni a los clientes, saber, en el momento de contratar, cuál es la información que debe suministrarse en orden a una adecuada manifestación de la voluntad negocial. Solo la imposición de la obligación precontractual de informar permite configurar un marco seguro en orden a determinar en qué casos y de qué forma una parte se encuentra obligada a informar a la otra. Aparte de esta importante ventaja, la referida obligación presenta varias otras de carácter general.

Contrariamente a lo que ocurre con otras figuras jurídicas, la mencionada obligación se centra principalmente en el sujeto que carga con ella y no tanto en quien padece la ausencia de revelación de la información relevante<sup>71</sup>. Ello, sin perjuicio de que, naturalmente, busca proteger a la parte contractual débil, aspirando a la consecución de una igualdad real<sup>72</sup>. Así, su finalidad es directamente reconducible a la emisión de la voluntad negocial de forma realmente libre en la mayor cantidad de casos y no preferentemente a otros propósitos como ocurre con otras figuras<sup>73</sup>. De modo que la señalada obligación está vinculada con la etapa previa a la perfección contractual y no con otra<sup>74</sup>. A su vez, no requiere de la verificación de requisitos de dificultoso cumplimiento (sobre todo subjetivos), como los vicios del consentimiento y la responsabilidad civil. Además, a diferencia de estas vías, que solo pueden dar lugar a la anulación del contrato o, en general, al resarcimiento del interés negativo, la obligación precontractual de informar permite otras posibilidades, como la integración contractual con la información relevante en aras de satisfacer el interés positivo del cliente<sup>75</sup>. Adicionalmente, dicha obligación se ha transformado en una herramienta típica en orden a la consecución de la transparencia del mercado<sup>76</sup>. En este sentido, incluso, va más allá de la mera represión de la deslealtad por engaño, porque obliga, directamente, a facilitar información valiosa<sup>77</sup>.

Aparte de las referidas ventajas generales, la obligación precontractual de informar presenta varias otras específicas frente a las reglas sobre los vicios del consentimiento e incumplimiento de las obligaciones.

**[13] Ventajas frente a los vicios del consentimiento.** Una de las peculiaridades de los vicios del consentimiento es estar concebidos para operar de forma excepcional. Esta circunstancia responde a que su regulación tradicional se inserta en un escenario de

---

<sup>71</sup> GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, pp. 28s.

<sup>72</sup> GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup> P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, p. 46.

<sup>73</sup> LLÁCER MATA CÁS, M<sup>a</sup> R., “Obligaciones”, p. 164; y MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Trascendencia”, p. 66.

<sup>74</sup> LLÁCER MATA CÁS, M<sup>a</sup> R., “Obligaciones”, p. 164.

<sup>75</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario” (a los arts. 60 y 61), p. 511 (respecto de la integración publicitaria del contrato).

<sup>76</sup> Acerca de estas dos últimas ideas v. GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, pp. 1467 y 1463, respectivamente.

<sup>77</sup> POSNER, R., *Análisis*, p. 354.

contratación en que las partes son tenidas por iguales, de forma que su voluntad es estimada como libre en la mayor parte de los casos. Así, en un escenario como este, las hipótesis de manifestación de la voluntad negocial en ausencia de libertad e igualdad son consideradas como marginales. Por esto es que el número de contratos anulados por vicios del consentimiento ha sido tradicionalmente escaso, lo que daría cuenta de su limitado rendimiento social. No obstante, la contratación contemporánea demuestra que los supuestos de formación del consentimiento en ausencia de verdadera libertad e igualdad no son extraños, sobre todo en el caso de los consumidores, considerando el notable déficit informativo que suele afectarles. Esta constatación, junto a las demás que veremos, da cuenta de la insuficiencia de los vicios del consentimiento para tutelar adecuadamente la formación de la voluntad negocial de la parte débil de la relación<sup>78</sup>.

La crítica a la figura de los vicios del consentimiento como herramienta eficaz para solucionar los problemas de información en la fase precontractual, se ve reforzada por el hecho de que, a consecuencia de haber sido concebidos para operar de forma excepcional, su configuración se ha perfilado históricamente en los diversos ordenamientos sobre la base de hipótesis normativas abstractas o descripciones genéricas<sup>79</sup>. Es decir, sin que el legislador haya solido darles contenido, ni siquiera indirectamente, por la vía de construir elencos típicos de deberes informativos cuya inobservancia pudiera repercutir en la materialización de uno de tales defectos de la voluntad<sup>80</sup>. De ello deriva que las reglas sobre los vicios del consentimiento no permitan imponer sin discusión la obligación de informar<sup>81</sup>.

Adicionalmente, si bien el propósito de los vicios del consentimiento y de la obligación precontractual de informar es común (garantizar un consentimiento plenamente consciente o exento de vicios)<sup>82</sup>, ambos arrancan de perspectivas distintas. Los vicios del consentimiento se centran principalmente en la víctima, en orden a determinar si manifestó su voluntad de manera defectuosa o no (análisis *ex post*). En cambio, la obligación precontractual de informar se centra en el otro contratante, en aras de

---

<sup>78</sup> V. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil*, p. 659; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Trascendencia”, pp. 63 y 80; MORENO QUESADA, B., “La protección”, p. 453; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, pp. 27s.

<sup>79</sup> GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1468, quien habla de “indeterminación de sus supuestos de hecho”. Respecto de los distintos sistemas comparados relativos a las hipótesis sobre las que recae el error v. ESTEBAN DE LA ROSA, F., “El error”, pp. 206-211, distinguiendo entre los sistemas de definición mediante lista cerrada, casuística, cláusula general y otros sistemas.

<sup>80</sup> Así, el CC español “es ajeno a un hipotético supuesto de hecho que podría denominarse <<violación de deberes precontractuales de información>>, por lo que, si queremos construirlo, habría que hacerlo a partir de los supuestos de hecho de los vicios del consentimiento, de los vicios ocultos y de la responsabilidad por incumplimiento contractual, en el contexto de los deberes de conducta impuestos por el principio de buena fe. En cuanto a las consecuencias jurídicas, las ofrece variadas. Lo relevante ahora es señalar que la perspectiva del Código al resolver estas cuestiones es siempre la del conflicto interindividual, esto es, el ofrecimiento de una norma de justicia conmutativa que dirime una controversia exclusivamente privada: las consecuencias afectan al contrato (lo anulan, lo modifican, lo resuelven) y a la eventual indemnización del daño experimentado por la parte no informada”. BASOZABAL ARRÚÉ, X., “En torno”, p. 665.

<sup>81</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 138 (respecto de la transparencia exigida por el art. 4.2 Directiva 93/13).

<sup>82</sup> GUIADO MORENO, Á., “Contratación a distancia”, p. 307. De esta forma y poniendo por ejemplo el caso del error, tanto este como el deber de informar apuntan a los dos extremos en que se basa el orden civil de valores para determinar las nociones de validez contractual y deber. Por un lado, la consideración de la intención (subjettiva) de los contratantes y, por otro, la valoración de la confianza o de la declaración de voluntad (objetiva). SCHERMAIER, M., “Error”, p. 67.

determinar si estaba o no obligado a informar y, en su caso, si cumplió con su deber de hacerlo (análisis *ex ante*)<sup>83</sup>. Así, teniendo en cuenta que la determinación de los casos en que procede el otorgamiento de información por uno de los contratantes al otro implica una evaluación *a priori* (antes de la celebración del contrato), la imposición de dicha obligación resulta más idónea, al basarse precisamente en una evaluación de tal carácter. En contraposición, los vicios de la voluntad suponen una evaluación *a posteriori*, al operar solo una vez que los problemas informativos ya se han producido<sup>84</sup>.

Otra ventaja de la obligación precontractual de informar frente a los vicios del consentimiento es que permite objetivar las nociones centrales de la teoría relativa a tales vicios (imputabilidad del error y reticencia dolosa). En este sentido, no cabe duda acerca de que la imposición de la mencionada obligación ha sido la vía que de manera más intensa ha puesto en tela de juicio las premisas en las que se asienta la codificación clásica en materia de vicios del consentimiento<sup>85</sup>. En efecto, dicha obligación permite establecer estándares contractuales más objetivos y adecuados, es decir, preventivos, facilitando al acreedor, en caso de cumplimiento, el mejor conocimiento del contrato, aun cuando pueda limitar sus posibilidades de reclamar posteriormente por defecto informativo<sup>86</sup>.

A mayor abundamiento, los vicios del consentimiento ostentan una “relativa inutilidad práctica”, considerando su régimen y las cargas probatorias que imponen<sup>87</sup>, sobre todo por lo que concierne a la acreditación de elementos subjetivos. En efecto, los vicios del consentimiento implican una valoración subjetiva, por ejemplo, del *animus decipendi* en caso de dolo. En cambio, la obligación precontractual de informar presenta una connotación objetiva, en tanto que no solo impone el traspaso de la información conocida (este sería el ámbito básico de los aludidos vicios), sino también de la que debería conocerse<sup>88</sup>. Adicionalmente, la infracción de la obligación precontractual de informar (cuando se encuentra positivada) tiene lugar cuando se produce un mero incumplimiento formal de la misma, sin que resulte necesaria la prueba de un vicio de la voluntad<sup>89</sup>.

En orden a la mejor comprensión de la anterior cuestión, puede servir de ejemplo el caso de las condiciones sorprendentes (no reprimidas expresamente por la LCGC), que es uno de los problemas más graves que puede afectar a quienes adhieren a condiciones generales de la contratación. La habitual presencia de dichas condiciones en la contratación en masa demuestra la necesidad de que se imponga a los empresarios la obligación precontractual de informar, sin que sea suficiente para proteger al adherente la posibilidad de que pueda alegar un vicio del consentimiento. La alegación de uno de estos vicios de la voluntad por parte del adherente no le permite solucionar los

---

<sup>83</sup> GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, pp. 28s.

<sup>84</sup> Cfr. *Ib.*, p. 29, para quien “mientras que los deberes de información se mueven en un plano preventivo –el de procurar la información de voluntades libres y conscientes–, el régimen del error o del dolo se aplica cuando –aparte de concurrir otras circunstancias– ese objetivo no se ha alcanzado”.

<sup>85</sup> GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, pp. 1467 y 1471. LLOBET I AGUADO, J., *El deber*, p. 37, refiere que se ha afirmado que el deber de informar completa y precisa la mencionada teoría.

<sup>86</sup> NASARRE AZNAR, S., “II.-3:101-II.-3:103”, pp. 198 y 201 y “Malas prácticas”, p. 2698.

<sup>87</sup> GARCÍA VICENTE, J., “Comentario” (al art. 65), p. 822.

<sup>88</sup> ROJO AJURIA, L., *El dolo*, pp. 282-288. V. también CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario” (a los arts. 60 y 61), p. 511.

<sup>89</sup> V. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., “El deber”, p. 169 (respecto del CEC); y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 30.

problemas que se le pueden generar a consecuencia de la imposición de dichas condiciones por parte del empresario. El hecho de que el predisponente conceda al adherente la posibilidad de conocer aquellas condiciones podría hacer infructuosa la alegación del cliente consistente en haber padecido un error excusable y, más todavía, la de haber sido víctima de dolo, considerando la dificultad de su acreditación. Por esto es que se impone al predisponente la obligación de informar al adherente de manera adecuada y destacada acerca de las condiciones completamente inesperadas para él (deber de transparencia). En definitiva, cabe reiterar que el carácter objetivo del cumplimiento de dicha obligación hace innecesarias las discusiones subjetivas a que conducen los vicios de la voluntad<sup>90</sup>.

En fin, otras desventajas de los vicios del consentimiento frente a la obligación precontractual de informar consisten en que dichos defectos de la voluntad se encuentran acotados a cuatro categorías rígidas, su reglamentación no es exhaustiva, los conceptos en que se asientan son excesivamente generales (buena fe y abuso del derecho, por ejemplo) y la sanción para su concurrencia es demasiado inflexible (anulación), sin que en bastantes ocasiones resulte provechosa para quien los sufre<sup>91</sup>.

Probablemente el inconveniente más grave de los vicios del consentimiento sea el último de los mencionados. En efecto, resulta problemático enfrentar los problemas relacionados con defectos informativos en la fase precontractual solo con herramientas asociadas a la desvinculación del contrato y no también a su conservación, ya que, en ocasiones, el acreedor de la información puede desear prevalerse de las segundas (*v. gr.*, indemnización y adaptación el contrato)<sup>92</sup>. En este sentido, la ventaja de la obligación precontractual de informar estriba en que, como veremos en el Capítulo III, su infracción permite la aplicación de un amplio cúmulo de consecuencias, como la nulidad, la anulación del contrato, la modificación del mismo o la responsabilidad civil. Por el contrario, los vicios del consentimiento solo hacen aplicable la anulabilidad<sup>93</sup>.

**[14] Ventajas frente a las reglas sobre incumplimiento de las obligaciones.** Por otra parte, el la obligación precontractual de informar también presenta ventajas específicas frente a las reglas sobre incumplimiento de las obligaciones.

Según avanzara, tales reglas resultan insuficientes para proteger a la parte débil de la relación contractual, en cuanto tampoco permiten determinar *a priori* cuándo y acerca de qué un contratante debe informar al otro, lo cual sí posibilita la imposición de la obligación precontractual de informar. Contrariamente a dichas reglas, la principal finalidad o función de la obligación precontractual de informar no es que el deudor tenga que indemnizar al acreedor en caso de no haberle proporcionado la información relevante (sin perjuicio de que esta pueda ser la consecuencia de la infracción de aquella obligación), sino contrarrestar (*ex ante*) la asimetría informativa que afecta a la parte débil de la relación, precisamente, por medio del otorgamiento de la referida información. Así, las reglas sobre incumplimiento de las obligaciones no resultan suficientes para proteger a la parte débil de la relación, porque solo implican la

---

<sup>90</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 213.

<sup>91</sup> MORENO QUESADA, B., “La protección”, p. 453.

<sup>92</sup> Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil*, p. 660; GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, pp. 1471 y 1482 y “Comentario” (al art. 65), p. 822; MORALES MORENO, A-M., “¿Es posible”, p. 408; y NASARRE AZNAR, S., “II-3:109: Remedios”, p. 244.

<sup>93</sup> SCHERMAIER, M., “Error”, p. 66 (respecto del error).



satisfacción *a posteriori* del interés patrimonial en la prestación (al operar cuando los problemas informativos ya se han producido) y no la del propósito funcional que pretende cumplir la obligación precontractual de informar: la satisfacción del interés en una correcta manifestación de la voluntad negocial<sup>94</sup>.

Adicionalmente, no siempre resulta sencillo reconducir el incumplimiento del contrato a la infracción de un deber exigible con anterioridad a su celebración<sup>95</sup>. En todo caso, no puede pasarse por alto que la etapa precontractual suele desembocar en dicha celebración<sup>96</sup>, en razón de lo cual *puede* suceder, según veremos en el Capítulo III, que la infracción de dicho deber redunde en el incumplimiento del contrato.

También resulta problemático solucionar los problemas sobre información precontractual solo a través de las reglas referidas al incumplimiento de las obligaciones si se tiene en cuenta que la aplicación de estos mecanismos ante tales problemas supone que en la realidad de los hechos se ha producido una vulneración de la buena fe. Si bien es cierto que la buena fe suele ser esgrimida como la principal justificación del deber precontractual de informar, por sí sola no proporciona un tratamiento adecuado del problema de la asimetría informativa entre las partes, ya que tampoco permite determinar *ex ante* cuándo y acerca de qué una parte debe informar a la otra. Tal y como acontece con los vicios de la voluntad, las soluciones que se instrumentan a través de la buena fe responden a un análisis *ex post*, esto es, a una evaluación de supuestos en que el problema informativo ya se ha generado. Además, la vaguedad o incertidumbre de la buena fe refuerza la imposibilidad de que por su intermedio se pueda otorgar *a priori* un marco seguro y eficiente de protección de la parte débil de la relación. Por esto es que la necesidad de concretar la buena fe ha terminado implicando, principalmente en las relaciones desiguales, el establecimiento normativo de la obligación de informar<sup>97</sup>.

**[15] Colofón.** En definitiva, los remedios clásicos en materia de formación del consentimiento defectuoso no suelen ser suficientes desde la perspectiva de un ejercicio eficaz de los mismos para la parte débil de la relación, sobre todo en el ámbito del consumo<sup>98</sup>. Conscientes de las insuficiencias de aquellos remedios en tanto que ámbito de incardinación tradicional del deber de provisión de información, los operadores jurídicos han concluido, teniendo en cuenta el objetivo de proteger a la parte débil del contrato, que este puede conseguirse de forma más adecuada mediante la imposición a

---

<sup>94</sup> V. LLÁCER MATAACÁS, M<sup>a</sup>. R., “Obligaciones”, p. 164 (añadiendo que el traslado irreflexivo de los problemas informativos al terreno del incumplimiento obligacional podría suponer la construcción de una responsabilidad objetiva, ya que es prácticamente inexcusable el incumplimiento de deber de informar cuando asume la forma de obligación legal). Agréguese que resulta problemático aplicar el régimen general de responsabilidad en los mercados financieros, al no ajustarse siempre dicho régimen a las especificidades de aquellos mercados. FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A., *Las normas*, p. 566 (respecto del mercado de valores).

<sup>95</sup> V. acerca de este problema ARENAS GARCÍA, R., “La regulación”, pp. 5s. (respecto de la responsabilidad precontractual por dolo incidental); y ASÚA GONZÁLEZ, C., *La culpa*, pp. 178s.

<sup>96</sup> GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, pp. 22s. y 94s.

<sup>97</sup> En síntesis, “(s)i se pretende superar esta desigualdad o asegurar una posición material idéntica entre los contratantes, sólo cabe intervenir legalmente sobre los puntos de fuga del sistema de vicios del consentimiento (objetivándolo o detallando sus requisitos) o enumerar los deberes que cabe deducir del principio de buena fe (concretar una cláusula llena de incertidumbres y que comúnmente valora las conductas una vez que se han desplegado); porque ambos son incapaces de satisfacer por sí solos este propósito o, al menos, de hacerlo eficazmente”. GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1467. V también DE SÁ, A., *Direito*, p. 73.

<sup>98</sup> GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, pp. 1471 y 1483s. y “Comentario” (al art. 65), pp. 822 y 824s.

su contraparte del deber de revelación de la información relevante en la etapa precontractual. Esto, en aras de aminorar los perniciosos efectos de la asimetría informativa que caracteriza las relaciones económico-jurídicas entre individuos que no se hallan en pie de igualdad<sup>99</sup>.

La obligación precontractual de informar es una figura más adecuada para acometer la multiplicidad de problemas asociados a la contemporánea formación del consentimiento, sobre todo en la senda de mejor protección de la parte débil de la relación contractual. Principalmente, porque dicha protección supone, entre otras cosas, la diversificación de los mecanismos de salvaguarda a disposición de aquella parte<sup>100</sup>. Es por ello que la imposición de la aludida obligación cuenta en la actualidad con un importante respaldo doctrinal<sup>101</sup> y con una creciente consideración en el ámbito del Derecho contractual europeo<sup>102</sup>.

Sin perjuicio de las anteriores ideas, aun cuando los mecanismos clásicos para afrontar los problemas de defectos informativos en la fase precontractual no resulten adecuados para solucionarlos convenientemente, no puede soslayarse que la anulación por vicio del consentimiento y los efectos del incumplimiento de las obligaciones pueden operar como consecuencia ante la ausencia de revelación de información relevante o ante el otorgamiento de una incorrecta en dicha etapa<sup>103</sup>. En síntesis, no puede desconocerse que la obligación precontractual de informar está imbricada con los aludidos mecanismos<sup>104</sup>.

En razón de que los señalados mecanismos pueden operar como consecuencia ante la infracción de la obligación precontractual de informar, la anulabilidad por vicio del consentimiento y los remedios previstos para el incumplimiento de las obligaciones deben estudiarse de manera complementaria con dicha obligación. A esto se dedica el Capítulo III de este trabajo.

### **iii. Recepción normativa de la obligación precontractual de informar**

#### **1. Preliminar**

[16] **Síntesis.** Considerando los inconvenientes de los remedios tradicionales, con el correr de los tiempos se empiezan a suceder una serie de normativas que, sin perjuicio de aspirar a tutelar globalmente los intereses de la parte contractual débil, recurriendo a diversos mecanismos, encuentran en la imposición de la obligación precontractual de informar un instrumento cualificado de protección de dicha parte<sup>105</sup>. Esto, en aras de su

<sup>99</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Trascendencia”, p. 80; y MORENO QUESADA, B., “La protección”, pp. 453 y 456 (ambos respecto de los vicios del consentimiento).

<sup>100</sup> LLOBET I AGUADO, J., *El deber*, p. 37.

<sup>101</sup> En el Derecho español sobresalen las monografías de DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*; GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*; y LLOBET I AGUADO, J., *El deber*.

<sup>102</sup> V. SCHULZE, R., “Deberes”, pp. 29-58. Un estudio de las Directivas comunitarias que establecen obligaciones de informar en TWIGG-FLESNER, CH., “Information Duties”, pp. 482-496.

<sup>103</sup> V., en relación con esta idea aplicada a los vicios del cometimiento, GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, p. 29; NASARRE AZNAR, S., “II-3:101-II-3:103”, pp. 185, 197 y 201; SANTOS MORÓN, M<sup>a</sup> J., “Información”, p. 143; y ROJO AJURIA, L., *El dolo*, p. 287.

<sup>104</sup> V. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., “El deber”, pp. 165s.; y MATEU DE ROS, R., “El consentimiento”, p. 51 (ambos respecto de los vicios del consentimiento).

<sup>105</sup> BAR-GILL, O. y BEN-SHAHAR, O., “Regulatory”, p. 12; y GHESTIN, J., “The Pre-contractual Obligation”, p. 154. Una panorámica general de las normativas más relevantes en la materia en

adecuada manifestación de voluntad<sup>106</sup> y de la obtención de otras importantes finalidades, como la eficiencia y transparencia del mercado<sup>107</sup>. Esta también ha venido siendo la tendencia en la jurisprudencia<sup>108</sup>, así como en relevantes ordenamientos comparados<sup>109</sup>.

**[17] Supuestos de procedencia de la obligación precontractual de informar.** La obligación precontractual de informar procede, principalmente en los supuestos tipificados por el Derecho positivo. Empero, también puede concurrir en otros<sup>110</sup>.

Si bien su configuración puede tener lugar en relación con cualquier contrato, lo habitual es que opere en ciertos ámbitos del tráfico jurídico-económico en los cuales concurren determinados factores, destacando el tipo de contrato, la particular relación entre las partes<sup>111</sup>, la complejidad de la misma y el mecanismo de formación del consentimiento (v. *gr.*, contratación a distancia)<sup>112</sup>. De esta suerte, suele configurarse no respecto de cualquier individuo, sino preferentemente respecto de los que se hallan en situación de acusada asimetría informativa. La esfera paradigmática es el Derecho del consumo, en la que el acreedor de dicha obligación es el consumidor y el deudor el empresario o el profesional<sup>113</sup>. Asimismo, se prescribe a favor de contratantes que no ostentan la calidad de consumidores, pero que se encuentran en una situación de

---

DOMÍNGUEZ-ALCAHUD GARCÍA-ATANCE, V., “El derecho”, p. 401; y BASOZABAL ARRUÉ, X., “En torno”, pp. 664ss. En todo caso, hay quienes remontan la presencia de deberes informativos al Derecho romano, si bien no en el sentido actual de la expresión. Un estudio histórico al respecto en SCHERMAIER, M., “Error”. Cabe consignar que la normativa sobre transparencia bancaria (OM 17-1-1981 y Circular 13/1981, de 24-2) es anterior a la normativa sobre consumo. V. GIMÉNEZ VILLANUEVA, T., “Normas”, p. 657. Asimismo, cabe referir que la normativa sobre el contrato de seguro ha sido pionera en materia de obligación precontractual de informar. Así, el art. 10 (1) LCS establece la obligación del tomador del seguro de declarar el riesgo antes de la conclusión del contrato (v. VEIGA COPO, A., “Contrato de seguro”, pp. 5710ss.). También recae la obligación de informar sobre el asegurador en conformidad al art. 60.1 Ley 30/1995, de 8-11, de ordenación y supervisión de los Seguros Privados -BOE 9-11-95, n° 268- (v. PAGADOR LÓPEZ, J., “La protección”, pp. 377s.).

<sup>106</sup> Cfr. GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1464 (señalando que la tarea principal de la información es garantizar que el consentimiento se preste en condiciones razonables); GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, p. 14; y MIRANDA SERRANO, L., “La protección de los consumidores”, p. 214.

<sup>107</sup> GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, pp. 1467s.; MIRANDA SERRANO, L., “La protección de los consumidores”, p. 204; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, pp. 28s.

<sup>108</sup> GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, p. 14.

<sup>109</sup> Por ejemplo, el art. 1338 *Codice* establece la obligación de indemnizar por no informar acerca de una causa de invalidez del contrato en relación con la parte que la conocía o debía conocer. Además, en la doctrina italiana se ha debatido acerca de si el art. 1337 (que señala que las partes deben comportarse de acuerdo a la buena fe en los tratos preliminares y en la formación del contrato) contempla o no con carácter general un deber de informar derivado de la buena fe (v. CALLEJO RODRÍGUEZ, C., “El deber”, pp. 18-20). De modo específico, en el Derecho italiano el art. 2 *Codice del consumo* consagra el derecho del consumidor a una adecuada información (v. LUCIANI, G., “Gli obblighi”, p. 51). En el Derecho estadounidense esta tendencia se vislumbra a nivel normativo y judicial, por citar un ejemplo relevante a nuestros efectos, en la obligación de revelación del interés porcentual anual en los préstamos de consumo (v. COOTER, R. Y ULEN, T., *Derecho*, p. 354). En todo caso, los deberes informativos en los diversos ordenamientos carecen de una sistemática clara. SCHERMAIER, M., “Error”, p. 66.

<sup>110</sup> QUIÑONERO CERVANTES, E., “El dolo”, p. 355.

<sup>111</sup> CARTWRIGHT, J., *Misrepresentation*, p. 788; y DE SÁ, A., *Direito*, p. 100.

<sup>112</sup> EBERS, M., “De la armonización”, p. 16.

<sup>113</sup> V. BASOZABAL ARRUÉ, X., “En torno”, pp. 688s.; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil*, p. 660; CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, J. M., “La protección”, pp. 131s.; DE SÁ, A., *Responsabilidade*, p. 67; GHESTIN, J., “The Pre-contractual Obligation”, p. 154; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., “El deber”, p. 163; y PANIAGUA ZURERA, M. y MIRANDA SERRANO, L., “La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción”, p. 56.

desequilibrio por lo que respecta al acceso a la información relevante, como ciertos empresarios<sup>114</sup>. Este es el caso de la contratación bancaria<sup>115</sup>.

Las reglas relativas a la obligación de informar se dividen entre aquellas que imponen la revelación de determinados datos (frecuentemente imperativas) y aquellas otras que, ante defectos en la información otorgada voluntariamente, establecen remedios frente a la información engañosa y el fraude<sup>116</sup>. En esta materia el Derecho español sigue el *common core* de los ordenamientos europeos<sup>117</sup>.

Avanzando lo que se dirá, conviene tener presente que en la normativa aplicable a la contratación con EC la obligación precontractual de informar se impone a estas, en todas las operaciones, a favor de los clientes consumidores; en las bancarias, a favor de los clientes personas físicas; y en las de inversión, a favor de los clientes en general (minoristas y profesionales, pero sobre todo en beneficio de los primeros). Cabe adelantar también que, según lo que mantendré a lo largo de este trabajo, las EC deben otorgar la información relevante a los clientes no beneficiados por una norma expresa en el anterior sentido cuando estos, considerando sus conocimientos, experiencia o cualificación, no puedan comprender cabalmente una operación, como ocurre, señaladamente, con un significativo número de PYMES. Para tener en cuenta los referidos extremos me baso en lo dispuesto por el art. 78 *bis.2* LMV, que considera clientes profesionales a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos, siendo minoristas los que no sean profesionales (nº 4).

## 2. Normas protectoras de los clientes en general

**[18] Síntesis.** En materia de obligación precontractual de informar destacan una serie de disposiciones que la imponen a los profesionales y empresarios con independencia de la calidad de consumidor de su contraparte. Este es el caso de la LCGC y la LSSICE, así como de variadas Directivas comunitarias<sup>118</sup>. Eso sí, en la contratación entre

---

<sup>114</sup> V. GHESTIN, J., “The Pre-contractual Obligation”, p. 154. Eso sí, la especial condición de un contratante no desencadena por sí sola la obligación de informar, pero sumada a otros factores, sí lo hace. Resulta particularmente relevante el comportamiento de una de las partes, que razonablemente podría generar un determinado nivel de confianza en la otra en ser informada, ante lo cual se debe tener por parámetro de comparación al “buen padre de familia” colocado en el caso concreto. BASOZABAL ARRÚE, X., “En torno”, pp. 700s.

<sup>115</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 29.

<sup>116</sup> BAR-GILL, O. y BEN-SHAHAR, O., “Regulatory”, p. 12.

<sup>117</sup> NASARRE AZNAR, S., “IL-3:101-II.-3:103”, p. 197.

<sup>118</sup> V. GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1465 (nota 49); MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., “El deber”, p. 163 (respecto de la LSSICE); y SALELLES CLIMENT, J., “La disciplina”, p. 233. También resulta relevante la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOE 24-11-09, nº 283), cuyo art. 22 regula las obligaciones de información de los prestadores de servicios. No obstante, esta ley no se aplica a los servicios financieros (art. 2.2.c). A nivel internacional, resulta importante tener en cuenta que en los Principios UNIDROIT la violación del deber precontractual de informar puede incardinarse en las normas sobre error y dolo, recogidas en la Sección 2 del Capítulo 3. Destaca el art. 3.2.2 (1) (a), que exige como uno de los requisitos del error determinante que la parte que no yerra haya incurrido en el mismo error, lo haya causado, conocido o debido conocer, cuando mantener a la otra parte en el mismo haya resultado contrario a los “criterios comerciales razonables de lealtad negocial”. Asimismo, sobresale el art. 3.2.5, que respecto del dolo señala que “(u)na parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo mediante maniobras dolosas de la otra parte, incluyendo palabras o prácticas, o cuando dicha parte omitió

empresarios la provisión de información depende, en general, de lo que impongan para cada caso las buenas prácticas comerciales<sup>119</sup>.

Además, la LCD, la LGP, determinadas Directivas comunitarias y variadas normas especiales imponen indirectamente deberes de transparencia en la etapa promocional del contrato por la vía de reprimir conductas distorsionadas en materia de información, como la publicidad engañosa<sup>120</sup>. La razón de considerar ilícita esta práctica comercial deriva de que atenta directamente contra los intereses de los clientes, al desinformarlos<sup>121</sup>.

### 3. Normas protectoras de los clientes consumidores

[19] **Síntesis.** Entre las fuentes de la obligación precontractual de informar sobresale la normativa de la más variada índole (nacional, autonómica y comunitaria; legal y reglamentaria; general y específica) referida a los clientes consumidores<sup>122</sup>. Destacan el TRLGDCU y una ingente cantidad de instrumentos comunitarios de diversa naturaleza (principalmente, Directivas)<sup>123</sup>. En este sentido, cabe recordar que el Reino de España,

---

dolosamente revelar circunstancias que deberían haber sido reveladas conforme a criterios comerciales razonables de lealtad negocial”. V. DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, p. 221.

<sup>119</sup> V. NASARRE AZNAR, S., “II-3:101-II-3:103”, p. 197.

<sup>120</sup> V. MASSAGUER, J., *Comentario*, pp. 59 y 215; MIRANDA SERRANO, L., “La protección de los consumidores”, p. 204; y SANTOS MORÓN, M<sup>a</sup> J., “Información”, p. 136; y SCHULZE, R., “Deberes”, p. 36 -y nota 32- (respecto del Derecho comunitario). Respecto de los deberes informativos en sus relaciones con el buen funcionamiento del mercado v. MIRANDA SERRANO, L., “La protección del consumidor”. En las pp. 63s. destaca que la actual etapa en materia de competencia desleal -el “modelo social”- supera a las anteriores, esto es, a los modelos “paleoliberal” y “profesional”. Dicha etapa se caracteriza por una intensa intervención de la Administración Pública, que actúa en dos ámbitos. Primero, en el de ordenación y represión de los comportamientos de las empresas contrarios a la competencia. Segundo, en el de protección de los consumidores (la parte débil de las relaciones de mercado), en aras de evitar los abusos de que históricamente han sido víctimas. Aquí encuentra su justificación la circunstancia de que también la normativa relativa al buen funcionamiento del mercado se refiera a la información que suministran los empresarios a sus clientes en la etapa promocional, en cuanto la adecuada transmisión de dicha información redunde en la tutela de los principios de competencia eficiente y transparencia del mercado. V. también MIRANDA SERRANO, L. y PANIAGUA ZURERA, M., “La protección de los consumidores y usuarios”, pp. 65-69.

<sup>121</sup> PARDO LÓPEZ, M<sup>a</sup> M., “Comentario”, p. 66.

<sup>122</sup> V. AZNAR GINER, E., *Las negociaciones*, pp. 61ss.; BARROS BOURIE, E., *Tratado*, pp. 1023-1025; CALLEJO RODRÍGUEZ, C., “El deber”, pp. 11s.; FERRE, M., “Normas”, p. 89; MIRANDA SERRANO, L., “La protección de los consumidores”, pp. 214s. y “La protección del consumidor”, p. 73; NASARRE AZNAR, S., “II-3:101-II-3:103”, p. 197; SALELLES CLIMENT, J., “La disciplina”, pp. 237 y 242s.; RIBOT IGUALADA, J., (Comentario al) “Artículo 1266”, p. 1389; y RUIZ MUÑOZ, M., “Introducción”, p. 6. A la luz de las referidas normas, el deber de informar recae generalmente sobre el empresario o el profesional (no sobre terceros), siendo el beneficiario el consumidor, “titular del derecho a exigirlo”. LLÁCER MATA CÁS, M<sup>a</sup> R., “Obligaciones”, p. 168. Una alusión general a la mencionada diversidad normativa en materia de consumo en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Trascendencia”, pp. 74s. Un tratamiento del deber de informar en el Derecho del consumo en DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 137-158; y GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, pp. 1463ss.

<sup>123</sup> V. SCHULZE, R., “Deberes”, pp. 36-38; y PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 28. LLÁCER MATA CÁS, M<sup>a</sup> R., “Obligaciones”, p. 168, destaca el impulso dado al deber de informar por las Directivas comunitarias, pero advierte que estas no han desarrollado suficientemente la cuestión de las consecuencias de su infracción, que queda entregada a los Estados. La misma advertencia formula GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1465, agregando que dicha falta de desarrollo habría repercutido en que los Derechos nacionales (al transcribir las respectivas Directivas) tampoco hayan desarrollado dicho aspecto. Una panorámica general de la normativa comunitaria en materia de deber precontractual de informar en ARROYO I AMAYUELAS, E., “Formación”, pp. 336-338.

como cualquier otro Estado miembro, tiene la obligación de armonizar su Derecho con la política de la UE, esto es, con el abundante cuerpo de instrumentos comunitarios en esta materia, destinado en principio a crear y consolidar un mercado único libre de trabas<sup>124</sup>.

Una atenta lectura de la normativa sobre consumidores permite concluir que el aspecto en que más ha incidido ha sido el reforzamiento de las obligaciones de informar en el contexto de la contratación<sup>125</sup>. De dicha normativa iré dando cuenta a lo largo de este trabajo por lo que atañe a la contratación con EC<sup>126</sup>.

**[20] El Derecho de la UE.** En las Directivas europeas sobre protección de los consumidores uno de los tópicos mayormente abordados es el de la obligación de informar que recae sobre el empresario o el profesional<sup>127</sup>. Esta vía de protección se vincula estrechamente con el “principio de transparencia”<sup>128</sup>. En el Derecho comunitario el fundamento normativo de la imposición de la obligación de informar en beneficio de los consumidores es el art. 169.1 TFUE. Este precepto establece que a fin de promover los intereses de los consumidores y asegurarles un elevado nivel de tutela, la UE ha de contribuir a proteger sus intereses económicos y promover su derecho a la información y a la educación<sup>129</sup>. Asimismo, desde prácticamente los inicios de la regulación comunitaria en materia de protección de los consumidores destaca la tutela de su derecho a la información<sup>130</sup>.

---

<sup>124</sup> DE LEÓN ARCE, A., “El consumo”, p. 65 (resaltando que una de las áreas en que la política europea no ha cumplido todas sus promesas es la de los servicios financieros); GUILLÉN CARAMÉS, J., *El Estatuto*, p. 73; MIRANDA SERRANO, L., “La protección de los consumidores”, p. 180; y PANIAGUA ZURERA, M. y MIRANDA SERRANO, L., “La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción”, p. 42. El preámbulo del TRLGDU (punto II) señala que pretende acercar la normativa nacional a la comunitaria en materia de protección de los consumidores.

<sup>125</sup> DE LEÓN ARCE, A., “El consumo”, pp. 100s.; PEÑA LÓPEZ, F., “Comentario” (al art. 8), p. 126; REYES LÓPEZ, M<sup>a</sup>. J., *Manual*, p. 161; y TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del consumidor”, p. 220.

<sup>126</sup> De momento, cabe referir que, aparte de la legislación general en materia de Derecho del consumo (destacadamente, el TRLGDCU), existen normas específicamente aplicables a los consumidores de servicios financieros, como la LCCC y la LCDSFC. SALELLES CLIMENT, J., “La disciplina”, pp. 233s.

<sup>127</sup> ARROYO I AMAYUELAS, E., “Estudio”, pp. 60s. y “Formación”, p. 337; y PALACIOS GONZÁLEZ, M<sup>a</sup>. D., “El deber”, p. 89.

<sup>128</sup> EBERS, M., “Unfair”, p. 245.

<sup>129</sup> PANIAGUA ZURERA, M. y MIRANDA SERRANO, L., “La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción”, p. 24.

<sup>130</sup> La protección de los consumidores y de su derecho a la información se remonta a la *Carta Magna del Consumidor*, de 1972. V. DE LEÓN ARCE, A., “El consumo”, p. 57 (en las pp. 58ss. hace un recuento de los instrumentos más importantes en la materia, incluyendo los diversos tratados europeos); y PAÑOS PÉREZ, A., *Derechos*, p. 13. El objetivo político de protección de los consumidores fue recepcionado por el Acta Única Europea (1986) y por el Tratado de Maastricht (1992). V. PANIAGUA ZURERA, M. y MIRANDA SERRANO, L., “La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción”, p. 22. Tanto la protección de los consumidores como su derecho a la información se han abordado en el Derecho comunitario por sucesivos “Programas de Acción”. En este sentido, debe tenerse en consideración la Decisión 1926/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18-12, por la que se establece un programa de acción comunitaria en el ámbito de la política de los consumidores (2007-2013) -DO 30-12-06, L 404/39-. Su art. 2.1 establece como una de sus finalidades la promoción del derecho a la información de los consumidores, mientras que el punto b. del mismo precepto señala que tal finalidad se conseguirá reforzando la información de aquellos sujetos. La actuación anterior es la Decisión 20/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8-12-03, por la que se establece un marco general para la financiación de acciones comunitarias en apoyo de la política de los consumidores en el período 2004-2007 (DO 9-1-04, L 5). Cabe mencionar también la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, Estrategia en materia de

En términos específicos sobresale la Directiva 2011/83<sup>131</sup>. Sus Capítulos II (art. 5) y III (art. 6) disciplinan, respectivamente, los requisitos de la información de los contratos distintos de los a distancia o de los celebrados fuera del establecimiento y de los referidos a estos dos tipos de contrato<sup>132</sup>. No obstante, de acuerdo a su art. 3.3.d, dicha Directiva no se aplica a los contratos de servicios financieros<sup>133</sup>.

**[21] El Derecho español de rango constitucional.** Por lo que respecta al ordenamiento interno español, las disposiciones normativas y las resoluciones judiciales y administrativas en materia de Derecho del consumo se fundamentan en el art. 51.1 y 2 CE. Este precepto, en lo que importa, establece que “(l)os poderes públicos promoverán la información (...) de los consumidores”<sup>134</sup>. La norma está inserta dentro de los “Principios Rectores de la Política Social y Económica”<sup>135</sup>. Así, la referida promoción

---

política de los consumidores 2002-2006, de 7-5-02 (COM (2002) 208 final, DO 8-6-02, C 137/2), que se refiere a la información a los consumidores, principalmente en su punto 3.3.2.1 (p. 25). Asimismo, la Comunicación de la Comisión al Parlamento “Plan de acción sobre política de los consumidores 1999-2001”, de 1-12-98 (COM (1998) 696 final), cuyo punto 3.4 (p. 12) se refiere a la información y a la educación de los consumidores. En relación con este último documento y con los “actos atípicos” de planificación de la protección de los consumidores en la UE anteriores a él, a partir de 1975 (todos relevantes por lo que respecta a la información), v. GUILLÉN CARAMÉS, J., *El Estatuto*, pp. 149-162; y RUIZ MUÑOZ, M., “Introducción”, pp. 18s. A nivel internacional destacan las *Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor*, de 1985, que en su listado acerca de los derechos del consumidor menciona en primer lugar el derecho a la información, que debe ser “oportuna, completa, clara y verdadera, para que pueda elegir sabiendo qué está comprando”. V. DE LEÓN ARCE, A., “El consumo”, p. 56.

<sup>131</sup> Que deroga las Directivas 85/577 y 97/7, en la versión modificada por la Directiva 2002/65, así como las Directivas 2005/29 y 2007/64. Esta derogación operará a partir del 13-6-14 (art. 31). Además, modifica la Directiva 93/13 (art. 32, que inserta el art. 8 *bis* en esta última). En relación con la señalada Directiva v. MARÍN LÓPEZ, M., “La Directiva 2011/83/UE”; PANIAGUA ZURERA, M. y MIRANDA SERRANO, L., “La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción”, p. 25; y RALUCA STROIE, I., “La Directiva 2011/83/UE”. Y, acerca de la propuesta de la Directiva, EBERS, M., “De la armonización”; LETE, J., “Consumer Rights Directive”, pp. 89-96; y PAÑOS PÉREZ, A., *Derechos*, p. 56.

<sup>132</sup> En relación con la información precontractual en esta Directiva v. MARÍN LÓPEZ, M., “La Directiva 2011/83/UE”, pp. 19-21; MENDOZA LOSANA, A., “Información precontractual”; y RALUCA STROIE, I., “La Directiva 2011/83/UE”, p. 4. Y, en el proyecto de la misma, EBERS, M., “De la armonización”, pp. 15-17.

<sup>133</sup> V. MARÍN LÓPEZ, M., “La Directiva 2011/83/UE”, p. 14.

<sup>134</sup> Señala la norma: “1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la Ley establezca”. V. GARCÍA CANTERO, G., “Comentario” (al art. 8), p. 207; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., “El deber”, p. 163; y PANIAGUA ZURERA, M. y MIRANDA SERRANO, L., “La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción”, p. 26. Así, dentro de los “derechos fundamentales del consumidor” se incluye el que tienen a la “protección de la información”. RUIZ MUÑOZ, M., “Introducción”, p. 11. El art. 1 (1) TRLGDCU establece: “En desarrollo del artículo 51.1 y 2 de la Constitución que, de acuerdo con el artículo 53.3 de la misma, tiene el carácter de principio informador del ordenamiento jurídico, esta norma tiene por objeto establecer el régimen jurídico de protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de las competencias del Estado”.

<sup>135</sup> En relación con él un sector arguye que la CE consagra un derecho a la información a favor de los consumidores. V. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “La protección”, pp. 25-27 (entendiéndolo como un derecho instrumental); DÍEZ BALLESTEROS, J., “Obligaciones”, p. 61; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Trascendencia”, p. 81; y ZURILLA CARIÑANA, M<sup>a</sup>. Á., “El derecho”, p. 2. Esta tesis, según GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, p. 16, es la mayoritaria. Otro sector opina que solo recoge una aspiración (basada en los principios de la política social y económica), que debe ser satisfecha por los poderes públicos, llegado el caso, en los planos legislativo y judicial. V. GUILLÉN CARAMÉS,

es uno de los principios rectores de la política social y económica de la CE (enmarcado dentro del principio general de protección de los consumidores), que informa la legislación y la actuación de los tribunales y de los poderes públicos a tenor de su art. 53.3<sup>136</sup>.

**[22] El Derecho español de rango ordinario.** En concreción del mandato constitucional del art. 51 CE, el art. 17.1 TRLGDCU establece que los poderes públicos deberán asegurar que los consumidores “dispongan de la información precisa para el eficaz ejercicio de sus derechos y velarán para que se les preste la información comprensible sobre el adecuado uso y consumo de los bienes y servicios puestos a su disposición en el mercado”<sup>137</sup>.

Parte de la doctrina estima que dicho precepto contempla una mera “declaración programática” cuyos destinatarios son los poderes públicos<sup>138</sup>. Otra, opina que recoge un “derecho a la información” frente a tales poderes<sup>139</sup>. De este modo, la disposición no consagra *per se* un derecho subjetivo del consumidor frente al empresario o el profesional<sup>140</sup>.

Por otra parte, el TRLGDCU contiene diversas reglas sobre obligaciones de información que sí se aplican sin duda a las relaciones entre consumidores y empresarios o profesionales. El art. 8.d menciona entre los derechos básicos de los consumidores “(l)a información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute”<sup>141</sup>. El 12 se refiere a la “Información sobre los riesgos de bienes y servicios”. El 18 disciplina el “Etiquetado y presentación de los bienes y servicios”. El 20 regula la “Información necesaria en la oferta comercial de bienes y servicios”. El 60 desarrolla, específicamente, la cuestión de la “Información previa al contrato”. El 65 indica que los contratos con consumidores se integran en beneficio de estos en conformidad a la buena fe, también en caso de omisión de información precontractual relevante. Y el 97 se refiere a la información precontractual en materia de contratos celebrados a distancia<sup>142</sup>.

---

J., *El Estatuto*, pp. 169s., en general, y 337, en relación con la información. El autor solo admite la existencia de un “deber de los poderes públicos”. No obstante, reconoce que los principios de la política social y económica pueden desempeñar una “función interpretadora” y de “aplicación subsidiaria como fuente del Derecho”, pudiendo en este sentido ser esgrimidos directamente ante los tribunales.

<sup>136</sup> Cfr. GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, p. 16; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Trascendencia”, p. 54s.; PANIAGUA ZURERA, M. y MIRANDA SERRANO, L., “La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción”, pp. 27s.; y PAÑOS PÉREZ, A., *Derechos*, p. 16. V., respecto del principio de protección de los consumidores, GUILLÉN CARAMÉS, J., *El Estatuto*, pp. 185-227; y SALELLES CLIMENT, J., “La disciplina”, pp. 232s.

<sup>137</sup> El apartado 2 prescribe que “(l)os medios de comunicación social de titularidad pública estatal dedicarán espacios y programas, no publicitarios, a la información y educación de los consumidores y usuarios”. Respecto de esta norma v. ÁLVAREZ LATA, N., “Comentario” (al art. 17).

<sup>138</sup> REYES LÓPEZ, M<sup>a</sup>. J., *Manual*, p. 146.

<sup>139</sup> ÁLVAREZ LATA, N., “Comentario” (al art. 17), p. 220.

<sup>140</sup> GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1463.

<sup>141</sup> V. también el art. 112-2.e CCC. La faceta relativa a la información se relaciona con las obligaciones asociadas a ella que recaen sobre el empresario, mientras que la referida a la educación y divulgación apunta a los poderes públicos y a los medios de comunicación. V. respecto de este último punto PEÑA LÓPEZ, F. “Comentario” (al art. 8), p. 126.

<sup>142</sup> V., AZNAR GINER, E., *Las negociaciones*, p. 62; BASOZABAL ARRUÉ, X., “En torno”, pp. 665-667; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil*, p. 660; MIRANDA SERRANO, L. y PANIAGUA ZURERA, M., “La protección de los consumidores y usuarios”, p. 92; y SÁNCHEZ GÓMEZ, A.,



En síntesis, el principio jurídico que garantiza que los consumidores dispongan de la debida información tiene una doble faceta. De una parte, la referida a los poderes públicos, en cuya virtud estos deben propiciarla a través de normas jurídicas y resoluciones judiciales y administrativas<sup>143</sup>. De otra, la que se despliega *inter privatos*, a la luz de la cual los consumidores, en la contratación con empresarios o profesionales, tienen el derecho a recabarla (en la fase precontractual y en la contractual)<sup>144</sup>. De esta división da cuenta el TRLGDCU. La primera dimensión es abordada en su art. 17 y, la segunda, en sus arts. 60 y ss.<sup>145</sup>.

#### 4. Normas protectoras de los clientes de servicios financieros

**[23] Diversos tipos de normas protectoras.** Probablemente, la órbita de la contratación entre las EC y sus clientes sea el campo más fecundo de establecimiento de la obligación precontractual de informar<sup>146</sup>. Aquellas entidades se encuentran sometidas a dicha obligación en virtud de diversas fuentes<sup>147</sup>, en algunos casos a favor de los clientes consumidores y, en otros, de los clientes en general<sup>148</sup>. En el primer sentido sobresale la normativa de Derecho del consumo general (v. *gr.*, TRLGDCU<sup>149</sup>) y

---

“Comentario” (al art. 97), p. 1241. En Cataluña el derecho a la información de los consumidores está desarrollado por los arts. 126-1 y ss. y por el 211-3 CCC.

<sup>143</sup> Respecto de esta faceta pueden consultarse ÁLVAREZ LATA, N., “Comentario” (al art. 17), pp. 217-226; GUILLÉN CARAMÉS, J., *El Estatuto*, pp. 335-341; y REYES LÓPEZ, M<sup>a</sup>. J., *Manual*, pp. 146-150.

<sup>144</sup> V. en relación con esta distinción PAÑOS PÉREZ, A., *Derechos*, p. 18.

<sup>145</sup> Cfr. ÁLVAREZ LATA, N., “Comentario” (al art. 17), p. 218; BASOZABAL ARRUÉ, X., “En torno”, pp. 665s.; y GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1463 (respecto del art. 17.1).

<sup>146</sup> La sentencia del JPI nº 6 de Gijón, de 21-1-10 (referida por varias otras resoluciones) señala: “La formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo cual otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe poder obtener toda la información necesaria para valorar adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona lo haga convencido de que los términos en que éste se concreta responden a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquello a lo que se obliga y de lo que va a recibir a cambio. Si ello debe ser así al tiempo de celebrar cualquier tipo de contrato, con mayor razón si cabe ha de serlo en el ámbito de la contratación bancaria y con las entidades financieras en general, que ha venido mereciendo durante los últimos años una especial atención por parte del legislador, estableciendo códigos y normas de conducta y actuación que tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, sino al cliente en general, en un empeño por dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica, en el que concurren, no sólo comerciantes más o menos avezados, sino todos los ciudadanos, que de forma masiva celebran contratos con bancos y otras entidades financieras, desde los más simples, como la apertura de una cuenta, a los más complejos, como los productos de inversión con los que se pretende rentabilizar los ahorros”.

<sup>147</sup> En el Derecho bancario concurren obligaciones privadas de diversa fuente. Así, de Derecho de las obligaciones en general, de Derecho del consumo y de Derecho propiamente bancario. BOUCARD, F., *Les obligations*, p. 19.

<sup>148</sup> Cfr. FERRANDO VILLALBA, L., KUSTER BOLUDA, I. y VILA LÓPEZ, N., *La protección*, pp. 99s.; FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., *La información*, p. 76; FERRE, M., “Normas”, p. 89; MIRALLES SÁEZ, E., “La protección”, pp. 282s. (en referencia a las “normas de transparencia”, que protegen a los clientes en general); y PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, pp. 415s.

<sup>149</sup> BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, p. 514; FERRANDO VILLALBA, L., KUSTER BOLUDA, I. y VILA LÓPEZ, N., *La protección*, pp. 100s.; y PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, pp. 415s.

especial (v. gr., LCCC y LCDSFDC<sup>150</sup>). En el segundo, destacan la normativa sobre servicios de inversión y sobre transparencia bancaria<sup>151</sup>. Naturalmente, a la contratación con EC también se aplica la LCGC<sup>152</sup>.

Además, en multitud de casos las respectivas disposiciones, aparte de referirse a la obligación de informar en sentido estricto, contemplan deberes relativos a la publicidad comercial. Así acontece con la normativa sobre crédito al consumo<sup>153</sup> y con la específicamente aplicable a la publicidad financiera.

Entre todas aquellas normativas, las que mayormente inciden en el reforzamiento de las obligaciones de transparencia e información en los servicios financieros son la Orden EHA/2899/2011 y la disciplina sobre servicios de inversión<sup>154</sup>.

## 5. Derecho proyectado

**[24] Referencia a los instrumentos más relevantes.** Al margen del panorama normativo reseñado, diversos proyectos europeos y estatales incorporan de forma decidida reglas sobre la obligación precontractual de informar. Esta constatación permite pronosticar la pauta por la que discurrirá el Derecho de obligaciones y contratos en el futuro. Y ello no solo por lo que concierne a la profundización o depuración de las normas que actualmente instituyen dicha obligación, sino también por lo que respecta a su posible regulación general en futuras codificaciones de Derecho privado.

Entre tales instrumentos sobresalen el DCFR, el FS, el CEC, el PCCR y los “Principios *Acquis*”<sup>155</sup>. Adicionalmente, resultan relevantes para la contratación con EC las propuestas de la Comisión y el Parlamento Europeo acerca de la codificación del Derecho de contratos europeo<sup>156</sup>. En el ámbito español, a reserva de lo que resulte del anunciado Código Mercantil, debe tenerse en cuenta la PMDOC, cuyos arts. 1298

---

<sup>150</sup> V. BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, p. 514; LLEBARÍA SAMPER, S., “Protección”, p. 11; y en relación con el crédito al consumo, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., “El deber”, p. 163 (respecto de la LCC).

<sup>151</sup> V., en general, GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1464; y SALELLES CLIMENT, J., “La disciplina”, p. 234; y, acerca de la normativa sobre transparencia bancaria, ANDREU MARTÍ, M<sup>a</sup>. del M., *La protección, passim*, principalmente pp. 110ss.; FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., *La información*, pp. 93-96 (entre las pp. 96-98 analiza las peculiaridades de la relación banca/cliente - profesionalidad y confianza-, susceptibles de desencadenar un “deber de hablar”); y MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., *Condiciones*, pp. 31ss. Dicha normativa también contiene disposiciones sobre publicidad. MASSAGUER, J., *Comentario*, pp. 59 y 215s., aludiendo a la anterior normativa sobre transparencia (según veremos, la actual también las contiene).

<sup>152</sup> FERRANDO VILLALBA, L., KUSTER BOLUDA, I. y VILA LÓPEZ, N., *La protección*, p. 101; LLEBARÍA SAMPER, S., “Protección”, pp. 10s.; y PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, p. 416.

<sup>153</sup> MIRANDA SERRANO, L., “La protección de los consumidores”, p. 215 (en referencia a la LCC).

<sup>154</sup> SÁNCHEZ MONJO, M., “El nuevo”, p. 289.

<sup>155</sup> Un estudio de algunos de los más importantes proyectos de Derecho contractual europeo desde la perspectiva de los deberes informativos en BASOZABAL ARRUÉ, X., “En torno”, pp. 674-682; DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 213-216 y 220-224; NASARRE AZNAR, S., “II-3:101-II-3:103”, pp. 183- 217 (respecto del DCFR); SCHULZE, R., “Deberes”, *passim*; y VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, pp. 271s. y 274s. (PECL) y 281-284 (DCFR).

<sup>156</sup> VICENT CHULIÁ, F., “Cuestiones”, p. 43.

(error) y 1300.1 (dolo), entienden concurrentes vicios del consentimiento en caso de suministro defectuoso de información<sup>157</sup>.

### 3. Noción y clasificación

#### a. Noción

[25] **Información precontractual obligatoria y voluntaria.** La obligación precontractual de informar que recae sobre las EC implica que estas, en virtud de determinadas normas o principios, se encuentran en la necesidad de proporcionar a sus clientes los datos idóneos para que manifiesten su voluntad negocial de forma libre y consciente<sup>158</sup>.

Por lo que atañe a las informaciones transmitidas voluntariamente, que son aquellas que se proporcionan sin que una norma o un principio lo impongan, resulta claro que la idea de deber o de obligación no les resulta aplicable<sup>159</sup>. No obstante, no puede desconocerse que cuando ellas se proporcionan por una EC deben ajustarse a ciertos requisitos.

Así, el estudio de la obligación de informar de dichas empresas no solo supone tener en cuenta las informaciones impuestas a ellas por una norma o principio. También implica considerar las que decidan transmitir de forma completamente voluntariamente a los clientes. Me refiero, por ejemplo, a la información facilitada a aquellos a cuyo respecto no opera un deber positivo de informar (*v. gr.*, las empresas en los servicios bancarios – que no están tuteladas por la Orden EHA/2899/2011-), a la proporcionada ante la formulación de preguntas, mediante la publicidad o de forma espontánea por los comerciales de las EC.

La consideración de dicho tipo de información se justifica por variadas razones. Primero, porque también está sujeta en cuanto a su provisión a algunas reglas de carácter vinculante y, por tanto, en cierta manera, a determinados deberes informativos. Así, *v. gr.*, a disposiciones que imponen su revelación bajo determinadas condiciones, como la de veracidad<sup>160</sup>. En este sentido, ambas informaciones deben ser suficientes y correctas<sup>161</sup>. Segundo, porque la obligación de informar se integra por dos aspectos: el de abstenerse de proporcionar información errónea (aspecto negativo) y el de transmitir toda la exigible (aspecto positivo)<sup>162</sup>. Ambos pueden vincularse tanto con la

---

<sup>157</sup> V. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., “Lealtad”, pp. 615s.; y GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., “La responsabilidad precontractual en la Propuesta”, *passim*.

<sup>158</sup> Considerando que toda obligación de informar tiene por correlato el derecho subjetivo a ser informado por la contraparte, en algunos casos se resalta esta última perspectiva. En este sentido, se define el derecho a la información como aquel “que en determinada relación contractual incumbe a algunos contratantes de exigir a su contraparte ciertas informaciones, que se fundamenta en la misma desigualdad de conocimientos en que aquellas se encuentran, que debe exponerse de forma exacta, completa y comprensible, y que tiene por objeto toda clase de hechos –positivos o negativos, propios o de terceros, naturales o incluso jurídicos –que puedan contribuir a formar un consentimiento más claro, más libre y más reflexivo”. PÉREZ GARCÍA, P., *La información*, pp. 84s.

<sup>159</sup> V. BOUCARD, F., *Les obligations*, p. 27.

<sup>160</sup> AZNAR GINER, E., *Las negociaciones*, p. 60; DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, p. 312; y GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, pp. 88s.

<sup>161</sup> GHESTIN, J., “The Pre-contractual Obligation”, p. 153.

<sup>162</sup> V. DOMÍNGUEZ-ALCAHUD GARCÍA-ATANCE, V., “El derecho”, p. 401; GÓMEZ SEGADÉ, J., “Notas”, p. 159; LLOBET I AGUADO, J., *El deber*, p. 42; PARDO GARCÍA, B., *La comercialización*, p. 101; STIGLITZ, R., “La obligación”, p. 45; y ZURILLA CARIÑANA, M<sup>a</sup>. Á., “El derecho”, p. 2.

información imperativamente transmisible como con la revelada de forma completamente voluntaria. Tercero, porque los remedios contractuales por defectos informativos pueden operar respecto de ambos tipos de información.

## b. Clasificación

**[26] Obligaciones precontractuales de informar típicas y atípicas.** Una de las grandes preguntas en materia de información precontractual concierne a la determinación de cuándo resulta exigible y de quién puede hacerse exigible<sup>163</sup>. En función de lo anterior, se distinguirá entre obligaciones o deberes precontractuales de informar típicos y atípicos<sup>164</sup>. Entre los primeros figuran los impuestos normativamente a ciertos individuos (las EC, por ejemplo). Entre los segundos, los que en virtud de determinados principios terminan imponiéndose por los tribunales a un contratante en supuestos no disciplinados por el Derecho positivo<sup>165</sup>. Sin duda, la cuestión no es indiferente desde la perspectiva de la seguridad jurídica y de la necesaria estandarización de los procesos de contratación por parte de las EC<sup>166</sup>.

La diferencia entre obligaciones o deberes típicos y atípicos obedece a que los primeros se establecen *ex ante* por el ordenamiento jurídico. Esta tipificación trae aparejado un aumento sustancial de la seguridad jurídica, al saber cada contratante con antelación cuáles son las informaciones que debe transmitir a su contraparte, sin que a este respecto se reserve un ámbito significativo para la discrecionalidad judicial<sup>167</sup>.

Por el contrario, en el supuesto de los deberes atípicos el interrogante permanece abierto, debiendo responderlo los jueces en cada caso recurriendo a las orientaciones o valores de que los pertrecha el ordenamiento jurídico, con lo que, en definitiva, tiene lugar una configuración *ex post*<sup>168</sup>.

La determinación de los supuestos en que procede la construcción judicial de obligaciones o deberes atípicos implica la concurrencia de ignorancia (legítima) en el acreedor de la información y conocimiento y reticencia en su deudor. Así, en orden a la imposición de la obligación de informar, quien conoce la información de que se trata debe haber sabido o debido saber que la otra parte (a quien no se la revela), la ignoraba (reconoscibilidad del error ajeno)<sup>169</sup>. No es que en el supuesto de los deberes típicos

---

<sup>163</sup> EHMANN, H. y SUTSCHET, H., *La reforma*, p. 205.

<sup>164</sup> DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 29s.

<sup>165</sup> GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, pp. 83 y 86s. V. también GHESTIN, J., “The Pre-contractual Obligation”, p. 153.

<sup>166</sup> Como se sabe, la seguridad contractual es uno de los principios rectores del Derecho privado a nivel de Derecho internacional, comunitario, interno y comparado. V., acerca de su desarrollo y manifestaciones en dichos ordenamientos, ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE y SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE, *Projet*, pp. 69-83 y 90-97 y 115-125.

<sup>167</sup> GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, pp. 1466 y 1468.

<sup>168</sup> El principio al que se suele recurrir por la doctrina y los tribunales al imponer deberes informativos, sobre todo en el Derecho del consumo, es el de buena fe. En virtud de este, todo empresario tiene la obligación de transmitirle al consumidor la información relevante (GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1463). Otro importante principio es el de protección de la parte contractual débil (GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, p. 46). A los fundamentos del deber precontractual de informar me refiero *infra* I.6.

<sup>169</sup> DE SA, A., *Responsabilidade*, pp. 56s. y *Direito*, pp. 75s.; GHESTIN, J., “The Pre-contractual Obligation”, p. 157; y STIGLITZ, R., “La obligación”, p. 49.

estos elementos no tengan relevancia, pero como la información cuya revelación se precisa es señalada por el Derecho positivo, los tribunales no deben hacer un esfuerzo especial en orden a su imposición<sup>170</sup>. En todo caso, en los ámbitos en que existen deberes típicos, el análisis de dichos elementos adquiere trascendencia en relación con las informaciones que no han sido expresamente exigidas por la correspondiente norma cuando a su respecto se discute si debían revelarse o no.

**[27] La labor judicial respecto de las obligaciones precontractuales de informar típicas de las EC.** En la contratación entre las EC y sus clientes se encuentra un caso ilustrativo de imposición de obligaciones precontractuales de información por el Derecho positivo. Según he adelantado, estas se regulan con elevado nivel de detalle, en general, y a propósito de variadas operaciones.

En razón de lo anterior, en principio, podría parecer que la labor de los tribunales en este terreno se reduce a una aplicación mecánica de la normativa dictada al efecto, contrastando con la que llevan a cabo en aquellas áreas en que no se disciplinan deberes precontractuales de información (y en las que, por tanto, los construyen). Sin embargo, la creciente intervención de los tribunales en los numerosos casos en los que se han producido controversias entre las EC y sus clientes ha implicado que dicha labor haya ido más allá, no limitándose a la aséptica aplicación de la normativa sobre deberes típicos. Así ha ocurrido, por ejemplo, en materia de *swaps* de tipos de interés, participaciones preferentes y productos estructurados, por citar tres ámbitos de conflictividad muy notorios<sup>171</sup>.

En esencia, considerando que para los tribunales la infracción de la obligación precontractual de informar de las EC determina, básicamente, la anulación de los contratos por vicio del consentimiento, el análisis de la concurrencia de los requisitos del respectivo vicio ha conducido en ocasiones a descartar su procedencia en virtud de los conocimientos, experiencia o cualificación del cliente, a pesar de que al caso hayan resultado aplicables normas que consagran expresamente obligaciones de aquella índole.

---

<sup>170</sup> V., en relación con esta idea y la anterior, DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 61s. y 277ss. y 283-286.

<sup>171</sup> El aumento exponencial de reclamaciones, quejas y demandas judiciales asociadas a la infracción de la obligación de informar por las EC obedece, en buena medida, a factores exógenos a la proliferación de normas sobre el particular, destacando la crisis económica y financiera mundial (principalmente a partir de la quiebra de *Lehman Brothers Holdings Inc.*), las malas prácticas que algunas entidades han venido desarrollando y las cada vez mayores complejidad, riesgo y novedad de los productos y servicios financieros. V. BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, p. 469; CUENCA GARCÍA, Á., “La protección”, p. 844; FARRANDO MIGUEL, I., “SWAPs”, pp. 8s.; GARRIDO, J. M., “Las permutas”, pp. 441s.; MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P., “Nulidad”, p. 1; REGADERA SÁENZ, J., “El consentimiento”, p. 2; TAPIA HERMIDA, A., “Jurisprudencia”, p. 273; VICENT CHULIÁ, F., “Cuestiones”, p. 47 (relacionando la mayor cantidad de acciones con la superación del escenario de fidelidad a las EC y de temor a litigar contra ellas); y ZUNZUNEGUI, F., “Informe”, pp. 8s. Respecto de los servicios de inversión debe tenerse en cuenta el gran incremento que de un tiempo a esta parte se ha producido en su comercialización respecto de clientes pequeños y medianos. CERVERA-MERCADILLO TAPIA, V., “La protección”, pp. 393s. En relación con el escenario económico en que se produce la contratación de instrumentos de cobertura del riesgo de tipos de interés la SAP Barcelona (19) 9-5-11 (FD 4) es contundente en orden a que dichos productos se comenzaron a utilizar al desatarse la crisis financiera internacional (a fines de 2007), justo antes de que el EURIBOR se desplomara (mediados de 2008), extraña casualidad (según la sentencia), si se sabe que los beneficiados ante tal caída habrían de ser las EC.

**[28] La labor judicial respecto de las obligaciones precontractuales de informar atípicas de las EC.** La labor judicial en estas materias también tiene trascendencia respecto de los clientes de las EC no protegidos expresamente por normas sobre información precontractual. En relación con ellos, los tribunales, llegado el caso, pueden configurar deberes precontractuales de información atípicos. Tal es el caso de las PYMES en relación con los servicios bancarios. Estas no están protegidas ni por la disciplina sobre consumo ni tampoco por la Orden EHA/2899/2011 (v. su art. 2.1). Ambas normativas contemplan reglas sobre información precontractual.

Asimismo, la labor judicial de creación de deberes precontractuales de información atípicos tendría una relevancia adicional si, como sostienen algunos, las normas sobre transparencia que rigen las relaciones de las EC y sus clientes (OM y Circulares) no se consideraran aplicables directamente a la contratación entre ellos. De aceptarse esta tesis, los tribunales civiles, llegado el caso, tendrían que determinar si la EC debió proporcionar o no la información desencadenante de la controversia y cuál debería ser la consecuencia de su infracción. A esta cuestión me refiero *infra* III.5.

**[29] La labor judicial respecto de las obligaciones precontractuales de informar típicas de las EC cuando la información conflictiva no se menciona expresamente en la norma.** En fin, la labor judicial tiene igualmente relevancia en cuanto a la interpretación de las obligaciones o deberes típicos regulados de manera incompleta. Así sucede en relación con aquellas esferas en las que, aun cuando existen reglas sobre información precontractual, la información controvertida no está prescrita expresamente como una de las que deben proporcionarse. Esto puede suceder porque la respectiva norma solo contiene una cláusula general sin mención de contenidos específicos o porque sí los menciona pero sin hacer referencia a la información en disputa.

En dichos supuestos corresponde a los jueces discernir, principalmente con arreglo al principio de buena fe, si el deudor legal de ciertas informaciones debía o no proveer otros datos a su contraparte aparte de los explícitamente disciplinados. Esta necesidad deriva de la insalvable imposibilidad del Derecho positivo para recoger en una norma toda la información exigible por el cliente. Si bien para multitud de supuestos la requerida preceptivamente podrá ser suficiente, en otros no lo resultará, sobre todo en ámbitos de gran complejidad y diversificación de modalidades contractuales, como el de los servicios financieros<sup>172</sup>.

En el anterior sentido, el legislador, consciente de que nunca se puede regular la información precontractual a transmitir con un nivel absoluto de detalle y exhaustividad, establece prescripciones que mencionan los datos a proporcionar de forma no taxativa. Este es el caso, por ejemplo, de los arts. 12.1, 18.2 y 60.1 y 2 TRLGDCU, que establecen una cláusula general (el primero) y un listado abierto (los dos últimos) en relación con las informaciones que debe transmitir el empresario. De esto se desprende que la obligación de informar puede ir más allá del suministro de los datos mencionados en particular por el Derecho positivo, debiendo los tribunales llenarla de contenido en cada caso. Esta solución técnica no parece óptima desde la perspectiva de la seguridad jurídica, debiendo, por tanto, utilizarse sólo de manera prudencial<sup>173</sup>.

---

<sup>172</sup> V. DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 148s.

<sup>173</sup> Adicionalmente, no obstante que el legislador haya disciplinado con detalle la obligación precontractual de informar, principalmente en materia de consumo, igualmente existen relevantes aspectos no resueltos o solventados de forma parcial, como las consecuencias jurídico-privadas de su

#### 4. Naturaleza

**[30] ¿Meros deberes u obligaciones?** Según avanzara, en este trabajo asumo que tanto en el caso de los deberes típicos como en el de los atípicos nos encontramos en presencia de verdaderas obligaciones y no de meros deberes. Lo cual debe entenderse sin perjuicio de que en esta exposición utilice ambas expresiones indistintamente para referirme, en el bien entendido de que las obligaciones pertenecen a la categoría de los deberes jurídicos. No obstante, debe tenerse en cuenta que en la doctrina existe discusión acerca de cuál resulta ser la mejor designación en orden a determinar la exacta naturaleza jurídica de la figura aquí estudiada.

Así, en cuanto a la naturaleza del deber precontractual de informar, la doctrina busca determinar qué se quiere decir cuando se habla de *deber*<sup>174</sup>. La cuestión pasa por discernir si se trata de una auténtica obligación o de un simple deber. Dilucidar este interrogante resulta importante porque el ordenamiento jurídico regula con detalle el régimen de las obligaciones, siendo sobre todo relevantes las consecuencias que prescribe ante su infracción, las cuales no siempre resultan aplicables ante la de un simple deber<sup>175</sup>.

En términos generales, un deber jurídico es la necesidad de que una determinada conducta se adopte o lleve a cabo con arreglo al ordenamiento jurídico. Dentro de esta categoría caben los meros deberes y las obligaciones. En la configuración de los primeros, por lo común, inciden connotaciones de tipo moral que limitan su exigibilidad (como ocurre, *v. gr.*, con algunos deberes de las relaciones de familia). Por el contrario, las obligaciones colocan a un individuo en la necesidad de efectuar una prestación en pro de otro, que ostenta el poder para demandársela (por ejemplo, en las relaciones contractuales). Así, lo que caracteriza la relación obligacional es, en primer lugar, la existencia de un deber de conducta en cabeza del deudor, originado en alguna de las fuentes contempladas por el ordenamiento jurídico. Y, en segundo término, la concesión al acreedor del poder para exigir su cumplimiento (derecho subjetivo personal)<sup>176</sup>.

En algunas ocasiones, la doctrina considera que el deber precontractual de informar constituye una obligación<sup>177</sup>, mientras que en otras entiende que constituye un simple

---

infracción (a esta cuestión me refiero en el Capítulo III). En todo caso, este problema puede ser salvado por la vía de considerar que los deberes de información tienen un fin protector “que justifica ciertas decisiones sobre cuál deba ser el régimen más conveniente para su infracción”. GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1465. V. también SANTOS MORÓN, M<sup>a</sup> J., “Información”, p. 144.

<sup>174</sup> La doctrina está conteste en que en la fase precontractual pueden surgir deberes para las futuras partes. V. por todos GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, p. 11.

<sup>175</sup> Así, el incumplimiento de una obligación genera responsabilidad civil (art. 1101 CC). DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, II, p. 64. V. también FABRE-MAGNAN, M., *De l'obligation*, p. 7.

<sup>176</sup> V., en general, ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, II, p. 15; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil*, pp. 57-61; DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, II, p. 64; DIÉZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema*, p. 119; HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de obligaciones*, pp. 61s.; LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, T. I, pp. 18-22; y SANCHO REBULLIDA, F. de A., “La relación”, pp. 10s.; y respecto del deber precontractual de informar de las EC, BOUCARD, F., *Les obligations*, pp. 26s.; y FABRE-MAGNAN, M., *De l'obligation*, pp. 4-7.

<sup>177</sup> V. ARROYO I AMAYUELAS, E., “Estudio”, pp. 60s. (habla de “contenido obligatorio ... que vincula al oferente”); ASÚA GONZÁLEZ, C., *La culpa*, pp. 57-59 (en general para los deberes precontractuales) y 63 y 182s. (para el de informar); BASOZABAL ARRUE, X., “En torno”, *passim*; BOUCARD, F., *Les obligations, passim* (especialmente las pp. 26s., aplicando también este carácter al deber de consejo); CALLEJO RODRÍGUEZ, C., “El deber”, *passim*; CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario” (a los arts. 60 y 61), p. 484; DOMÍNGUEZ-ALCAHUD GARCÍA-ATANCE, V., “El

deber<sup>178</sup>. En algunos casos se emplean ambas expresiones indistintamente<sup>179</sup>, como se hace en este trabajo. Quienes piensan que se trata de un mero deber estiman que no presenta los elementos propios de una relación obligacional<sup>180</sup>. En mi opinión, antes de dar una respuesta categórica, debe distinguirse entre deberes típicos y atípicos, ya que la cuestión no parece discutible en relación con los primeros.

**[31] Deberes típicos.** La circunstancia de que el Derecho positivo exija a las EC revelar a sus clientes ciertas informaciones en la etapa precontractual significa que está estableciendo una exigencia que adquiere la fuerza vinculante de toda obligación<sup>181</sup>. Así, el acreedor de la información termina erigiéndose en titular de un derecho subjetivo. Por lo que atañe a su fuente, se trata de una obligación legal (art. 1089 CC), al ser creada directamente por la ley<sup>182</sup>.

Dicho proceder ha sido el seguido por las normas que dentro del Derecho del consumo imponen al empresario o profesional la revelación de ciertas informaciones a la parte contractual débil. Aquellas recogen, así, una obligación legal de informar<sup>183</sup>. La norma matriz en este terreno es el art. 60 (2) TRLGDCU, que habla de “obligaciones de información”. Por su parte, el art. 13, al referirse a “Otras obligaciones”, da cuenta de que el art. 12, relativo a la información sobre los riesgos de los bienes o servicios, recoge verdaderas obligaciones, aun cuando este último no lo diga expresamente. En fin, los arts. 61 y 65 establecen que las declaraciones precontractuales se deben entender integrantes del contenido contractual, es decir, como derechos u obligaciones pertenecientes al mismo.

---

derecho”, p. 402; FABRE-MAGNAN, M., *De l’obligation, passim*, principalmente p. 6; FERRES MORALES, D., “Estudio”, p. 51 (refiriendo que los deberes de información de las EC son obligaciones legales); LLÁCER MATA CÁS, M<sup>a</sup>. R., “Obligaciones”, *passim*; Díez BALLESTEROS, J., “Obligaciones”, *passim*; GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup>. del C., “Prólogo”, p. 9; LLOBET I AGUADO, J., *El deber, passim*; MORENO-LUQUE CASARIEGO, C., “La protección”, *passim*; NAVARRO GANCEDO-RODRÍGUEZ, F., “La información”, p. 74; PÉREZ GARCÍA, P., *La información, passim*; RIBOT IGUALADA, J., (Comentario al) “Artículo 1266”, p. 1389; RIVERO ALEMÁN, S., *Crédito*, p. 119; SANTOS MORÓN, M<sup>a</sup> J., “Información”, pp. 137 y 143s.; STIGLITZ, R., “La obligación”, *passim*; y ZURILLA CARIÑANA, M<sup>a</sup>. Á., “El derecho”, *passim*.

<sup>178</sup> V. DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites, passim* (principalmente, pp. 59-61); GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, pp. 1463s.; GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes, passim*; y SCHULZE, R., “Deberes”, *passim* (en relación con el Derecho europeo).

<sup>179</sup> Por ejemplo, AZNAR GINER, E., *Las negociaciones*, p. 59.

<sup>180</sup> Así, se señala que en la etapa precontractual “no existe enlace entre deber y derecho subjetivo. En otras palabras, no existe un deber de prestación en virtud del cual, una vez incumplido el deber de informar se pueda exigir su cumplimiento forzoso. Una vez que se infringe el deber de informar y se ha celebrado el contrato, lo normal será que la entrega de información ya no interese a su destinatario. Su pretensión será, generalmente, privar de efectos al negocio y, en forma copulativa o alternativa, que se reparen los perjuicios que le produjo la falta de información. El deber de informar, entonces, sería un deber jurídico impuesto por una norma al cual no corresponde un derecho subjetivo de otra persona”. DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 60s.

<sup>181</sup> V. CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario” (a los arts. 60 y 61), p. 484; FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., *La información, passim*; y NAVARRO GANCEDO-RODRÍGUEZ, F., “La información”, pp. 74s.

<sup>182</sup> V. CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario” (a los arts. 60 y 61), p. 484; FERRES MORALES, D., “Estudio”, p. 51. Acerca de la ley como fuente de las obligaciones v. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil*, pp. 105s.; Díez-PICAZO, L., *Fundamentos*, II, p. 182; HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de obligaciones*, pp. 213-216; y SANCHO REBULLIDA, F. de A., “La relación”, pp. 128s.

<sup>183</sup> GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, pp. 51s. (en referencia a la LGDCU).



En definitiva, la transmisión de informaciones precontractuales impuesta por el Derecho del consumo a las EC respecto de sus clientes consumidores, debe ser entendida como una obligación para aquellas y como un derecho para estos<sup>184</sup>.

La anterior conclusión, me parece, debe extenderse a todos los supuestos en que el ordenamiento jurídico establezca el deber de informar en la fase precontractual. Este es el caso, por ejemplo, de la LSSICE, cuyo art. 27 impone al prestador de servicios la revelación de una serie de datos en dicha fase respecto de cualesquiera que disfrute de ellos. De hecho, el precepto lleva por título “Obligaciones previas a la contratación”.

Dicha conclusión también resulta aplicable a las informaciones específicamente impuestas por el ordenamiento jurídico a las EC respecto de la generalidad de sus clientes (consumidores o no) en la fase precontractual, como acontece con la normativa sobre transparencia y servicios de inversión<sup>185</sup>. En este sentido, el preámbulo de la Orden EHA/2899/2011 habla de “obligaciones (de) transparencia y difusión de información relevante” y el art. 79 *bis* LMV lleva por título “Obligaciones de información”, mientras que el Capítulo I del Título IV RD 217/2008 se rubrica, en parte, “obligaciones de información a clientes y clientes potenciales”.

En razón de lo expuesto, concluyo que los clientes de las EC beneficiados por deberes típicos tienen el derecho a exigirles que les proporcionen la respectiva información precontractual. Esto, aun cuando muchas veces aquellas empresas no lo hagan, sobre todo cuando hacerlo pueda no tener mayor sentido, por ejemplo, por haberse ya celebrado el respectivo contrato. Asimismo, llegado el caso, dichos clientes tienen derecho a reclamar ante los tribunales por las consecuencias lesivas que la infracción de tales deberes les haya causado. Así, en relación con los deberes precontractuales de información típicos que recaen sobre las EC concurren las dos relaciones presentes en toda vinculación obligacional: débito y responsabilidad<sup>186</sup>.

**[32] Deberes atípicos.** Por lo que atañe a los deberes atípicos que recaen sobre las EC, tampoco resulta pertinente afirmar que sean meros deberes y no obligaciones, por mucho que su concreción derive de una construcción judicial *ex post*, a consecuencia de su no positivación. Si bien puede resultar dudosa su fuente obligacional -al no emanar de una “ley escrita”-, considerando la amplitud de la idea de *ley* como fuente de obligaciones, puede mantenerse que son hipótesis de obligaciones legales surgidas por aplicación de los principios del Derecho, en conformidad al art. 1258 CC. Este precepto atribuye el valor de fuente de las obligaciones al principio de buena fe, que es el habitualmente invocado por la doctrina y la jurisprudencia al configurar el deber precontractual de informar<sup>187</sup>.

<sup>184</sup> Así, la LCCC, en el punto III de su preámbulo, al referirse al régimen sancionador, habla expresamente de “obligaciones relativas a la información precontractual”. V. DOMÍNGUEZ-ALCAHUD GARCÍA-ATANCE, V., “El derecho”, p. 402 (en relación con la LCC).

<sup>185</sup> Cfr. LLÁCER MATA CÁS, M<sup>a</sup>. R., “Obligaciones”, pp. 156s.; y MIRALLES SÁEZ, E., “La protección”, p. 283 (en referencia a las “normas de transparencia” en general).

<sup>186</sup> V., respecto de estos momentos obligacionales, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil*, p. 68; HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de obligaciones*, pp. 80-84; LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, T. I., pp. 31ss.; SANCHO REBULLIDA, F. de A., “La relación”, pp. 21-25; DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, II, pp. 77-79; y DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema*, p. 120.

<sup>187</sup> En este sentido, “pese al tenor literal de los artículos 1.089 y 1.090, no es indispensable que la obligación se deduzca precisamente de la ley escrita: tales preceptos aluden, al hablar de *ley*, a la norma jurídica, y por tanto, no sólo a la ley en sentido estricto, sino también a la costumbre y los principios generales; de hecho, el artículo 1.258 alude al valor generador de obligaciones de la costumbre; y el T.S.

Así, la imposición de dicho deber en concreción de determinados principios no obsta a que su configuración deba ser entendida como una prescripción derivada del ordenamiento jurídico en su conjunto (de los principios del Derecho). De este modo, cuando en un proceso jurisdiccional se discute acerca de la exigibilidad de ciertas informaciones no impuestas por el Derecho positivo o de las consecuencias de su no revelación y se da la razón al cliente, lo que hace el juzgador es entender que *ya* en la fase precontractual la EC deudora de aquellas informaciones se hallaba *obligada* a proporcionarlas. Cabe reiterar que en este sentido tiene relevancia el caso de las PYMES que contratan servicios bancarios, que no están protegidas ni por el Derecho del consumo ni por la Orden EHA/2899/2011.

La no consideración de los deberes precontractuales de información atípicos como verdaderas obligaciones parece ir de la mano de la opinión que apunta que en la fase precontractual no existen obligaciones<sup>188</sup>. Si bien en la fase de tratos preliminares puede que no concurren claramente obligaciones, sino meros deberes jurídicos<sup>189</sup>, en la etapa precontractual, considerada como una globalidad, sí pueden existir obligaciones<sup>190</sup>. En esta fase pueden tener lugar progresivamente relaciones de tres especies: prenegocial (tratos preliminares y oferta contractual), negocial (oferta irrevocable) y contractual (contrato rector de la negociación). Claramente, en la segunda y la tercera relación nacen vinculaciones de carácter obligacional<sup>191</sup>.

De manera que como la transmisión de información puede tener lugar en cualquiera de tales relaciones, cuando en la etapa precontractual media una vinculación obligacional (negocial o contractual), resulta indiscutible que todas las informaciones que deban proporcionarse o se otorguen voluntariamente dentro de dichas relaciones estarán regidas por el régimen de las obligaciones. En mi opinión, según adelantara, lo mismo debe concluirse en relación con la etapa de los tratos preliminares y de la oferta contractual. En efecto, aun cuando por lo general en estas etapas no concurren obligaciones, la vinculación representada por el deber de informar constituye una excepción.

A mayor abundamiento, aunque en principio parezca extraño, el carácter obligatorio de los deberes atípicos se ve ratificado por las normas que imponen deberes típicos. En efecto, estas, aparte de imponer la revelación de la información preceptivamente exigida, suelen contener una cláusula general o un listado abierto que exige proporcionar todos los datos relevantes para una adecuada formación del consentimiento (*v. gr.*, TRLGDCU). Así, con este proceder están estableciendo una obligación de informar no solo respecto de los datos explícitamente mencionados, sino también respecto de los no positivados, debiendo los tribunales determinar, en

---

considera la obligación de resarcir en el supuesto de enriquecimiento injusto como nacida de un principio general del derecho”. SANCHO REBULLIDA, F. de A., “La relación”, p. 128. V. también CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil*, pp. 105s.; y HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de obligaciones*, pp. 215s. Para DE SÁ, A., *Direito*, pp. 20s., el deber de información de las EC es de índole contractual, por entender que en la generalidad de las relaciones entre dichas empresas y los clientes existe un contrato global previo.

<sup>188</sup> Así, DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 60s.

<sup>189</sup> DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, p. 311, señala que en los tratos preliminares “no hay una verdadera relación jurídica”, sino una “relación social” o “contacto social”, que genera, entre otros, el deber de informar.

<sup>190</sup> V. CARVALHO MARTINS, A., *Responsabilidade*, p. 15.

<sup>191</sup> MENÉNDEZ MATO, J. C., *La oferta*, pp. 33s.

aplicación de los principios del Derecho, si la información controvertida debía entregarse o no en cumplimiento de dicha obligación.

En definitiva, la información a que apuntan los deberes atípicos puede ser exigida por los clientes ante las EC o, en su caso, ante los tribunales, dando lugar su infracción a la aplicación de los remedios dispensados por el Derecho de obligaciones. De esta suerte, concurren aquí también las dos relaciones esenciales de toda vinculación obligacional: débito y responsabilidad.

**[33] Consecuencias de que el deber precontractual de informar sea una obligación.** De la condición de obligación de los deberes precontractuales de información resultan varias consecuencias.

Primero, que se trata de obligaciones contractuales accesorias o deberes de protección, en tanto que contribuyen a la satisfacción de la obligación principal<sup>192</sup>. En este sentido, la obligación de informar se integra de dos prestaciones: una intelectual (la búsqueda y/o la determinación de la información a trasladar) y otra material (la transmisión de la información)<sup>193</sup>.

Segundo, que son obligaciones de hacer, en cuanto imponen la transmisión de determinadas informaciones, de manera que se incumplen cuando su deudor no las proporciona<sup>194</sup>. Adicionalmente, implican un no hacer, consistente en no proporcionar informaciones erróneas. Recuérdese que la obligación de informar tiene una faceta positiva (transmisión de datos) y una negativa (no revelación de datos erróneos). Eso sí, en esta segunda faceta nos hallamos más bien ante una obligación de no hacer conectada con una obligación positiva de mayor alcance: la de informar. Así, no es una obligación de no hacer autónoma, sino accesorias a la positiva de informar<sup>195</sup>.

---

<sup>192</sup> V. EHMANN, H. y SUTSCHET, H., *La reforma*, p. 202 -respecto del Derecho alemán- (refiriendo que los deberes de protección se relacionan con la incidencia en los derechos, bienes jurídicos o intereses de un sujeto a consecuencia de la iniciación de un contrato, del comienzo de negociaciones o de acercamientos similares); GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1473; y GHESTIN, J., “The Pre-contractual Obligation”, p. 152. Adviértase que se discute si la obligación de informar es autónoma de la principal o si forma parte de la prestación debida. Respecto de las diversas tesis en relación con la autonomía de la obligación de informar v. LLOBET I AGUADO, J., *El deber*, pp. 36-38 (inclinándose por la inexistencia de la autonomía, al no existir sanciones específicas para su violación); y MARTÍNEZ GALLEGO, E., “El deber”, p. 363 (que también se decanta por la segunda alternativa).

<sup>193</sup> BOUCARD, F., *Les obligations*, p. 21.

<sup>194</sup> V. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., “Comentario” (al art. 7 LCDSFDC), p. 1900; LEDESMA MARTÍNEZ, M<sup>a</sup>. J., *Las obligaciones*, pp. 217ss. (principalmente 223-227); y NAVARRO GANCEDO-RODRÍGUEZ, F., “La información”, p. 74. Recuérdese que, en general, las obligaciones relacionadas con servicios, como los prestados por las EC, son de hacer. V. ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, II, p. 37; DE SÁ, A., *Direito*, p. 19; DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, II, p. 279; PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup>. Á., “Responsabilidad”, p. 489. (ejemplificando con las del mandatario); y SÁNCHEZ ARISTI, R., “Disposiciones generales”, p. 1273. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que aun cuando en la contratación con EC en bastantes ocasiones concurrirán obligaciones de hacer, como en todo servicio (v. gr., asesoramiento y gestión de cartera), en la mayor parte de los casos nos encontraremos en presencia de obligaciones dinerarias, que deben ser objeto de un tratamiento independiente de las obligaciones de dar y hacer. V. DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, II, pp. 289ss. Lo cual no obsta, por supuesto, a que la obligación precontractual de informar, en tanto que diferente de las obligaciones nacidas de los contratos de servicios financieros, sea de hacer.

<sup>195</sup> V., en general, DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, II, p. 285.

Tercero, considerando que las obligaciones de hacer pueden ser de medios o de resultado<sup>196</sup>, se ha señalado que las de informar constituyen obligaciones del primer tipo<sup>197</sup>. No obstante, resulta más razonable sostener que es de esta índole solo la prestación consistente en recabar determinada información (que recae sobre las EC en ciertos supuestos), siendo de resultado la consistente en transmitirla<sup>198</sup>. Por esto es que, en mi opinión, en la medida de que las obligaciones de informar típicas imponen a las EC la necesidad de otorgar a los clientes las informaciones preceptivamente exigidas, son obligaciones de resultado. No obstante, los deberes precontractuales de información atípicos, en tanto que a su respecto no se puede determinar *a priori* cuál es la información que en específico debe proporcionarse y cómo ha de transmitirse, son obligaciones de medios. Lo mismo cabe concluir respecto de los supuestos en que el deber de informar ha sido tipificado pero sin que la información conflictiva se haya mencionado expresamente por la respectiva norma. Asimismo, en caso de concurrir en la realidad de los hechos el deber de consejo (que también es un vehículo de información precontractual), en tanto que involucra principalmente prestaciones de carácter intelectual, debe considerarse que engendra obligaciones de medios<sup>199</sup>. Igualmente, la obligación de proporcionar al cliente una información *comprensible* (que es distinta de la de transmitir la información en sí misma), en tanto que el entendimiento de la información depende en definitiva del propio cliente, también debe considerarse como una obligación de medios, trátase de deberes típicos o atípicos<sup>200</sup>. Como se sabe, la determinación de si la obligación de informar es de medios o de resultado resulta relevante por lo que concierne a la prueba de su existencia y cumplimiento<sup>201</sup>.

En fin y según anticipara, la circunstancia de que el deber precontractual de informar sea una obligación hace que su infracción pueda acarrear la aplicación de los remedios que el Derecho privado ha instaurado para el incumplimiento de las obligaciones (v. el Capítulo III).

---

<sup>196</sup> ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, II, p. 38; y DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, II, pp. 280s.

<sup>197</sup> V. DEL OLMO GARCÍA, P., “Responsabilidad”, p. 363; FABRE-MAGNAN, M., *De l’obligation*, pp. 395s. (que lo constata); PÉREZ GARCÍA, P., *La información*, pp. 92-94; y STIGLITZ, R., “La obligación”, p. 45; y respecto de las EC, FERNÁNDEZ-COSTALES MÚÑIZ, J., “Aspectos”, p. 3232; y NAVARRO GANCEDO-RODRÍGUEZ, F., “La información”, p. 76. Recuérdese que las obligaciones que emanan de las relaciones de prestación de servicios, como los de inversión, son de medios (BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y., “El caso”, pp. 218s.).

<sup>198</sup> V. FABRE-MAGNAN, M., *De l’obligation*, p. 401; y BOUCARD, F., *Les obligations*, p. 21. No obstante, este último precisa -en esta p. y en la s.- que, en su caso, el envío de la información a través del correo es de medios en lo que concierne a su recepción. Así, la EC queda liberada con la transmisión, al no poder asegurarse de que su destinatario la ha comprendido, salvo que haya actuado de mala fe – trasladando voluntariamente una información incomprensible-.

<sup>199</sup> Cfr. FABRE-MAGNAN, M., *De l’obligation*, p. 403; BOUCARD, F., *Les obligations*, pp. 23s.; y PARDO GARCÍA, B., *La comercialización*, p. 77. V. las SAP Álava (1) 15-9-11 (FD 6); y Madrid (14) 23-12-12 (FD 11), que consideran que la relación de asesoramiento existente entre las EC y sus clientes (asimilada en este trabajo a la información precontractual) engendra obligaciones de medios. Acerca de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado v., en general, DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, II, pp. 280s.; HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de obligaciones*, pp. 125s.; JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, pp. 172-181 y 456ss.; e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema*, pp. 124-131.

<sup>200</sup> V. FABRE-MAGNAN, M., *De l’obligation*, p. 406.

<sup>201</sup> V. *Ib.*, p. 395.

## 5. Extensión

### a. Límites

[34] **Síntesis.** En un sentido externo, la extensión de la obligación precontractual de informar se vincula con sus límites<sup>202</sup>. Según veremos, la reflexión en torno a determinados criterios jurídicos y/o económicos puede conducir a la imposición de la obligación de informar o a desecharla. Este último supuesto implica la fijación de límites a su procedencia<sup>203</sup>. Así, la operatividad de dicha obligación se extiende hasta las fronteras de las justificaciones (jurídicas y económicas) que la hacen procedente (estos son sus límites), no presentándose más allá de ellas<sup>204</sup>. En todo caso, en una importante cantidad de supuestos resulta complejo determinar la extensión y límites de aquella obligación<sup>205</sup>.

[35] **Límites de las obligaciones de informar típicas.** En el caso de las obligaciones o deberes típicos la cuestión de sus límites ha sido resuelta por el legislador sobre la base de ponderar *ex ante* -jurídica y económicamente- los intereses concurrentes. Por esto es que a su respecto no resulta mayormente necesario un debate en torno a sus límites, por lo menos por lo que atañe a los aspectos claramente reglamentados<sup>206</sup>. No obstante y según anticipara, las resoluciones de los tribunales en materia de contratación con EC igualmente tienen en cuenta los conocimientos, experiencia y cualificación de los clientes en orden a determinar la aplicación de obligaciones típicas al concreto supuesto. Así, cuando la desestiman, lo que hacen es fijar límites a su procedencia.

[36] **Límites de las obligaciones de informar atípicas y obligación general de informar.** En el caso de las obligaciones o deberes atípicos la cuestión de los límites se presenta con particular intensidad, debiendo los tribunales determinar en qué supuestos resultan exigibles y en cuáles no. Suele señalarse que en su construcción judicial se debe considerar que el principio rector sigue siendo que cada parte debe soportar las consecuencias de su ignorancia, estando cada una llamada a autoinformarse para manifestar su voluntad negocial de forma libre y consciente. Así, la carga de autoinformarse opera como límite de la obligación precontractual de informar<sup>207</sup>. Por esto es que –según adelantara- se predica la imposición de deberes precontractuales de informar atípicos sobre la base de un proceder judicial reflexivo que, en cuanto tal,

---

<sup>202</sup> AZNAR GINER, E., *Las negociaciones*, p. 59; y GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, pp. 44s.

<sup>203</sup> V. VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, pp. 138s (respecto de los límites derivados de criterios económicos). Entre los estudios que desarrollan la cuestión del deber precontractual de informar desde la perspectiva de sus límites v. BASOZABAL ARRÚE, X., “En torno”, *passim*; DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, *passim*; y GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, pp. 11-26 (en referencia a los fundamentos jurídicos y económicos de tales deberes) y 127-130.

<sup>204</sup> GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, p. 99. La cuestión de los límites de la obligación precontractual de informar también puede analizarse en el sentido de restringir la cantidad de información que se proporciona al cliente, en orden a impedir que un exceso de la misma impida una manifestación de voluntad con conocimiento de causa. V. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, pp. 39-42.

<sup>205</sup> GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, pp. 44s.

<sup>206</sup> DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, p. 67.

<sup>207</sup> V. DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los deberes*, p. 328 (nota 231); DE SÁ, A., *Direito*, p. 70; FABRE-MAGNAN, M., *De l'obligation*, p. 197; GHESTIN, J., “The Pre-contractual Obligation”, pp. 160s.; GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, p. 89; y PÉREZ GARCÍA, P., *La información*, p. 173 (refiriendo que el límite de la obligación de informar viene dado por aquello que puede ser descubierto con un cuidado mediano por una persona común en determinado periodo histórico).

ponga el acento no en la existencia de un abstracto y amplio deber de informar, sino en los límites que deben regir a su respecto en cada caso (v. *supra* § 10).

En el anterior sentido, la doctrina concluye que, al margen de los deberes típicos, no existe una genérica obligación de informar en toda relación precontractual. Concorre la necesidad de imponerla solo cuando determinados criterios jurídicos y/o económicos lo determinen para el respectivo supuesto<sup>208</sup>, por ejemplo, en el Derecho del consumo<sup>209</sup>. En esta línea, se apunta que unas obligaciones tan amplias de aclaración serían tanto como negar la indiscutible divergencia de intereses entre las partes, contraviniendo los principios de autonomía de la voluntad y autorresponsabilidad, que son la base del tráfico negocial<sup>210</sup>.

No obstante, a la luz de la persistente asimetría informativa presente en determinados ámbitos de la contratación, así como de la frondosa configuración de obligaciones de informar en ellos, se ha venido abogando en el sentido inverso. Esto es, en favor de la existencia de una obligación o deber general de informar en la contratación de Derecho privado (y no solo dentro de la de consumo). Se trata de una obligación que se habría terminado erigiendo en principio del Derecho civil. Según esta tesis, la cláusula del Estado Social –entendida como “protección social”- debería influir en aquella rama del ordenamiento “por vía de la concreción del contenido del principio de buena fe en el campo contractual; de ahí se deduciría tanto la necesidad de limitar la libertad contractual allí donde lo exija la protección de los económica y socialmente más débiles como la construcción de un principio general que obligue a informar a los inexpertos”<sup>211</sup>.

La precedente conclusión, dentro del Derecho del consumo, se ve ratificada por lo dispuesto en el art. 80.1.c TRLGDCU, que exige el cumplimiento del requisito ‘buena fe’ a las condiciones generales y a las cláusulas no negociadas individualmente, lo que

---

<sup>208</sup> Entre otros, consideran que no existe una obligación o deber general de informar, AZNAR GINER, E., *Las negociaciones*, p. 61 (si bien introduce ciertas consideraciones que relativizan su afirmación); BARROS BOURIE, E., *Tratado*, p. 1026 (nota 121); CARTWRIGHT, J., *Misrepresentation*, pp. 779s.; DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites, passim* (principalmente, pp. 241ss.); DE SÁ, A., *Direito*, p. 68 (precisando que no existe en el sentido de que las partes deban esclarecer todos los aspectos del negocio); DE VERDA Y BEAMONTE, J., “El dolo”, p. 45; GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, p. 47 (basándose en la exigencia de excusabilidad al error); y MORALES MORENO, A-M., *El error*, pp. 230s. (aludiendo a la relatividad de la buena fe). Y, en materia de Derecho del consumo, GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1464, para quien, si bien no hay un derecho del consumidor a la información respecto del empresario, *puede* nacer un deber informativo del principio de buena fe.

<sup>209</sup> MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., “El deber”, p. 163 (siguiendo a Martínez de Aguirre).

<sup>210</sup> SHÄFER, H-B y OTT, C., *Manual*, p. 335.

<sup>211</sup> GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, p. 17 (v. además las pp. 14 y 18). También postulan la existencia de una obligación o deber general de informar aplicable a todo el Derecho contractual en casos de asimetría informativa CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil*, pp. 660s.; GHESTIN, J., “The Pre-contractual Obligation”, p. 155; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Trascendencia”, pp. 80-82 (siguiendo a García Cantero); GALGANO, F., *El negocio jurídico*, p. 461 (derivándolo de la buena fe); PAÑOS PÉREZ, A., *Derechos*, p. 55 (nota 119); PÉREZ GARCÍA, P., *La información*, pp. 72 y 359 (propiciando incluso la reforma del art. 1258 CC con miras a su recepción); y SANTOS MORÓN, M<sup>a</sup>. J., “Información”, p. 143 (fundándolo en la buena fe). En relación con el Derecho del consumo lo propician CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario” (a los arts. 60 y 61), p. 484; DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los deberes*, p. 119; GÓMEZ SEGADE, J., “Notas”, p. 141 (al postular el reemplazo del principio *caveat emptor* por el *caveat venditor*, señalando, en la p. 151, que el deber de informar recae sobre todos los empresarios); LLÁCER MATAACÁS, M<sup>a</sup>. R., “Obligaciones”, p. 157; y SCHULZE, R., “Deberes”, p. 38 (en relación con el Derecho comunitario).

*en todo caso* excluye el empleo de cláusulas abusivas. Considerando su tenor, la norma no solo implica dicha exclusión sino algo más: la existencia de un deber general de transparencia derivado de la buena fe, que a su vez proviene de la asimetría informativa generada por la predisposición en los contratos con condiciones generales<sup>212</sup>.

Asimismo, dicha idea se ve ratificada por el desarrollo de la obligación o deber de informar en los proyectos de Derecho contractual europeo (v. gr., el art. II-3:101 DCFR<sup>213</sup>). Estos, según veremos *infra* II.11.b., establecen un deber de informar en términos amplios.

En síntesis, corresponde imponer la obligación precontractual de transmisión de las informaciones relevantes allí donde la asimetría informativa lo justifique. Veremos *infra* § I.5.c. que la existencia de la obligación o deber general de informar resulta particularmente pertinente en la contratación con EC.

## **b. Contenido**

**[37] Síntesis.** Aparte de los límites, como es lógico, también contribuye a la determinación de la extensión de la obligación precontractual de informar el contenido de la misma<sup>214</sup>. Una vez que se ha determinado que en un supuesto procede la imposición a cierto sujeto de dicha obligación, el intérprete debe señalar el exacto alcance de la información cuya transmisión se precisa. Se trata ahora de una cuestión de límites en un sentido interno<sup>215</sup>.

A los efectos de determinar el contenido de la información precontractual que deben trasladar las EC a sus clientes debe distinguirse, una vez más, entre obligaciones o deberes típicos y atípicos. En el Capítulo II abordo en detalle el contenido de la información precontractual a la luz de la normativa aplicable a la contratación con dichas entidades (deberes típicos). En cuanto a los deberes atípicos, su contenido debe ser circunscrito por los tribunales. Estos, en su caso, aparte de determinar que una EC estaba obligada a informar al cliente, habrán de decidir qué datos debía proporcionarle.

**[38] Presuposiciones contractuales.** El contenido de la información vendrá determinado, en un sentido objetivo, por los aspectos sustanciales del contrato. En uno subjetivo, lo vendrá por todo cuanto haya sido decisivo en la voluntad de contratar. Así, las EC deben informar a los clientes acerca de los elementos que han sido incorporados a la causa del contrato y que se vinculan con motivos comunes a ambos contratantes o

---

<sup>212</sup> V. PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, pp. 33, 38, 44-46, 75s. En esta última señala que el art. 10.1.c LGDCU recogía una “cláusula general de transparencia”, al exigir el cumplimiento de la buena fe a las condiciones generales y a las cláusulas no negociadas individualmente, lo que en todo caso excluye el uso de cláusulas abusivas. Teniendo en cuenta su tenor, el autor considera que el precepto no solo supone dicha exclusión sino algo más. Este “algo más” sería la existencia de un deber general de transparencia proveniente de la buena fe y que emana de la asimetría informativa provocada por la predisposición. Conforme al art. 80.1.c TRLGDCU, que permanece idéntico por lo que concierne a las cláusulas no negociadas individualmente, corresponde mantener las conclusiones del autor.

<sup>213</sup> No existe en el Derecho español una regla como esta. NASARRE AZNAR, S., “II-3:101-II-3:103”, p. 206.

<sup>214</sup> VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, pp. 137s.

<sup>215</sup> GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1470, se refiere a la cuestión del contenido del deber de información en un sentido externo y en uno interno (cuándo es justo omitir información y cuál, llegado el caso, ha de revelarse), asimilando, al parecer, extensión y contenido; mientras que GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, pp. 99ss., trata separadamente ambas cuestiones.

con propósitos perseguidos solo por uno pero conocidos (o fácilmente reconocibles<sup>216</sup>) por el otro al contratar. Dichos elementos constituyen la base del negocio, sus premisas o las presuposiciones contractuales<sup>217</sup>. Estas consisten en la “representación de la realidad que se refleja en el contrato”, realidad que pertenece a su esfera de actuación, que es el ámbito de “organización de intereses” promovido por su intermedio<sup>218</sup>.

A modo de ejemplo, en la contratación con EC resulta fundamental la información acerca del coste total del producto o servicio, compuesto por el precio, los intereses, las comisiones y los demás gastos repercutibles al cliente (v. gr., administrativos, de tasación de una garantía y los de seguros ligados a la obtención de un crédito)<sup>219</sup>. Asimismo, tiene una importancia crucial la información relativa a los riesgos asumidos por el cliente<sup>220</sup>.

Para determinar cuáles son las presuposiciones contractuales deben tenerse en consideración la ley, la forma en que el contrato asigna riesgos y tutela intereses, el comportamiento precontractual de las partes y sus propósitos (de acuerdo a la buena fe), los usos sociales y la eventual existencia de una manifiesta falta de reciprocidad en los contratos onerosos (razonablemente no deseada por la parte afectada). Todos estos factores pueden redundar en la imposición de la obligación de informar<sup>221</sup>.

De modo específico, en materia de servicios, para determinar el alcance de la información precontractual a suministrar deben tenerse en cuenta las circunstancias del respectivo servicio, así como las particularidades del cliente. Por esto es que resulta crucial atender a los criterios proporcionados por la respectiva *lex artis*<sup>222</sup>. Al cliente se debe informar no solo de las características básicas del servicio, sino de todo cuanto resulte relevante<sup>223</sup>.

En síntesis, como regla general, una parte deberá informar a la otra acerca de las circunstancias que puedan frustrar el fin del contrato o que reconocidamente aparezcan como esenciales para la decisión de contratar<sup>224</sup>. Así, cada contratante deberá informar al otro acerca de las circunstancias que conozca o deba conocer cuando sepa o deba saber que influyen en la decisión de contratar de su contraparte<sup>225</sup>.

Para ilustrar las anteriores ideas pueden servir de ejemplo dos de los productos mayormente sometidos a litigio en el último tiempo: las participaciones preferentes y los *swaps* de tipos de interés.

---

<sup>216</sup> DE SÁ, A., *Direito*, pp. 74s.

<sup>217</sup> V. DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 281s.; DE SÁ, A., *Responsabilidade*, p. 54; GALGANO, F., *El negocio jurídico*, p. 461; STIGLITZ, R., “La obligación”, p. 48; y VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, pp. 121s. y 135s.

<sup>218</sup> MORALES MORENO, A-M., *El error*, p. 200.

<sup>219</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 162.

<sup>220</sup> BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y., “El caso”, p. 225; y GARRIDO, J. M., “Las permutas”, p. 455.

<sup>221</sup> Cfr. BASOZABAL ARRUE, X., “En torno”, p. 693. En la p. 690 vincula la información que debe proporcionarse con la esencialidad del error, circunscribiéndola a los aspectos esenciales del objeto y la finalidad económica del contrato.

<sup>222</sup> MARTÍNEZ GALLEGO, E., “El deber”, p. 362.

<sup>223</sup> NASARRE AZNAR, S., “IL-3:101-II-3:103”, p. 185.

<sup>224</sup> V. DE SÁ, A., *Direito*, pp. 71 y 75; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 30.

<sup>225</sup> ASÚA GONZÁLEZ, C., *La culpa*, p. 64.



En el caso de las primeras, destaca como presuposición contractual a cuyo respecto se debería informar a los clientes, básicamente, la circunstancia de no ser aquellas un depósito, sino un producto de inversión (referido a un híbrido financiero parcialmente asimilado al capital de una entidad) complejo y de alto riesgo. De esto se deriva que a los clientes se les debe informar adecuadamente de que se trata de un producto que para que ofrezca la conveniente liquidez debe negociarse en un determinado mercado (con posibilidad de pérdidas, incluso abultadas), tiene carácter perpetuo (no reembolsable), no tiene, en caso de insolvencia, una preferencia atractiva en cuanto a sus expectativas de cobro y no reporta beneficios en caso de no obtenerlos la entidad emisora en el correspondiente periodo. En principio, al cliente no le interesa que se le informe de que los títulos no pertenecen a la EC comercializadora ni que no tendrá derecho a voto en la junta general de accionistas<sup>226</sup>.

Por lo que atañe a los *swaps* de tipos de interés, la presuposición contractual básica a cuyo respecto se debe informar adecuadamente a los clientes es la consistente en que no opera al modo en que lo hace un seguro ante la subida de aquellos, al tratarse de un producto de inversión complejo y de alto riesgo. Así, se les debe ilustrar acerca de que la bajada de los tipos de interés puede conllevarles liquidaciones negativas, incluso elevadas, de que su cancelación anticipada les puede implicar un importante desembolso de recursos y de que, en determinados escenarios, puede no existir equilibrio entre su posición y la de la EC<sup>227</sup>.

### **c. La obligación general de informar de las entidades de crédito**

[39] **Síntesis.** Naturalmente, en orden a determinar qué intereses deben prevalecer en la contratación con EC en estas materias se deben tener en cuenta sus legítimos intereses empresariales en la comercialización de productos y servicios. No obstante, tales intereses deben compatibilizarse con el deber de velar por los de los clientes en la medida en que exista en cada caso<sup>228</sup>. Y, de modo específico, con el interés de aquellos en la obtención de una información adecuada.

En razón de lo anterior, no puede sostenerse que las EC deban informar a los clientes acerca de todos y cada uno de los aspectos del contrato. No obstante, en mi opinión, sí deben informar a los clientes cuyos conocimientos, experiencia o cualificación les impiden comprender correctamente la operación que pretenden concluir (*v. gr.*, determinadas PYMES)<sup>229</sup> respecto de las presuposiciones contractuales, conocidas o

---

<sup>226</sup> Acerca de este último punto *v.* CARRASCO PERERA, Á., “Paisaje judicial”, p. 2. Y respecto de las características de las participaciones preferentes ALONSO ESPINOSA, F., “Participaciones preferentes”, pp. 3-7; y ZUNZUNEGUI, F., “Informe”, pp. 6-8.

<sup>227</sup> Un comentario jurisprudencial ilustrativo a este respecto en RALUCA STROIE I., “Error”. V. una explicación de los aludidos aspectos conflictivos en REGADERA SÁENZ, J., “El consentimiento”, p. 23. Y, acerca del concepto y características de los *swaps* de tipos de interés en la jurisprudencia FERRES MORALES, D., “Estudio”, pp. 46-50; GARCÍA ANGULO, B., *Nulidad*, pp. 39-50; MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, pp. 35-55; y MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P., “Nulidad”, pp. 1-3 y 14.

<sup>228</sup> V. DE SÁ, A., *Direito*, p. 20.

<sup>229</sup> Cabe insistir en que para tener en cuenta estos tres extremos me baso en lo prescrito por el art. 78 *bis.2* LMV, que atribuye la condición de clientes profesionales a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos, siendo minoristas los que no sean profesionales (nº 4).

reconocibles por dichas empresas<sup>230</sup>. Sobre las EC recae la *obligación o deber general de informar* acerca de dichas presuposiciones a los mencionados clientes<sup>231</sup>. En el ámbito de los servicios financieros la carga de autoinformarse carece de la extendida justificación que la avala en otros campos de la contratación. Por esto es que no solo procede la obligación precontractual de informar a dichos clientes en determinados casos, sino en general.

La determinación acerca de que un cliente no contaba al contratar con los conocimientos, experiencia o cualificación para comprender la operación es una cuestión que deberá acreditarse en cada supuesto. Eso sí, en orden a verificar si se encontraba en dicha situación deberá comparárselo con el *cliente medio* del tipo de producto o servicio de que se trate<sup>232</sup>. No obstante, sería recomendable que la disciplina sobre servicios financieros señalara expresamente quiénes son dichos individuos o que, por lo menos, fijara mecanismos o parámetros que permitieran a los tribunales determinarlo. Hoy solo procede en este sentido la normativa sobre servicios de inversión, pero no la relativa a los bancarios.

**[40] Supuestos regulados por el ordenamiento jurídico.** La existencia de la obligación precontractual de informar de las EC resulta clara en el caso de los deberes típicos que recaen sobre las EC, ya que su cantidad, intensidad y minuciosidad son tan acusadas que el margen de la carga de autoinformarse queda exponencialmente reducido. En este sentido, el preámbulo de la Orden EHA/2899/2011 señala que “la protección del cliente de servicios bancarios trata de paliar los efectos que produce la desventaja informativa, fomentando la transparencia en la relaciones entidad-cliente a lo largo de todo el tracto de la negociación bancaria”.

**[41] Informaciones no exigidas expresamente por las normas que imponen la obligación precontractual de informar y supuestos no regulados por el ordenamiento jurídico.** Dicha conclusión también resulta clara respecto de las informaciones no exigidas expresamente por normas que imponen la obligación precontractual de informar, así como respecto de los supuestos no regulados por el ordenamiento jurídico (deberes atípicos).

---

<sup>230</sup> V. FARRANDO MIGUEL, I., “SWAPS”, p. 64, apuntando que aun cuando el oferente no está obligado a informar a los clientes acerca de todas las características de los productos o servicios, sí debe informarles respecto de los datos fundamentales de los mismos para no inducirles a error.

<sup>231</sup> V. FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., “La aplicación”, p. 28; y FERRANDO VILLALBA, L., KUSTER BOLUDA, I. y VILA LÓPEZ, N., *La protección*, p. 105 (en relación con el asesoramiento).

<sup>232</sup> Esta es la solución propuesta por la doctrina respecto de las disposiciones sobre información precontractual, que no suelen especificar cuál debe ser el sujeto que debe servir de parámetro de comparación en orden a determinar si la información cumplió con las características exigidas normativamente. Y, asimismo, es la planteada a los efectos de la verificación del cumplimiento de los requisitos de incorporación de las condiciones generales de la contratación, que también son un vehículo de información precontractual. Acerca de la primera idea v. NASARRE AZNAR, S., “II-3:101-II-3:103”, pp. 207s. (basándose en el DCFR, que contempla la aludida solución en su art. II-3:102 a propósito de la publicidad). Respecto de la segunda, v. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “La defensa”, pp. 193s.; DURANY PICH, S., (Comentario a los) “Artículos 5 y 7”, pp. 319s.; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 7”, p. 240; LARROSA AMANTE, M., “Las condiciones”, p. 90; LLODRÀ GRIMALT, F., *El contrato*, p. 312; NIETO CAROL, U., “Contratación”, p. 194; PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones*, pp. 413s. y “Las condiciones”, p. 176; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las condiciones*, pp. 42-44 y “Los contratos”, pp. 1612s.

En relación con las primeras, en caso de debatirse acerca de si determinada información relevante, no mencionada explícitamente por dichas normas, debía trasladarse al cliente por una EC, la balanza se inclina a favor de la respuesta afirmativa. En términos generales y según apuntara, el legislador, consciente de la imposibilidad de regular con detalle las informaciones a transmitir por los empresarios, aparte de la mención de un listado de los contenidos informativos que deben satisfacer, suele establecer menciones globales o catálogos abiertos (v. *gr.*, arts. 12.1, 18.2 y 60.1 y 2 TRLGDCU). De esto dimana que la obligación precontractual de informar se extiende, a favor de los clientes beneficiados con deberes típicos, más allá del otorgamiento de las informaciones positivamente disciplinadas. Se trata, por tanto, de una obligación de amplio alcance y no solo acotada a tales informaciones.

Adicionalmente, puede ocurrir que determinado precepto imponga a las EC la obligación de informar pero sin determinar el contenido que se exige a la información. Este es el caso del art. 6 Orden EHA/2899/2011, referido a la información precontractual que deben proporcionar las EC a sus clientes personas físicas en la generalidad de los contratos bancarios. El precepto solo menciona las características que debe cumplir la información, señalando en cuanto a su contenido, únicamente, que se deberá proporcionar al cliente toda la información legalmente exigible. A los clientes personas físicas que sean consumidores se aplicará el TRLGDCU y, en su caso, la LCDSFDC, que determinan con detalle el contenido que debe satisfacer la información precontractual. El problema se presenta en relación con los clientes personas físicas que no sean consumidores cuando no existe una norma legal que discipline el contenido de dicha información en determinados contratos. Es lo que acontece con los contratos bancarios pasivos (depósitos a la vista y a plazo fijo).

Aplicando lo antes señalado a dichos clientes, resulta que las EC deberían proporcionarles información adecuada acerca de las presuposiciones contractuales, sobre todo de los aspectos económicos del negocio. Así, a modo de ejemplo, en los contratos de depósito a la vista (cuentas corrientes y de ahorro) las EC deberán informarles cuáles son las comisiones aplicadas (de mantenimiento y administración) y cuál será la remuneración de los mismos. Y en los contratos de depósito a plazo fijo deberán informarles respecto del plazo del mismo, su rentabilidad, la periodicidad de la liquidación de intereses y su liquidez.

Asimismo, en los casos no regulados por el ordenamiento jurídicos (deberes atípicos), la existencia de la obligación general de informar de las EC resulta defendible respecto de los clientes cuyos conocimientos, experiencia o cualificación les impiden comprender satisfactoriamente una operación. En mi opinión, no resulta aceptable mantener, a modo de regla general, que las EC no deben informar a dichos clientes si no existe una norma que lo imponga. En orden a proteger a estos clientes, la no tipificación del deber precontractual de informar a su favor no debería obstaculizar su imposición judicial. De este modo, las EC no deben cumplir con la obligación general de informar en todo caso, debiéndoselas eximir de hacerlo cuando el cliente haya contado con los conocimientos, la experiencia o la cualificación que le hayan permitido comprender la respectiva operación, a menos que una norma obligue expresamente a dichas entidades a informa a este tipo de clientes, como ocurre, por ejemplo, con los clientes profesionales en los servicios de inversión.

Según veremos a continuación, la existencia de la obligación general de informar de las EC respecto de los clientes beneficiados por deberes típicos cuando la información controvertida no ha sido exigida expresamente por la norma y de los clientes no favorecidos por dichos deberes cuyos conocimientos, experiencia o cualificación les impiden comprender una operación, se apoya en cada uno de los fundamentos esgrimidos por la doctrina y la jurisprudencia para justificar la procedencia de la obligación precontractual de informar en términos generales.

## 6. Fundamentos<sup>233</sup>

### a. Asimetría informativa

**[42] Causas de la asimetría informativa en la contratación con EC.** La desigualdad existente en determinados contratos provoca desequilibrios en relación con variados aspectos. En el ámbito de la contratación con EC destacan los derivados de la imposición unilateral por parte de dichas empresas de los contenidos contractuales a sus clientes y de la mayor cantidad de medios con que cuentan<sup>234</sup>. Destacan también los desequilibrios provenientes de la desigualdad de posiciones entre las EC y la mayor parte de sus clientes, así como la complejidad de algunos productos y servicios financieros<sup>235</sup>. En este sentido, sobresale principalmente el dispar nivel de información de que dispone cada parte en aras de una óptima manifestación de su voluntad negocial. Este es el caso, por ejemplo, de consumidores e inversores<sup>236</sup>. Adviértase, en todo caso, que aun cuando por lo común la asimetría informativa afecta generalmente a las personas físicas, también ciertos empresarios se ven perjudicados por ella<sup>237</sup>.

Tanto la regulación normativa como las resoluciones judiciales, para ser adecuadas en orden a la mejor protección de la clientela de las EC y del correcto funcionamiento del

---

<sup>233</sup> La pregunta acerca de los fundamentos de la imposición de la obligación precontractual de informar suele superponerse a la de sus finalidades. Así, descubierto un fundamento, se descubre también la finalidad perseguida con dicha imposición. Por ejemplo, si la justificación viene dada por el principio de libertad contractual, puede decirse que la finalidad de la referida imposición es la salvaguarda de este principio. Lo cual debe entenderse sin perjuicio del desglose del objetivo general perseguido en variadas finalidades a modo de concreción. V. GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1474. Un recuento de los fundamentos de la obligación precontractual de informar en la contratación de servicios bancarios se encuentra en el preámbulo de la Orden EHA/2899/2011, que señala lo siguiente: “(1)a transparencia en el funcionamiento de los mercados ha supuesto históricamente uno de los objetivos más perseguidos por el ordenamiento jurídico de cualquier sector económico. La correcta asignación de los recursos no puede producirse de manera auténtica, ni es factible garantizar plenamente la competencia, si no existe un marco adecuado de protección para los clientes que, limitando los efectos de la asimetría de información, les permita adoptar sus decisiones económicas de la forma más conveniente”. Por su parte, el preámbulo de la Orden EHA/1608/2010 señala que la normativa sobre transparencia se justifica en la protección de los intereses económicos de los consumidores y en la correcta operatividad del mercado, en orden a superar los inconvenientes asociados a asimetrías informativas.

<sup>234</sup> SÁNCHEZ MIGUEL, M<sup>a</sup>. C., “La responsabilidad”, pp. 2434 y 2438, respectivamente. V. también, en general, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 76.

<sup>235</sup> ESPÍN GUTIÉRREZ, C., “El conocimiento”, p. 265; y MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., *Condiciones*, pp. 148s.

<sup>236</sup> V. BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y., “El caso”, p. 225 (respecto del inversor); GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., “Comentario” (al art. 7 LCDSFDC), pp. 1898s.; PANIAGUA ZURERA, M. y MIRANDA SERRANO, L., “La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción”, p. 21; y TAPIA HERMIDA, A., *Derecho del mercado*, p. 117.

<sup>237</sup> Cfr. ALBIEZ DOHRMANN, K., *La protección*, p. 119 (nota 167); PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p.102 (respecto de los empresarios que adhieren a condiciones generales); y VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, p. 124.

mercado, deben partir de un ejercicio de detección de las causas de la asimetría informativa<sup>238</sup>.

En la contratación con EC los problemas de asimetría informativa implican que en la fase precontractual la empresa no proporciona al cliente las informaciones que una norma o principio le impone transmitir. También le falta información al cliente cuando la entidad le dispensa datos incorrectos. En ambos casos, el cliente queda colocado en una situación de desequilibrio que le impide manifestar en términos óptimos su voluntad. Por esto es que, por ejemplo, en los contratos por adhesión con condiciones generales (como los que habitualmente se celebran con EC) su redactor debe soportar la obligación de información, en tanto que es quien las predispone y es el único que las conoce<sup>239</sup>.

El cliente también se ve expuesto a asimetría informativa cuando, atendidos sus conocimientos, experiencia o cualificación, no puede comprender los términos de la respectiva operación o no es capaz de procesar adecuadamente la información que le provee la entidad. En este evento nos encontramos ante el problema de la “racionalidad imperfecta”<sup>240</sup>. En ocasiones, esta deriva de la condición subjetiva del acreedor de la información, es decir, de su nivel intelectual o de conocimientos, de su personalidad o de su experiencia -consecuencia de su caudal educacional o de su posición socioeconómica-<sup>241</sup>. En otras, proviene, adicionalmente, de deficiencias relacionadas con la transmisión de la información en sí misma, como cuando esta no tiene lugar de forma oportuna o a través de un medio idóneo. En fin, según veremos *infra* § 219, en algunos supuestos los problemas derivados de la racionalidad imperfecta de los clientes pueden verse incrementados por el exceso de información que se les proporciona.

**[43] La asimetría informativa como fundamento material de la obligación precontractual de informar de las EC.** En razón de la asimetría informativa que afecta a una parte importante de los clientes de las EC el ordenamiento jurídico exige la transmisión de determinadas informaciones en la fase precontractual y, asimismo, demanda que sean proporcionadas en un tiempo y forma adecuados, en orden a la correcta manifestación de la voluntad negocial de los clientes<sup>242</sup>.

Incluso, ante determinados supuestos, cuando los problemas informativos asociados a una extrema racionalidad imperfecta son vislumbrados como no susceptibles de resolverse mediante la revelación de cierta información, el Derecho positivo prevé

---

<sup>238</sup> FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., *La información*, pp. 93-96.

<sup>239</sup> LLOBET I AGUADO, J., *El deber*, p. 40; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, pp. 102s.

<sup>240</sup> V. BAR-GILL, O., “Informing”, p. 5; y DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 113-119.

<sup>241</sup> Cfr. CABALLERO NÚÑEZ, G., “Las obligaciones”, pp. 116s. (en referencia a la baja educación financiera, con consideraciones respecto del mejoramiento de la misma); GHESTIN, J., “The Pre-contractual Obligation”, p. 161; y LLOBET I AGUADO, J., *El deber*, p. 41 (aludiendo a la personalidad del acreedor de la información). En atención a los problemas de educación financiera es que los organismos supervisores han implementado mecanismos sobre el particular. Se trata del Portal del Inversor y de las fichas y guías del inversor, en el caso de la CNMV, del Portal del Cliente Bancario, en el del BdeE y, en el de ambos, del Plan de Educación Financiera 2008-2012. V. OLAIZOLA, F., “Poner al lobo”, s/p.

<sup>242</sup> V. CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario” (a los arts. 60 y 61), p. 484; DE SÁ, A., *Responsabilidad*, pp. 54s.; MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., *Condiciones*, p. 149; MORALEJO, I., “Las nomas”, p. 364; PINILLOS LORENZANA, Á., “La protección”, p. 78; TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del consumidor”, pp. 218s.; STIGLITZ, R., “La obligación”, p. 46; y VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, p. 123.

consecuencias rigurosas, como la represión de las cláusulas abusivas y el derecho de desistimiento<sup>243</sup>. O igualmente extremas, como la exigencia de drásticos requisitos para contratar determinados productos. Este el caso, por ejemplo, de las participaciones preferentes a tenor de la Disposición adicional decimotercera del RD-L 24/2012 (31-8; BOE del mismo día, nº 210) y de la Ley 9/2012 (14-11; BOE 15-11, nº 275), ambos “de reestructuración y resolución de entidades de crédito”.

La imposición de la obligación precontractual de informar aspira a corregir los perniciosos efectos que la asimetría informativa acarrea para los clientes (que no logran comprender correctamente determinada operación) y para el buen funcionamiento del mercado, siendo ella la justificación material de dicha imposición<sup>244</sup>. Por esto es que, teniendo en cuenta las circunstancias de la contratación, una parte debe informar a la otra cada vez que cuente con datos de su interés que esta desconoce<sup>245</sup>.

Según anticipara, la asimetría informativa avala la existencia de la obligación general de informar de las EC a los clientes beneficiados por deberes típicos cuando la información controvertida no ha sido expresamente exigida por la correspondiente norma y a los no favorecidos por aquellos cuyos conocimientos, experiencia o cualificación les impiden comprender adecuadamente una operación. Esta idea se apoya en el acusado desequilibrio informativo concurrente en relación con tales clientes, incrementado por la existencia de productos o servicios de alta complejidad, sofisticación y riesgo, así como por el déficit de conocimientos, experiencia o cualificación que les afecta<sup>246</sup>. Ello desemboca en que las EC deban informarles acerca de todo cuanto resulte relevante desde la perspectiva de las presuposiciones contractuales.

En todo caso, junto con la dispar posición en materia de acceso a la información, debe evaluarse en cada caso si el cliente tenía, al contratar, la posibilidad de formular preguntas que le permitieran esclarecer determinados aspectos del negocio. En general, la parte a quien se solicita información debe responder a este requerimiento correctamente. Eso sí, ello no siempre permite corregir la asimetría que afecta a quien pregunta, al encontrarse en muchas ocasiones en una situación de ignorancia tal que le

---

<sup>243</sup> DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, p. 118.

<sup>244</sup> V. BASOZABAL ARRUÉ, X., “En torno”, p. 686 -siguiendo a Rehm- (si bien no considera decisiva la asimetría informativa, sino la concurrencia de una relación consumidor-profesional); DE SÁ, A., *Direito*, pp. 71s. y 76s. (si bien en estas dos últimas pp. apunta que no basta la asimetría informativa, debiéndose considerar también en qué medida resultaba exigible a una parte solicitar determinada aclaración); GÓMEZ GÁLLIGO, J., “Requisitos”, s/p; GHESTIN, J., “The Pre-contractual Obligation”, p. 157; LUCIANI, G., “Gli obblighi”, pp. 50s. (respecto de los consumidores); MARTÍNEZ GALLEGO, E., “El deber”, p. 364; MIRANDA SERRANO, L. y PANIAGUA ZURERA, M., “La protección de los consumidores y usuarios”, p. 92; PALACIOS GONZÁLEZ, M<sup>a</sup>. D., “El deber”, p. 89; PÉREZ GARCÍA, P., *La información*, pp. 69s.; y SANTOS MORÓN, M<sup>a</sup>. J., “Información”, p. 143; y, en relación con el Derecho del consumo, GARCÍA VICENTE, J., “Comentario” (al art. 60), p. 768; MORENO-LUQUE CASARIEGO, C., “La protección”, p. 196; y ZURILLA CARIÑANA, M<sup>a</sup>. Á., “El derecho”, p. 1.

<sup>245</sup> LLOBET I AGUADO, J., *El deber*, p. 41. Veremos *infra* § I.6.d.11.2. que para determinar cuándo concurre aquella asimetría debe analizarse la posición de las partes frente a la información.

<sup>246</sup> V. CABALLERO NÚÑEZ, G., “Las obligaciones”, p. 111; FLORES DOÑA, M<sup>a</sup>. de la S., “Naturaleza”, pp. 7s.; FERRANDO VILLALBA, L., KUSTER BOLUDA, I. y VILA LÓPEZ, N., *La protección*, p. 99; FERRE, M., “Normas”, p. 90; GUIASADO MORENO, Á., “Contratación a distancia”, pp. 305s. (y nota 21); LLEBARÍA SAMPER, S., “Protección”, p. 3; y ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., *La disciplina*, pp. 58s. MORENO-LUQUE CASARIEGO, C., “La protección”, p. 196, justifica la transmisión de información en el ámbito del consumo en la complejidad técnica de muchos productos, así como en la existencia de un gran número de bienes y servicios que buscan satisfacer las mismas necesidades, lo cual dificulta la elección del consumidor.

impide hacer una consulta adecuada, razón por la cual existen supuestos en los que se debe informar espontáneamente<sup>247</sup>.

En el anterior sentido, se distingue entre “secretos superficiales” y “secretos profundos”. En el caso de los primeros la parte ignorante tiene o puede razonablemente tener conciencia acerca de su carencia de conocimiento o sospechar que desconoce información, teniendo el deber de formular preguntas. En el caso de los segundos, no se encuentra en posición de intuirlo, sin que tenga, por tanto, dicho deber<sup>248</sup>.

## b. Criterios jurídicos y económicos

**[44] Obligaciones típicas y atípicas.** En cuanto a los criterios que avalan la imposición de la obligación precontractual de informar de las EC, cabe distinguir nuevamente entre deberes típicos y atípicos<sup>249</sup>. La imposición de los primeros encuentra asidero en el correspondiente texto normativo, apareciendo justificada *a priori* la obligación de informar<sup>250</sup>, si bien no puede desconocerse que igualmente el regulador tiene en cuenta en orden a dicha imposición determinados criterios. Adicionalmente, según adelanté, es frecuente que los tribunales, al imponer la obligación de informar a las EC con base en las normas que la disciplinan, recurran asimismo a diversas consideraciones, no conformándose con aplicar sin más aquellas disposiciones. En fin, en el caso de los deberes atípicos, también su imposición se sustenta en una amplia gama de criterios.

**[45] Valoraciones jurídicas y económicas.** Entre los criterios esgrimidos para la configuración de la obligación precontractual de informar aparecen valoraciones de dos tipos: jurídicas y económicas<sup>251</sup>. Generalmente los jueces se apoyan en consideraciones del primer tipo, mientras que la doctrina suele agregar complementariamente disquisiciones económicas<sup>252</sup>. No siempre, en todo caso, resulta fácil distinguir nítidamente un criterio jurídico de uno económico. En abundantes ocasiones, como acontece en la contratación con EC, la imposición de la obligación de informar se sustenta en orientaciones jurídicas de sustrato económico. Así, *v. gr.*, en los principios de protección del cliente y de transparencia del mercado de servicios financieros<sup>253</sup>.

Los criterios jurídicos para fundamentar la obligación de informar de las EC se relacionan con la esfera negocial. Se trata de los principios de protección del cliente de dichas empresas, de libertad contractual y de buena fe. Los argumentos económicos (que también presentan una veta jurídica) se relacionan con el buen funcionamiento del

<sup>247</sup> V. DE SÁ, A., *Direito*, pp. 72 y 76s.; y GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, p. 88.

<sup>248</sup> V. SCHEPPELE, K., *Legal Secrets*, pp. 21s.

<sup>249</sup> Idea implícita en GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, pp. 1469s.; y MARÍN LÓPEZ, M. “Requisitos”, p. 569.

<sup>250</sup> BASOZABAL ARRUE, X., “En torno”, p. 698. No obstante, igualmente es posible reflexionar en derredor de los criterios tenidos en mente por el legislador para la imposición de dicha obligación. Las motivaciones de este para configurarla (plasmadas en los preámbulos de las respectivas normas) se aproximan a las tenidas en cuenta por los autores y los tribunales al entender concurrentes deberes atípicos. Así, al estudiar los argumentos por ellos esgrimidos se auscultan, a la vez, las motivaciones legislativas que sustentan el establecimiento de la obligación de informar.

<sup>251</sup> Un estudio de ambas en DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites, passim*, principalmente pp. 207ss.; DE VERDA Y BEAMONTE, J., “El dolo”, pp. 47-51 y “La reticencia”, pp. 137-144; GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, pp. 11-27; y VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, pp. 123-126.

<sup>252</sup> Cfr. DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, p. 357; y MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, p. 569.

<sup>253</sup> Cfr. LLEBARÍA SAMPER, S., “Protección”, p. 3.

mercado (competencia eficiente y transparencia) y con la posición que cada parte ostenta frente a la información.

A modo de síntesis, los tribunales suelen mencionar como finalidades de la obligación de informar de las EC la protección del cliente en orden a una adecuada manifestación de su voluntad y a la consecución de la transparencia y eficiencia del mercado<sup>254</sup>.

**[46] Ponderación de intereses.** Cada criterio aspira a tutelar intereses de variada índole. A veces, esta es individual, es decir, referida a las partes de la futura contratación. Otras, es de carácter colectivo, esto es, vinculada con el sano funcionamiento del mercado o con el bienestar de la ciudadanía. Así, tales intereses suelen presentarse en relación de colisión o, al menos, de conflicto. En ocasiones, implican una confrontación entre las perspectivas individual y colectiva. Otras, una contraposición dentro de cada una de estas perspectivas, es decir, entre los intereses subjetivos de los contratantes o entre las diversas visiones o ideologías respecto de la mejor protección de la sociedad. En fin, en determinadas hipótesis convergen en una única solución<sup>255</sup>.

Si bien los criterios jurídicos se relacionan, antes que todo, con la salvaguarda de los intereses de las futuras partes y no tanto con la de intereses colectivos (que son generalmente resguardados mediante la aplicación de criterios económicos), la tutela de aquellos frecuentemente redundan en la de intereses colectivos. Asimismo, la aplicación de criterios exclusivamente jurídicos aspira a conseguir, aparte del conocimiento de los respectivos derechos y obligaciones, los propósitos económicos individuales de los contratantes. Así, por ejemplo, el principio de libertad de contratación busca, junto con el objetivo jurídico de una manifestación de voluntad sin interferencias, garantizar “el correcto juicio de conveniencia económica u oportunidad del contrato” por la vía de proporcionar un óptimo conocimiento de las condiciones financieras del mismo a la parte acreedora de la información<sup>256</sup>.

En síntesis, los tribunales deben sopesar los diversos intereses en juego y fallar a favor del más digno de protección en el respectivo supuesto. Es decir, deben realizar un esfuerzo de ponderación, asignando a una de las partes, en su caso, el riesgo por la falta de información de la otra<sup>257</sup>. Así, en general, el papel de los criterios jurídicos y económicos consiste, en algunos casos, en alumbrar la procedencia de la obligación de

---

<sup>254</sup> Así, en materia de préstamo con garantía hipotecaria, las SAP Islas Baleares (3) 24-5-12 (FD 3) y Salamanca (1) 11-10-12 (FD 2) –nulidad de seguro de hipoteca inversa-; y de *swaps* de tipos de interés, las SAP Álava (1) 14-4-11 (FD 2) y 5-5-11 (FD 4); Asturias (5) 27-1-10 (FD 5); Barcelona (11) 16-12-10 (FD 2) y (19) 9-5-11 (FD 3); Girona (1) 18-2-11 (FD 2); Guipúzcoa (2) 20-7-11 (FD 3); La Coruña (3) 30-12-11 (FD 2); León (2) 22-6-10 (FD 2) y 21-1-11 (FD 3); Pontevedra (1) 7-4-10 (FD 8); Tarragona (1) 1-9-11 (FD 5); Valladolid (1) 3-11-11 (FD 3) y (3) 24-5-11 (FD 2); y Zamora (1) 18-7-11 (FD 3). En materia de publicidad puede consultarse la SAP Barcelona (15) 26-9-01 (FD 8) –relativa al contrato de crédito al consumo-.

<sup>255</sup> Cfr. DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 28s.; ESTEBAN DE LA ROSA, F., “El error”, p. 195 (respecto del régimen del error); GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, p. 14; y MORALES MORENO, A.-M., *El error*, pp. 88-90 (entendiendo el error como un problema –económico- de justa o conveniente distribución de riesgos del contrato, es decir, no meramente vinculado a uno de los contratantes). Acerca de los distintos intereses concurrentes respecto de la protección de los consumidores v. PANIAGUA ZURERA, M. y MIRANDA SERRANO, L., “La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción”, pp. 42s.; y, en materia de publicidad, PARDO LÓPEZ, M<sup>a</sup>. M., “Comentario”, p. 66.

<sup>256</sup> GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1474.

<sup>257</sup> BASOZABAL ARRUÉ, X., “En torno”, p. 648.



informar y, en otros, en descartarla, por medio de la fijación de límites a la misma, en orden a evitar desvinculaciones de contratos más gravosos de lo que se estima razonable<sup>258</sup>.

**c. Criterios jurídicos<sup>259</sup>**

**i. Protección del cliente**

**[47] Protección del cliente de las EC como fundamento de su obligación precontractual de informar.** El principio de protección de la parte débil de la relación mediante la imposición de la obligación precontractual de informar aspira a contrarrestar los efectos de la inexperiencia de ciertos individuos. Y, asimismo, los desequilibrios informativos presentes en amplios ámbitos de la contratación, principalmente en materia de consumo, en aras de contribuir al restablecimiento de la igualdad quebrantada<sup>260</sup>. Se trata de una idea también aplicable a los empresarios y profesionales considerados parte débil<sup>261</sup>. Asimismo, las normas referidas a la publicidad (que también es un vehículo de información precontractual), aparte de responder a los principios de libre competencia y competencia leal, lo hacen al de protección de los clientes, especialmente de los consumidores<sup>262</sup>.

La asimetría informativa que caracteriza a cierta parte de la contratación con EC (“banca al por menor”), considerando la disparidad en las posiciones de las partes, así como su complejidad, sofisticación y riesgo, hace que el principio de protección del cliente resulte particularmente relevante en orden a la justificación de la obligación precontractual de informar, redundando su imposición en una mejora de la tutela de aquel<sup>263</sup>. Así, no cabe duda acerca de que una de las finalidades del derecho a la información en el ámbito bancario es la protección de la clientela<sup>264</sup>.

En este terreno se habla del “principio de protección del cliente de las EC”. Si bien este se aplica prioritariamente a los consumidores de servicios financieros (TRLGDCU, LCCC y LCDSFDC), en última instancia beneficia a todos los clientes, pero sobre todo a aquellos cuyos conocimientos, experiencia o cualificación les impidan comprender satisfactoriamente una operación (personas físicas y determinadas PYMES), sin que por lo general favorezca a los clientes que no se encuentren en aquella situación (“grandes clientes”)<sup>265</sup>. Por esto es que tanto el legislador (Orden EHA/2899/2011 y normativa

---

<sup>258</sup> GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, p. 15.

<sup>259</sup> Una exposición de estos criterios en DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 119-129 y 207-240; GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, pp. 12-18; LLOBET I AGUADO, J., *El deber*, pp. 38-40; y VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, pp. 123s.

<sup>260</sup> Cfr. GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, pp. 15-18; y LLOBET I AGUADO, J., *El deber*, p. 41. V. también VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, p. 139.

<sup>261</sup> ALBIEZ DOHRMANN, K., *La protección*, p. 119 (nota 167).

<sup>262</sup> PARDO LÓPEZ, M<sup>a</sup>. M., “Comentario”, p. 66.

<sup>263</sup> Cfr. ANDREU MARTÍ, M<sup>a</sup>. del M., *La protección*, p. 112; GALÁN CORONA, E., “Las Órdenes”, pp. 889s. Incluso se ha dicho que las normas sobre transparencia bancaria producen un mayor efecto protector que las del Derecho del consumo. GIMÉNEZ VILLANUEVA, T., “Normas”, p. 657s.

<sup>264</sup> PETIT LAVALL, M<sup>a</sup>. V., *La protección*, p. 163.

<sup>265</sup> Un estudio del principio de protección de la clientela bancaria en ANDREU MARTÍ, M<sup>a</sup>. del M., *La protección, passim.*, apuntando, en la p. 25, que el principio de protección de los legítimos intereses del consumidor bancario “debe respetar el modelo constitucional de economía social de mercado cuyos ejes son la libertad de empresa, el reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica y la unidad del mercado”. En los servicios de inversión la protección del cliente se traduce en la de los

sobre servicios de inversión) como los tribunales suelen imponer la obligación de informar a las EC respecto de los clientes que se encuentran afectados por asimetría informativa en los señalados términos<sup>266</sup>. No obstante, debe consignarse que, en ocasiones, el regulador ha protegido a clientes que no necesariamente se encuentran en las aludidas condiciones, como ocurre con los adherentes a condiciones generales de la contratación (LCGC) y con los clientes profesionales en la normativa sobre servicios de inversión. Según veremos *infra* § 188, estos últimos también resultan favorecidos con la obligación precontractual de informar que recae sobre las ESI, aun cuando se encuentran menos protegidos en este sentido que los clientes minoristas.

Según avanzara, el principio de protección del cliente de las EC justifica la existencia de la obligación general de informar de dichas empresas a los clientes beneficiados por deberes típicos cuando la información en disputa no ha sido expresamente mencionada por la correspondiente norma y a los no favorecidos por aquellos cuyos conocimientos, experiencia o cualificación les impiden comprender correctamente una operación. La consideración de dicho principio desemboca en la imposición a las EC de una obligación como aquella, en atención a que la tutela de los referidos clientes solo puede conseguirse mediante la transmisión de todas las informaciones indispensables en orden a una adecuada manifestación de su voluntad.

## ii. Libertad contractual<sup>267</sup>

**[48] Autoinformación y asimetría informativa.** Según hemos visto, el principio rector en materia de información precontractual es el de autorresponsabilidad o autoinformación, que surge del de libertad contractual. No obstante, no puede desconocerse que la libertad de contratar termina transformándose, en bastantes ocasiones, en excepcional. En efecto, en buena parte de los contratos más trascendentes para el común de las personas se presentan asimetrías informativas que pueden socavar la libertad de contratación<sup>268</sup>.

---

intereses del inversor (el considerando 31 Directiva 2004/39 apunta que uno de sus propósitos es este). V. FERRANDO VILLALBA, L., KUSTER BOLUDA, I. y VILA LÓPEZ, N., *La protección*, p. 112; CUENCA GARCÍA, Á., “La protección”, pp. 843-878; PINILLOS LORENZANA, Á., “La protección”, p. 87; ROSSI, M<sup>a</sup>. G., *Correttezza*, pp. 44-49 (respecto del Derecho italiano y el comunitario); y TAPIA HERMIDA, A., *Derecho del mercado*, pp. 19s. y 21 (entendiéndolo derivado del principio de protección del consumidor del art. 51 CE).

<sup>266</sup> La SAP Pontevedra (1) 14-4-11 (FD 7) señala que “(e)s por ello que las entidades (de crédito), que son las que diseñan los productos y las que los ofrecen a su clientela, deben realizar un esfuerzo adicional, tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera de su cliente, a fin de que éste comprenda, con ejemplos sencillos, el alcance de su decisión, y estime si ésta es adecuada, o si le va a poner en una situación de riesgo no deseada”. En igual sentido se pronuncia la sentencia de la misma Audiencia y Sección de 7-4-10 (FD 7).

<sup>267</sup> Este principio es el más relevante en materia de formación del consentimiento. Se recepciona por una gran cantidad de normas estatales (*v. gr.*, arts. 1254 y 1255 CC) y comparadas, así como por los proyectos de Derecho contractual europeo (*v. gr.*, art. II.-1:102 DCFR y 1:102 PECL). Asimismo, se encuentra presente en la generalidad de los ordenamientos comparados en términos directos o indirectos. V. ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE y SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE, *Projet*, pp. 25-41; SCHULZE, R., “Deberes”, pp. 31s.; y SIMÓN MORENO, H., “II.-1:102 y II.-1:103”, p. 85.

<sup>268</sup> En todo caso, aun cuando se predique dentro de ciertos ámbitos que la protección de los propios intereses (autoinformación) cede ante su salvaguarda por el otro contratante (obligación precontractual de informar), igualmente se postula que la carga de autoinformarse nunca desaparece del todo. Así, siempre subsistiría una parcela en relación con la cual el acreedor de la información debería procurarse cierta parte de ella, ya que, de no ser así, se lo estaría tratando como si fuese incapaz. Cfr. DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 133-135; DE SÁ, A., *Direito*, p. 70; y, en general, respecto de la excesiva

**[49] La garantía de la libertad contractual como fundamento de la obligación precontractual de informar de las EC.** En la contratación en masa, la posibilidad de que la parte débil de la relación manifieste una voluntad realmente libre, consciente o con conocimiento de causa, subsanándose así la asimetría que le afecta, supone que sea informada por su contraparte de las circunstancias indispensables a tal objeto. Si la libertad de contratación implica que toda persona tiene derecho a determinar si contrata o no y, decidiendo lo primero, con quién y bajo qué condiciones, solo podrá hacerlo de forma consciente y racional si cuenta con la información que le permita elegir correctamente<sup>269</sup>. Así, en los casos de imposición de un contenido contractual por un profesional o un empresario no basta con una protección meramente formal de la autonomía de la voluntad, debiendo instrumentarse una de carácter sustantivo<sup>270</sup>.

De esta suerte, cuando el ordenamiento jurídico impone la obligación precontractual de informar a determinado contratante lo hace en la convicción de que es la mejor forma de mantener en pie el principio de libertad contractual. Y es la mejor forma porque si se la compara con otras (*v. gr.*, prohibición de ciertas estipulaciones), resulta menos invasiva de la autonomía de los individuos y más susceptible de implementarse en una economía de mercado<sup>271</sup>.

Por lo que atañe en particular a la contratación con EC, el principio de libertad contractual resulta especialmente relevante en materia de información precontractual<sup>272</sup>. El ordenamiento jurídico, plenamente consciente de las acusadas asimetrías informativas que tienen lugar en amplios sectores de este campo, ha decidido hacer recaer el peso de informar sobre tales empresas, en detrimento del principio de

---

protección de los consumidores en cuanto esta puede conducir a considerarlos como “incapaces”, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Trascendencia”, pp. 52s.

<sup>269</sup> Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones*, pp. 192s. (respecto de los requisitos de incorporación de las condiciones generales); BLASCO GASCÓ, F. de P., “El Contrato”, p. 27; CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario” (a los arts. 60 y 61), p. 484; DíEZ BALLESTEROS, J., “Obligaciones”, p. 67; GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1474 y “Comentario” (al art. 60), p. 768; GHESTIN, J., “The Pre-contractual Obligation”, p. 151; GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, pp. 14 y 18; DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 131s.; DE SÁ, A., *Direito*, pp. 74s.; LLOBET I AGUADO, J., *El deber*, p. 41; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Trascendencia”, p. 66 (señalando que el derecho de los consumidores a la información es un mecanismo de refuerzo cuantitativo de la voluntad real, que la aproxima a la jurídica); MARTÍNEZ GALLEGO, E., “El deber”, p. 363; MAYORGA TOLEDANO, M<sup>a</sup>. C., “Los derechos”, p. 13; MIRANDA SERRANO, L. y PANIAGUA ZURERA, M., “La protección de los consumidores y usuarios”, p. 92; MORENO-LUQUE CASARIEGO, C., “La protección”, pp. 196s.; NASARRE AZNAR, S., “II-3:101-II-3:103”, p. 185; PAÑOS PÉREZ, A., *Derechos*, p. 56; REYES LÓPEZ, M<sup>a</sup>. J., *Manual*, p. 161; ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., “La información”, p. 179; SÁNCHEZ GÓMEZ, A., “Comentario” (al art. 97), pp. 1241s.; SIMÓN MORENO, H., “II-1:102 y II-1:103”, p. 85; TAPIA HERMIDA, A., “La Ley 22/2007”, p. 284; y WEATHERILL, S., “Justifying Limits”, p. 280.

<sup>270</sup> Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Trascendencia”, p. 53; y SIMÓN MORENO, H., “II-1:102 y II-1:103”, p. 85.

<sup>271</sup> BAR-GILL, O., “Informing”, pp. 3 y 63. Generalmente –se dice– la negociación privada soluciona de mejor manera los problemas de asimetría informativa que la intervención estatal (COOTER, R. y ULEN, T., *Derecho*, p. 348). Y que, mientras la confianza implica ahorro en costes de información, el control supone gasto de los mismos (SHÄFER, H-B y OTT, C., *Manual*, p. 306).

<sup>272</sup> V. CABALLERO NÚÑEZ, G., “Las obligaciones”, p. 111; FERRANDO VILLALBA, L., KUSTER BOLUDA, I. y VILA LÓPEZ, N., *La protección*, p. 100; FLORES DOÑA, M<sup>a</sup>. de la S., “Naturaleza”, pp. 14s.; GARRIDO, J. M., “Las permutas”, p. 455; MARIMÓN DURÁ, R., “La retribución”, p. 295 (en referencia a las normas de transparencia bancaria); MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., *Condiciones*, p. 149 (relacionándolo con la seguridad jurídica y económica); y MORALEJO, I., “Las nomas”, p. 364.

autoinformación de los clientes, a fin de impedir que estos sean inducidos a error acerca de las características, costes y beneficios de las respectivas operaciones<sup>273</sup>.

Según anticipara, el principio de libertad contractual fundamenta la existencia de la obligación general de informar de las EC a los clientes favorecidos por deberes típicos cuando la información controvertida no ha sido exigida explícitamente por la correspondiente normativa y a los no beneficiados por aquellos cuyos conocimientos, experiencia o cualificación les impiden comprender cabalmente una operación. Para que dichos clientes puedan manifestar una voluntad consciente, neutralizándose así la asimetría informativa en que se hallan, las EC deben informarles de todo cuanto resulte relevante con miras a la consecución de dicha finalidad. Sobre todo considerando que los niveles de complejidad, sofisticación y riesgo presentes en determinados productos y servicios financieros son notables, lo cual repercute en que dicha asimetría deba calificarse como elevada. Esta constatación también fundamenta la existencia de la obligación general de informar de las EC en aras de proteger la libertad contractual de los referidos clientes.

### iii. Buena fe<sup>274</sup>

#### 1. Preliminar

**[50] Noción de buena fe.** Sin duda, el principio más relevante dentro de los que fundamentan la obligación precontractual de informar de las EC es el de buena fe. La

---

<sup>273</sup> Cfr. GUIADO MORENO, Á., “Contratación a distancia”, p. 307; FERRANDO VILLALBA, L., KUSTER BOLUDA, I. y VILA LÓPEZ, N., *La protección*, p. 108; y NOVAL LAMAS, J., “El derecho”, p. 220 (citando los considerandos 3 y 5 Directiva 2002/65). La SAP Palencia (1) 30-6-11 (FD 5) es contundente en este orden de ideas, al señalar lo siguiente: “(c)ierto es que la entidad demandada es una entidad bancaria, que persigue un fin empresarial y no una entidad benéfica o pública que persiga otro tipo de fines, y cierto también que la parte que contrató con ella debe de tener la mínima precaución de leer detenidamente el clausulado del negocio jurídico que suscriba, pero que ello sea así no significa que cuando se han quebrantado principios establecidos legalmente, y cuando además la forma de redacción del contrato y su comprensión se hace difícil por la necesidad de tener conocimientos técnicos específicos, es, en este caso la entidad bancaria, quien tiene la obligación de asumir mayores obligaciones en relación a la explicación a la contraparte de las consecuencias de lo que contrata, de forma que esta tenga una idea clara y concreta de las mismas, en tanto y porque afectan a las pretensiones de la contraparte, se constituyen además en causa del contrato”. En la SAP Zaragoza (5) 4-3-11 (FD 4) se lee lo siguiente: “(e)sta igualdad esencial que respecto de las partes debe presidir la formación del contrato, ha de desplegar su eficacia en las diferentes fases del contrato. En la fase precontractual, debe procurarse al contratante por la propia entidad (de crédito), una información lo suficientemente clara y precisa para que aquel entienda el producto o servicio que pudiera llegar a contratar y si se encuentra dentro de sus necesidades, y de las ventajas que espera obtener reclamando un servicio o aceptando un producto que se le ofrece”. Por su parte, el BdeE, *Memoria del Servicio de Reclamaciones, 2010*, p. 59, señala que “(l)a información precontractual es esencial para que el cliente pueda seleccionar la entidad con la que se unirá financieramente durante el tiempo que dure el contrato, ya que, frente al derecho de la entidad a autorizar, o no, las operaciones solicitadas por sus clientes (y en las condiciones que considere oportunas), el cliente tiene derecho a comparar las ofertas que le presentan las entidades que operan en el mercado, de modo que esta elección mutua vaya precedida de un período de reflexión y de aceptación para ambas partes”.

<sup>274</sup> En cuanto a su consagración legal en el Derecho español v. GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., (Comentario al “Artículo 7”, pp. 68-70. Debe tenerse en cuenta que la buena fe se encuentra recepcionada, con mayor o menor intensidad, en la generalidad de los ordenamientos europeos. A modo de ejemplo, en los CC alemán (parágrafo 242), francés (art. 1134), italiano (art. 1337), griego (art. 288) y portugués (art. 227). V. ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE y SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE, *Projet*, pp. 137-150; MARTÍNEZ SANZ, F., “Buena fe”, pp. 482s.; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., “El deber”, p. 166; QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Buena fe”, pp. 341-404; y WHITTAKER, S. y ZIMMERMANN, R., “Good Faith”.

buena fe es la rectitud y honradez en los tratos, implicando un criterio o modo de actuar al cual los individuos deben sujetarse en las relaciones jurídicas y en la conclusión, interpretación y ejecución de los contratos<sup>275</sup>. En su virtud se entiende que toda persona debe comportarse con la corrección con la que se conduciría un individuo diligente dentro del sector económico de que se trate, erigiéndose en un estándar ético de conducta (buena fe objetiva)<sup>276</sup>.

**[51] La buena fe como fundamento de la obligación precontractual de informar.** Aplicada a la fase precontractual, la buena fe se erige en criterio objetivo de valoración del comportamiento de los futuros contratantes, exigiendo determinados deberes de conducta<sup>277</sup>.

Entre otros deberes de conducta, la buena fe impone a la parte que dispone (o resulta presumible que dispone) de información relevante, la obligación de proporcionarla de manera correcta a la que no dispone de ella (o resulta presumible que no dispone de ella), sobre todo en supuestos de acusados desequilibrios informativos<sup>278</sup>. En este sentido, la buena fe se conecta con un determinado nivel de cuidado, que obliga a no prevalerse del error de la contraparte cuando era conocido o debió serlo empleando la

<sup>275</sup> V. DE SÁ, A., *Responsabilidade*, p. 48; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, p. 61; JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, pp. 138s.; y LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, T. I., p. 142.

<sup>276</sup> V., en general, ATAZ LÓPEZ, J., “La buena fe contractual”, p. 167 (señalando que la buena fe objetiva cumple una triple función: parámetro de evaluación de la conducta contractual, elemento de integración contractual y límite a la libertad contractual); AZNAR GINER, E., *Las negociaciones*, pp. 57s.; CARRASCO PERERA, Á., (Comentario al) “Artículo 7”, p. 65; DE SÁ, A., *Direito*, pp. 65s.; GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., (Comentario al) “Artículo 7”, p. 68; y MARTÍNEZ SANZ, F., “Buena fe”, p. 483; y, en materia de contratación con EC, FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., *La información*, p. 129.

<sup>277</sup> GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, p. 43.

<sup>278</sup> En cuanto a la procedencia de deberes precontractuales, en general, e informativos, en particular, se apoyan en el principio de buena fe ARROYO I AMAYUELAS, E., “Formación”, pp. 336s.; ASÚA GONZÁLEZ, C., *La culpa*, pp. 64, 183 y 253s.; ATAZ LÓPEZ, J., “La buena fe contractual”, p. 168; AZNAR GINER, E., *Las negociaciones*, pp. 57s.; BARROS BOURIE, E., *Tratado*, pp. 1017s.; BASOZABAL ARRUÉ, X., “En torno”, pp. 664s. y 699s.; CALLEJO RODRÍGUEZ, C., “El deber”, pp. 16s.; CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario” (a los arts. 60 y 61), p. 484; CARVALHO MARTINS, A., *Responsabilidade*, pp. 36-39; DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 207ss.; DE SÁ, A., *Direito*, p. 68; DE VERDA Y BEAMONTE, J., “El dolo”, p. 44 y “La reticencia”, pp. 134s.; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, p. 64 y II, p. 312; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema*, pp. 58 y 64; DOMÍNGUEZ-ALCAHUD GARCÍA-ATANCE, V., “El derecho”, p. 400; FERRES MORALES, D., “Estudio”, p. 51; GALGANO, F., *El negocio jurídico*, p. 461; GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, pp. 40-44; GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, pp. 1469s.; GHESTIN, J., “The Pre-contractual Obligation”, p. 161; GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, pp. 12-18; LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, T. I., pp. 155s. y 238; LLOBET I AGUADO, J., *El deber*, pp. 38-40; MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, p. 569; MARTÍNEZ GALLEGU, E., “El deber”, pp. 363s.; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., “El deber”, pp. 160 y 165s.; MIRANDA SERRANO, L. y PANIAGUA ZURERA, M., “La protección de los consumidores y usuarios”, p. 92; MORALES MORENO, A-M., *El error*, pp. 230s.; NASARRE AZNAR, S., “II.-3:101-II.-3:103”, pp. 200s.; PALACIOS GONZÁLEZ, M<sup>a</sup>. D., “El deber”, p. 89; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 28; QUIÑONERO CERVANTES, E., “El dolo”, p. 354; ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., “La información”, p. 180; SANTOS MORÓN, M<sup>a</sup>. J., “Información”, p. 143; y VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, pp. 92ss. La extendida recepción de la buena fe en los ordenamientos del *civil law*, en cuya virtud se da lugar ampliamente a la imposición de la obligación de informar, constituye una importante diferencia con otros ordenamientos, como el inglés (v. CARTWRIGHT, J., *Misrepresentation*, p. 5). En este Derecho no se reconoce con carácter general un deber de actuar de buena fe en la etapa precontractual (WHITTAKER, S. y ZIMMERMANN, R., “Good Faith”, p. 39). Cabe advertir que, en términos más amplios, el estudio de la obligación de informar admite un análisis moral. A este respecto puede consultarse FABRE-MAGNAN, M., *De l’obligation*, pp. 24ss.

diligencia a que aquella conduce<sup>279</sup>. Se arguye también que de la buena fe derivan ciertos deberes de lealtad y cooperación que exigen informar a la contraparte acerca de las circunstancias relevantes<sup>280</sup>. Adicionalmente, cuando concurre una legítima confianza de una parte en la otra la buena fe puede justificar la procedencia de la obligación de informar<sup>281</sup>. En fin, en conformidad a la buena fe, el suministro de información relevante se enmarca dentro de las buenas prácticas contractuales o de los usos de los negocios<sup>282</sup>. Por esto es que se vincula también con la prohibición de la publicidad engañosa<sup>283</sup>.

Aplicada estas ideas a los formularios con condiciones generales de la contratación –que constituyen soportes de información precontractual-, resulta que la buena fe obliga al predisponente a no insertar cláusulas que solo tengan en cuenta sus propios intereses y no los del adherente, alteren el equilibrio convenido entre el precio y la contraprestación o frustren las legítimas expectativas de dicho adherente<sup>284</sup>.

**[52] Normas de los ordenamientos español y comunitario relativas a la buena fe que fundamentan la obligación precontractual de informar.** Si bien en materia de contratos la buena fe se encuentra recogida en el CC en relación con la integración de ellos (art. 1258), suele ser extendida analógicamente a la fase precontractual<sup>285</sup>, lo que permite fundamentar la imposición de la obligación precontractual de informar. Esta imposición también se fundamenta en la buena fe referida por el art. 7.1 CC, que consagra el deber de ejercer los derechos de conformidad con ella. Se trata de un precepto de aplicación amplia, que rige no solo en materia de ejercicio de derechos (según apunta su tenor literal), sino también de cumplimiento de obligaciones, actos y situaciones jurídicas en general<sup>286</sup>. Otro precepto relevante es el art. 1 CC, que entre las fuentes del ordenamiento jurídico menciona los principios generales del Derecho y señala que estos “se aplicarán en defecto de ley o costumbre”, sin perjuicio de su condición de informadores de dicho ordenamiento<sup>287</sup>.

---

<sup>279</sup> BASOZABAL ARRUE, X., “En torno”, p. 696; ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., “La información”, p. 180; y STIGLITZ, R., “La obligación”, p. 45.

<sup>280</sup> V. GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1470; GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, p. 14; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., “El deber”, p. 167; MORALES MORENO, A-M., *El error*, p. 229; y STIGLITZ, R., “La obligación”, p. 45.

<sup>281</sup> GARRIDO, J. M., “Las permutas”, p. 454; y MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., “El deber”, p. 166.

<sup>282</sup> Cfr. BARROS BOURIE, E., *Tratado*, p. 1017; y DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, p. 312.

<sup>283</sup> ARROYO I AMAYUELAS, E., “Estudio”, p. 63 (respecto del Derecho comunitario).

<sup>284</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, pp. 97-99 (teniendo en cuenta el considerando 16 Directiva 93/13).

<sup>285</sup> V. ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad”, p. 916; GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, p. 41; MANZANARES SECADES, A., “La naturaleza”, p. 1009; y RIVERO HERNÁNDEZ, F., “La formación”, p. 399. También la consagra en materia contractual el art. 57 del Código de Comercio.

<sup>286</sup> Se refieren a ambos preceptos del CC en cuanto fundamento del deber de informar o de los deberes precontractuales en general, ASÚA GONZÁLEZ, C., *La culpa*, pp. 253s.; AZNAR GINER, E., *Las negociaciones*, p. 57; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “El ámbito”, p. 750; CALLEJO RODRÍGUEZ, C., “El deber”, p. 17; GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, pp. 40-42; GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1469; y GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, p. 18. Y específicamente al 7.1, DE BARRÓN ARNICHEZ, P., “Cuestiones”, p. 8, aludiendo también al art. 111-7 CCC. En el art. 7 CC la buena fe se enlaza con la idea de abuso del derecho. QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Buena fe”, p. 365

<sup>287</sup> V. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “El ámbito”, p. 750.

Aparte de las anteriores normas, otras relevantes son los arts. 61.2 y 65 TRLGDCU. El primero prescribe la exigibilidad contractual de las declaraciones publicitarias. El segundo establece que los contratos con consumidores se integrarán en beneficio de estos en conformidad a la buena fe objetiva, incluidas las hipótesis de “omisión de información precontractual relevante”<sup>288</sup>.

Conforme a las anteriores ideas, no cabe duda acerca de que la buena fe también es fuente de obligaciones en el ámbito bancario<sup>289</sup>. En este sentido, suele ser esgrimida por los tribunales al imponer a las EC la obligación precontractual de informar. A modo de ejemplo, la SAP Asturias (4) 21-7-11 (FD 2) señala que el carácter sinalagmático de los contratos con EC no implica que no pueda y deba “exigirse a la entidad bancaria un deber de lealtad hacia su cliente conforme a la buena fe contractual (art. 7 Código Civil) (...), singularmente en cuanto a la información precontractual necesaria para que el cliente bancario pueda decidir sobre la perfección del contrato con adecuado y suficiente conocimiento de causa”<sup>290</sup>.

A nivel europeo, la exigencia del principio de la buena fe ha implicado que la transparencia contractual se haya erigido en uno de los pilares básicos de la política de protección e información de los consumidores<sup>291</sup>. Así, se trata de un principio recogido en variados instrumentos comunitarios, principalmente Directivas<sup>292</sup>. A modo de ejemplo, el art. 3.2 Directiva 2002/65 establece que aquel principio debe respetarse en la transmisión de información por las EC. Adicionalmente, el art. 3.1 Directiva 93/13 atribuye el carácter de abusivas a las cláusulas no negociadas individualmente que contrarían la buena fe<sup>293</sup>. En el Capítulo III veremos que esta última Directiva resulta relevante porque la abusividad de una cláusula predispuesta puede derivar de la falta de transparencia o de información.

**[53] La buena fe en los proyectos de Derecho contractual europeo como fundamento de la obligación precontractual de informar.** En fin, debe tenerse en cuenta que los proyectos de Derecho contractual europeo –todos relevantes por lo que atañe a la obligación precontractual de informar- también recogen el principio de buena fe, en general o específicamente para la etapa de formación del consentimiento. Es lo

---

<sup>288</sup> Un comentario de estas normas en GARCÍA VICENTE, J., “Comentario” (al art. 61) y “Comentario” (al art. 65). También resulta relevante la buena fe a la luz del art. 82 TRLGDCU, en cuanto concepto delimitador de la noción de ‘cláusula abusiva’. V. ATAZ LÓPEZ, J., “La buena fe contractual”, pp. 169s. En Cataluña debe tenerse en cuenta el art. 112-2 CCC.

<sup>289</sup> V. a este respecto ESPÍN GUTIÉRREZ, C., “Las fuentes”, pp. 125s.

<sup>290</sup> También pueden consultarse las SAP Alicante (8) 22-3-13 (FD 3); y Asturias (4) 17-5-13 (FD 6) –relativas a un *swap* de tipos de interés-.

<sup>291</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 28.

<sup>292</sup> V. ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE y SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE, *Projet*, pp. 152s.; y RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles*, pp. 61s.

<sup>293</sup> V. MARTÍNEZ SANZ, F., “Buena fe”, pp. 481 y 484-490. Acerca de su aplicación a los contratos con EC v. GARCÍA AMIGO, M., “Las cláusulas abusivas”, pp. 915-917. En fin, el art. 2.h) Directiva 2005/29 (sobre prácticas comerciales desleales) alude a la buena fe como parámetro para calificar la “diligencia profesional”. Cfr. ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE y SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE, *Projet*, pp. 152s.; EBERS, M., “Unfair”, p. 227; y RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles*, pp. 61s.

que acontece con los PECL<sup>294</sup>, el CEC<sup>295</sup>, el PCCR<sup>296</sup>, los Principios Acquis<sup>297</sup> y el DCFR<sup>298</sup>.

<sup>294</sup> Así, sus arts. 1:106 (1) (“*These Principles should be interpreted and developed in accordance with their purposes. In particular, regard should be had to the need to promote good faith and fair dealing, certainty in contractual relationships and uniformity of application*”); 1:201, que indica que las partes deben comportarse de acuerdo con la buena fe y la lealtad, sin que puedan excluir o limitar este deber; 1:202, que señala que la buena fe alumbra un deber de lealtad contractual y de cooperación para que el contrato produzca plena efectividad; 1:302, que la contempla como parámetro de lo razonable en el comportamiento de los contratantes; y 2:301, referido a las negociaciones opuestas a la buena fe. V. COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, LANDO, O. y BEALE, H. (Edits.), *Principles*, pp. 4, 6, 8 y 28. El Comentario A del art. 1:201 PECL señala: “*This Article sets forth a base principle running through the Principles. Good faith and fair dealing are required in the formation, performance and enforcement of the parties duties under a contract, and equally in the exercise of party’s right under the contract*” (*Ib.*, p. 113). V. ATAZ LÓPEZ, J., “La buena fe contractual”, pp. 167 y 170s. (que señala que en los PECL la buena fe se erige como el único límite a la libertad contractual, en reemplazo de la moral y el orden público); DE BARRÓN ARNICHES, P., “Cuestiones”, p. 8; DÍEZ-PICAZO, L., MORALES MORENO, A-M. y ROCA TRIAS, E., *Los principios*, pp. 155-158; GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P. y OTERO CRESPO, M., “La responsabilidad”, pp. 5-7; MARTÍNEZ SANZ, F., “Buena fe”, p. 482; QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Buena fe”, pp. 386-389; y WHITTAKER, S. y ZIMMERMANN, R., “Good Faith”, pp. 13s.

<sup>295</sup> A tenor de sus comentarios, las exigencias de la buena fe se pretendieron plasmar en el art. 7.1, referido a los deberes de información. Adicionalmente, el art. 6 se refiere a la buena fe en los tratos preliminares. V. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., “El deber”, p. 166. Finalmente, el art. 39.4 señala que la interpretación del contrato no debe llevar a un resultado contrario a la buena fe. Respecto de la buena fe en el CEC v. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L., *Estudios*, pp. 267-283.

<sup>296</sup> Recoge la buena fe en su art. 0:301 (“*Devoir général de bonne foi*”). V. ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE y SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE, *Projet*, pp. 133ss.

<sup>297</sup> Su art. 2:101 señala que en los tratos previos las partes deben comportarse conforme a la buena fe. V. RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles*, p. 61.

<sup>298</sup> Aun cuando entre sus “principios subyacentes” no la contempla como orientación general, en su introducción sí la menciona. V. VON BAR, C., CLIVE, E., SCHULTE-NÖLKE, H. *et al.* (Edits.), *Principles*, pp. 13s. Las razones para no recogerla son que no todos los ordenamientos europeos la contienen, sin perjuicio de las particulares reglas que puedan trasuntarla (pp. 12s.). Y, asimismo, la incertidumbre e inseguridad a que conduce, por ser un concepto abierto que va más allá de las previsiones del principio de seguridad contractual, que es uno de los fundamentales en el DCFR (p. 76). Por este motivo su abordaje se asume a propósito del tratamiento del principio de justicia, en las pp. 85 y 87 (punto 42: “*Not allowing people to rely on their own unlawful, dishonest or unreasonable conduct*”). En todo caso, en su art. I-1:103 señala que la expresión “buena fe y lealtad” (mencionada en el art. anterior a propósito de la interpretación y desarrollo del contrato) se refiere a un estándar de conducta caracterizado por la honestidad, la franqueza y la consideración de los intereses de la otra parte. Además, el DCFR contiene disposiciones concretas que recogen la idea de buena fe, por ejemplo, los arts. I-1:102 (3), que indica que en la interpretación y desarrollo de sus preceptos se deberá poner atención a la necesidad de promover la buena fe y la lealtad; II-3:301, referido a las negociaciones contrarias a la buena fe y la lealtad; II-7:201(1) (b) ii, respecto del error; y II-7:205 (1), respecto del dolo. El DCFR disciplina los deberes precontractuales de información en la Sección I del Capítulo 3 del Libro 2, destacando su art. II-3:101 (1). Esta norma, aun cuando no habla de “buena fe”, sino de “expectativas razonables”, no cabe duda que la tiene en cuenta al valerse de esta última expresión (NASARRE AZNAR, S., “II-3:101-II-3:103”, p. 191, entiende que, a tenor del precepto, la no revelación de la información razonablemente esperable constituye una actuación de mala fe). Ello, más aun considerando que su fuente de inspiración es el art. 2:201 de los “Principios Acquis”, cuya redacción es casi idéntica a la del citado precepto del DCFR. Dichos Principios también aluden a las “expectativas razonables”. En el Comentario 3 (15) al art. 2:101 de los “Principios Acquis” (“*In pre-contractual dealings, parties must act in accordance with good faith*”) se vincula la actuación de buena fe con la idea de “expectativas razonables”. Así, al ser dichos Principios la fuente de inspiración del DCFR, en esta dicha idea también debe vincularse con la buena fe. En los comentarios de los “Principios Acquis” se señala: “*The duty to act in good faith encompasses the duty of a business to act with the special skill and care that may reasonably be expected to be used with regard, in particular, to the legitimate expectations of consumers (cf. Art. 2:102 ACQP)*”. RESEARCH



## 2. Su concreción

**[54] Ponderación de intereses.** Como la consagración normativa de la buena fe no suele ir acompañada de pautas expresas de integración, son los tribunales los que deben concretarla en cada supuesto mediante una ponderación de intereses<sup>299</sup>. Así, deben determinar si en el caso específico enjuiciado dicho principio obligaba a la EC a informar y, en su caso, cuáles eran las informaciones que debía proporcionar al cliente, lo cual tendrá importancia sobre todo en orden a la determinación de si, en su caso, el error alegado por el cliente resulta excusable o no<sup>300</sup>.

Existen diversos parámetros que sirven para determinar si en un supuesto concreto la omisión de la revelación de información o su incorrecta transmisión por una EC constituyen un quebrantamiento de la buena fe. Se trata de parámetros cuya aplicación involucra una concienzuda ponderación de intereses, en aras no solo de lograr la concreción de la buena fe, sino también de evitar vulneraciones de la seguridad jurídica (v. gr., desvinculación de un contrato por vicio del consentimiento ante una supuesta infracción del deber de informar)<sup>301</sup>. Por esto es que –se dice– resulta necesaria la existencia de una ética profesional funcional que refleje la seguridad media ofrecida por determinado sector empresarial (banca, seguros, etc.), en orden a disminuir la inseguridad de los clientes acerca de la calidad de los productos o servicios<sup>302</sup>.

**[55] Obligaciones típicas y atípicas.** En materia de obligaciones o deberes de informar típicos, el legislador ha solucionado el problema relativo a cuáles son las informaciones que deben ser proporcionadas por las EC, zanjando *ex ante* la polémica a propósito de cuáles son las conductas conformes o contrarias a la buena fe<sup>303</sup>.

El terreno en que las concreciones de la buena fe aparecen como particularmente relevantes es el de los deberes atípicos. En este, los tribunales deben señalar si, en virtud de dicho principio, una parte estaba obligada a informar a la otra. También deben hacerlo en los casos regulados por el Derecho positivo cuando la información conflictiva no ha sido mencionada expresamente. En caso de resolver que la

---

GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles*, p. 66. Respecto del tratamiento de la buena fe en el DCFR v. QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Buena fe”, pp. 390s.

<sup>299</sup> Cfr. ATAZ LÓPEZ, J., “La buena fe contractual”, p. 169; CARRASCO PERERA, Á., (Comentario al) “Artículo 7”, p. 64; DE SÁ, A., *Responsabilidad*, p. 48 y *Direito*, p. 66; GALGANO, F., *El negocio jurídico*, pp. 454s.; GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., (Comentario al) “Artículo 7”, pp. 68s. y (Comentario al) “Artículo 1258”, pp. 1374s.; y LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, T. I., pp. 142-144.

<sup>300</sup> Las siguientes palabras de GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, pp. 44s., ilustran este dilema: “(a) sí como existe un consenso prácticamente generalizado cuando se trata de considerar que uno de los deberes típicos impuesto a cada uno de los tratantes en la fase preformativa del contrato es dar informaciones correctas a la otra acerca de las circunstancias importantes que afectan al futuro negocio, es también unánime la apreciación acerca de la dificultad de determinar la extensión y límites del mencionado deber. Se dice que la regla general en esta materia ha de ser que cada uno se ocupe de sus propios intereses y, en consecuencia, que se procure las informaciones precisas acerca del negocio que, hipotéticamente, va a celebrarse. No obstante, se considera que en determinadas circunstancias las reglas de la buena fe exigen que una de las partes procure a la otra determinadas informaciones”. V. también DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, p. 268.

<sup>301</sup> DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 257s.

<sup>302</sup> V. SHÄFER, H-B y OTT, C., *Manual*, p. 318.

<sup>303</sup> V., en general, GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, p. 45.

correspondiente transmisión de información no procederá estarán fijando límites a la obligación precontractual de informar<sup>304</sup>.

**[56] Criterios de concreción.** Entre los criterios para llenar el principio de buena fe en orden a determinar la procedencia de la obligación precontractual de informar, se deben tener en cuenta, en general, la condición y comportamiento de las partes, el tipo de contrato y la existencia de normativa legal que, en su caso, imponga el deber de asistir a la contraparte.

Así, podrá concurrir la obligación de informar en atención a las circunstancias del *errans*, destacadamente cuando se halla en una imposibilidad objetiva o subjetiva de procurarse la información o cuando ha depositado una confianza legítima en su contraparte. Por ejemplo, cuando un consumidor requiere informaciones que no pueden negársele sin deslealtad por un experto. También podrá concurrir dicha obligación en atención a las circunstancias del contratante obligado (*v. gr.*, su carácter profesional o empresarial), debiéndose tener en cuenta cuáles son los conocimientos que, conforme a su situación y condición, puede fácilmente recabar. En particular, cuando de una anterior conducta o de la aceptación negocial emana el deber de asistir a su contraparte. Asimismo, podrá concurrir la obligación de informar respecto de los contratos que imponen el deber de velar por los intereses de la contraparte, como es el caso de aquellos que implican relaciones de confianza y asesoramiento o suponen relaciones de carácter complejo<sup>305</sup>. Por último, se debe prestar atención a determinadas circunstancias económicas, como la onerosidad de la información y la obtención de una contraprestación por proporcionarla (*v. infra* I.6.d.ii.2)<sup>306</sup>.

De modo más específico, los datos a ponderar en orden a la concreción de la buena fe en este ámbito pueden sistematizarse de la siguiente manera<sup>307</sup>.

En primer lugar, nos encontramos con datos relativos a las circunstancias del sujeto que ha de ser informado, en relación con los cuales deben considerarse varios factores. Primero, si se han formulado preguntas, el requerido debe responder con la verdad o con

---

<sup>304</sup> V., respecto de las concreciones de la buena fe y los límites a la procedencia de la obligación de informar que dichas concreciones pueden arrojar, DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 241ss.; y GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, pp. 45s.

<sup>305</sup> Cfr. ASÚA GONZÁLEZ, C., *La culpa*, p. 64; BARROS BOURIE, E., *Tratado*, pp. 1021-1023; BASOZABAL ARRUÉ, X., “En torno”, pp. 683, 686s. y 699s. (en las pp. 648s. se refiere -aun cuando en esta parte de su trabajo no alude a la buena fe- a la distribución de riesgos asumida por el contrato y a la condición de las partes -profesional o consumidor-, agregando el “comportamiento durante los tratos preliminares” y “el interés afectado por la información omitida”); DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, pp. 312s.; GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, pp. 45s.; GARRIDO, J. M., “Las permutas”, pp. 454s.; MORALES MORENO, A-M., *El error*, p. 230; SANTOS MORÓN, M<sup>a</sup>. J., “Información”, p. 143; VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, pp. 123s. En las relaciones fiduciarias el deber de revelación de información también es mayor (POSNER, R., *Análisis*, pp. 111s.). Acerca de la formación de supuestos en orden al análisis de la concurrencia de la relación de confianza *v.* SHÄFER, H-B y OTT, C., *Manual*, pp. 336s. En cuanto a las relaciones de carácter complejo, cabe apuntar que en la normativa sobre servicios de inversión resulta relevante distinguir, en orden a la determinación de las obligaciones informativas de las ESI, entre instrumentos complejos (*v. gr.*, derivados financieros) y no complejos. *V.* la nota 847.

<sup>306</sup> Cfr. BARROS BOURIE, E., *Tratado*, p. 1018; DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 262s. (recurriendo al art. 4:107 PECL, que, en orden a llenar de contenido la buena fe, respecto del dolo por omisión menciona el criterio económico “coste de adquirir información relevante”); DE VERDA Y BEAMONTE, J., “El dolo”, pp. 45ss.; y GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, pp. 18s.

<sup>307</sup> Sigo a GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, pp. 86-97.

lo que él, de buena fe, cree que lo es, sobre todo ante sujetos especialmente necesitados de protección. Segundo, si el cliente no tiene la posibilidad de autoinformarse o concurre gran dificultad para que lo haga, su contraparte le debe proporcionar las informaciones relevantes de que tenga o deba tener conocimiento en caso de que la ignorancia de aquel le resulte conocida o reconocible<sup>308</sup>. Tercero, también la concurrencia de una confianza legítima generada por una parte o por factores objetivos de la realidad puede repercutir en la imposición de la obligación de informar. Dicha confianza puede derivar del tipo de relación –v. gr., con una EC–, de la naturaleza del contrato o de las informaciones transmitidas por una parte a la otra.

En segundo lugar, sobresalen los datos relacionados con el individuo que debe informar. Entre estos destacan su profesionalidad –sobre todo si su contraparte es un lego– y, nuevamente, la confianza eventualmente existente.

Por último, resultan importantes los datos vinculados con el contrato a concluir. A este respecto adquieren importancia su “complejidad, novedad y riesgo” (sobre todo en relaciones entre profesionales y legos)<sup>309</sup> y la existencia de intereses divergentes o propósitos comunes a ambos contratantes.

**[57] La buena fe como fundamento de la obligación precontractual de informar de las EC.** En la contratación con EC la buena fe también fundamenta la obligación precontractual de informar que recae sobre ellas<sup>310</sup>. Es más, según avanzara, las concreciones de la buena fe inclinan la balanza hacia la imposición a las EC de la obligación general de informar a los clientes favorecidos por deberes típicos cuando la información controvertida no ha sido explicitada por la correspondiente norma y a los no favorecidos por aquellos deberes cuyos conocimientos, experiencia o cualificación les impiden comprender satisfactoriamente una operación (v. gr., determinadas PYMES). Así, resulta conforme a la buena fe que las EC pongan en manos de aquellos clientes todas las informaciones referidas a las presuposiciones contractuales<sup>311</sup>. La

---

<sup>308</sup> La imposibilidad o gran dificultad de autoinformarse puede deberse a causas objetivas, como la complejidad de un bien o especialización de un servicio o la mayor cercanía de una de las partes con la información. Asimismo, a causas subjetivas, como las características personales de un contratante. Este es el caso de las personas con nula experiencia negocial, incautas o con escasa formación (subconsumidores). Estas circunstancias llevan a exigirles un nivel de diligencia menor que el mediano. GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, pp. 89-91.

<sup>309</sup> La complejidad puede relacionarse con el bien o servicio, así como con las reglas jurídicas del contrato. Respecto de estas últimas, habrá más deberes de información cuanto más alejadas estén del Derecho dispositivo y más imprevisibles o desventajosas sean. Por su parte, entre los ámbitos que involucran “importantes riesgos patrimoniales” o que pueden “afectar al nivel de vida de una persona durante muchos años”, destaca la realización de inversiones y la obtención de crédito. Así, procede el deber de informar “cuando se trata de casos en los que no se aprecia a primera vista la extensión de prestación y contraprestación (compras a plazo, obtención de préstamos...), o en que la parte que asumiría los riesgos de celebrar el contrato no está en condiciones de comprender o de valorar debidamente su trascendencia por sí sola, o se halla en una situación especialmente delicada como para asumir los riesgos de que se trate”. GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, pp. 94 y 95, respectivamente (con referencia, en esta última y en la s., a jurisprudencia alemana sobre crédito bancario y al consumo).

<sup>310</sup> Acerca de la buena fe como justificación de la obligación de informar de las EC v. ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., *La disciplina*, p. 50 (apuntando, en relación con los servicios de inversión, que aquella se traduce en la fijación de reglas informativas que impidan el error del cliente acerca de las características, costes o beneficios de las operaciones); y FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., *La información*, pp. 126-133.

<sup>311</sup> A favor de la existencia de la obligación o deber general de informar de las EC sobre la base del principio de la buena fe se pronuncia FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., *La información*, pp. 29 y 125-127 (si bien en las pp. 131-133 introduce ciertos matices a esta idea), deber dentro del cual inserta

razón de esta conclusión es que en la contratación con EC frecuentemente concurren respecto de dichos clientes las circunstancias que permiten concretar el aludido principio, haciendo exigibles tales informaciones<sup>312</sup>.

En efecto, las EC son profesionales del mercado financiero<sup>313</sup>. En una abundante cantidad de supuestos contratan con no profesionales en dicho sector<sup>314</sup>. Además, una parte significativa de las relaciones que entablan son complejas, generando dificultades de comprensión para los mencionados clientes (asimetría informativa). Por multitud de razones, incluidas las anteriores, han despertado tradicionalmente, con su presencia y actuación, un alto grado de confianza en quienes demandan sus servicios<sup>315</sup>, por ejemplo, cuando prestan asesoramiento al cliente. Es más, se ha defendido incluso que la ligazón entre una EC y el cliente se explica necesariamente como una relación de confianza<sup>316</sup>. Así, cuando las EC trasladan a sus clientes determinada información, estos pueden confiar, atendida la profesionalidad de aquellas empresas, en la fiabilidad de los datos proporcionados<sup>317</sup>. En este sentido, debe tenerse en cuenta que cuanto más elevada es la asimetría informativa en determinado sector, más necesaria resulta la protección de la confianza por el ordenamiento jurídico<sup>318</sup>. Esta idea se ve reforzada en aquellos supuestos cualificados en que a las EC se impone el deber de velar por los intereses de sus clientes (v. gr., en los servicios de inversión)<sup>319</sup>. En fin, las operaciones que celebran

---

también el deber de asesoramiento y de advertencia (pp. 132s.). En pro de la existencia de un deber de información de dicha especie, sobre la base del mismo principio, se manifiestan, en general, AZNAR GINER, E., *Las negociaciones*, p. 61; y GALGANO, F., *El negocio jurídico*, p. 461. Este último señala lo siguiente: “(e)n estos casos la buena fe asume, sobre todo, el carácter de un deber de información de una parte respecto de la otra: cada una de ellas tiene el deber de informar las circunstancias que sean desconocidas para la otra y que puedan resultar determinantes para la prestación de su consentimiento (aquellas por las que la otra parte, si las hubiese sabido, no habría contratado o habría contratado bajo condiciones diversas)”. En contra, BARROS BOURIE, E., *Tratado*, p. 1016; DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 241ss.; DE VERDA Y BEAMONTE, J., “El dolo”, p. 45; y MORALES MORENO, A-M., *El error*, pp. 229s.

<sup>312</sup> Una síntesis de estas circunstancias (condición de no profesional en materia financiera del cliente, relación de confianza y complejidad del contrato), se encuentra en la SAP Valladolid (3) 7-6-11 (FD 3). En esta se lee lo siguiente: “(n)o obsta a lo precedentemente expuesto (falta de información invalidante del consentimiento) que el actor sea médico de profesión, es decir que posea una titulación universitaria, ni tampoco el que hubiere constituido una sociedad para explotar una clínica o pedido un crédito hipotecario para financiarla con otra entidad concertando algún tipo de cobertura no concretada ni de la que se tenga constancia en autos. Ni es persona con preparación técnica o teórica en el campo financiero ni consta gozase de una experiencia inversora o en operaciones especulativas que le permitiera disponer de conocimientos o información suficientes sobre el producto que nos ocupa previamente a concertarlo o al menos percatarse con la suficiente precisión del contenido del contrato, y menos aún de los riesgos que para el mismo podía comportar dado que se le ofreció la operación apresuradamente como una gran oportunidad, por persona que gozaba de su confianza y suministrándole una información incompleta cuando no sesgada en base a minimizar los posibles riesgos caso de una futura evolución a la baja de los tipos de interés que por aquel entonces presentaban una tendencia alcista”.

<sup>313</sup> FERNÁNDEZ-COSTALES MÚÑIZ, J., “Aspectos”, pp. 3232 (siguiendo a Tapia Hermida) y 3241; y SÁNCHEZ MIGUEL, M<sup>a</sup>. C., “La responsabilidad”, p. 2434.

<sup>314</sup> FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., *La información*, p. 131.

<sup>315</sup> V. BARROS BOURIE, E., *Tratado*, p. 1021; DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, p. 312; FERNÁNDEZ-COSTALES MÚÑIZ, J., “Aspectos”, p. 3241; y FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., *La información*, pp. 126s.

<sup>316</sup> V. DE SÁ, A., *Direito*, pp. 19s. De acuerdo a su concepción, esta es una relación de confianza no fundada en la ley, sino en un contrato bancario global, que existe en la generalidad de las relaciones entre EC y clientes.

<sup>317</sup> SÁNCHEZ MIGUEL, M<sup>a</sup>. C., “La responsabilidad”, p. 2443.

<sup>318</sup> SHÁFER, H-B y OTT, C., *Manual*, p. 318.

<sup>319</sup> Incluso se sostiene que en toda relación EC/cliente existe la obligación de velar por los intereses de los clientes en los asuntos bancario-financieros, atendida la profesionalidad y particular competencia de

las EC con sus clientes llevan aparejados, en bastantes casos, importantes riesgos patrimoniales para aquellos (v. gr., servicios de inversión y obtención de crédito)<sup>320</sup>.

Considerando que el estudio acabado de las concreciones de la buena fe en materia de contratación entre EC y clientes requiere del examen de las consecuencias de la infracción de la obligación precontractual de informar, volveré sobre la cuestión *infra* § 257<sup>321</sup>.

#### d. Criterios económicos<sup>322</sup>

##### i. Referidos al funcionamiento del mercado

**[58] Adecuado funcionamiento del mercado.** La imposición a las EC de la obligación de informar aspira a un adecuado funcionamiento del mercado. En algunos casos este objetivo se busca de manera indirecta, como en el de las normas que regulan la contratación (destacadamente, las de consumo). Estas, si bien aspiran en lo inmediato a la tutela de principios asociados a su campo de acción (v. gr., la protección de la parte débil), también buscan alcanzar un sano funcionamiento de la economía por la vía de lograr altos niveles de competencia y transparencia en el mercado<sup>323</sup>. Un ejemplo

---

aquellas empresas. DE SÁ, A., *Direito*, p. 19. En este sentido, el BdeE, *Memoria del Servicio de Reclamaciones, 2010*, pp. 62s., señala que “(d)e acuerdo con las buenas prácticas bancarias, a las entidades financieras, como profesionales en la materia, les es exigible que velen tanto por sus intereses como por los de sus clientes, lo cual se traduce en este punto en la obligación de facilitar una información financiera completa y comprensible de los productos que estos contratan”.

<sup>320</sup> GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, p. 94.

<sup>321</sup> No debe olvidarse que el Derecho contractual bancario es en esencia un “*Derecho de casos*”. VICENT CHULIÁ, F., “Cuestiones”, p. 18.

<sup>322</sup> El análisis desde la óptica de estos criterios resulta particularmente pertinente en la contratación del mercado financiero, ya que el sistema en el que esta se enmarca, así como el Derecho a ella referido, son de carácter interdisciplinar, siendo los análisis de tipo económico imprescindibles. PAMPLONA HERNÁNDEZ, A., “El Derecho”, pp. 25s. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la información es en sí misma un bien económico (BARROS BOURIE, E., *Tratado*, p. 1016) y que la economía de la información aspira a cubrir “modelos de conducta, como la confianza, la cooperación y el altruismo recíproco en la teoría económica”. (SHÁFER, H-B y OTT, C., *Manual*, p. 306). Un estudio acerca de la ciencia económica de la información en SCHEPPELE, K., *Legal Secrets*, pp. 25ss.

<sup>323</sup> Cfr. GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1473; NASARRE AZNAR, S., “II-3:101-II-3:103”, p. 185 (respecto del DCFR); y SALELLES CLIMENT, J., “La disciplina”, p. 200 (apuntando que también la normativa de protección de los consumidores contiene normas “propriadamente concurrenciales”, como las referidas a las actividades de promoción -en la p. 175 había señalado que uno de los objetivos a cuyo logro aspira el Derecho comunitario es el de la protección de la competencia, con la subsiguiente salvaguarda de los intereses de los consumidores-). Los referidos principios son los básicos del Derecho de defensa de la competencia, cuya consecución ha de redundar en la tutela de los intereses económicos de los clientes. El nº I del preámbulo de la LDC señala lo siguiente: “(e)l artículo 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado y la garantía y protección de la misma por los poderes públicos, de acuerdo con las exigencias de la economía en general y, en su caso, de la planificación. La existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes. Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad”. Al finalizar este primer punto, la LDC menciona como uno de los principios que la guía el de transparencia.

paradigmático en este sentido es la filosofía de la normativa MiFID, que tanto persigue proteger el adecuado funcionamiento del mercado como al inversor<sup>324</sup>.

En otros supuestos, aquel propósito se busca de manera directa. Este es el caso del ordenamiento concurrencial (LCD y disciplina sobre publicidad), que contiene normas de conducta que abordan la transmisión de información como un instrumento inmediatamente conectado con un saludable desenvolvimiento del mercado (competencia y transparencia), aun cuando también del interés particular de los clientes<sup>325</sup>.

En general, la información es regulada por las disposiciones en materia de competencia desleal y publicidad no por la vía de imponer su revelación, sino mediante normas de conducta que reprimen la transmisión de informaciones falsas o inexactas –v. gr., los actos de engaño del art. 5 LCD o las omisiones engañosas del art. 7-. Ante su materialización, dichas reglas contemplan relevantes efectos jurídicos, en cuanto tal transmisión constituye uno de los más importantes atentados a los principios de competencia eficiente y transparencia, así como a la libertad de decisión de los clientes, sobre todo de los consumidores<sup>326</sup>.

Así, el gran objetivo del Derecho de la competencia -la consecución de los aludidos principios- se alcanza a través del Derecho de la competencia desleal, que también tiene por bien jurídico protegido la competencia económica<sup>327</sup>. Por lo que respecta a obligación de informar, no cabe duda acerca de que, aun cuando el Derecho de la competencia no elimina los costes de información, los reduce en importante medida<sup>328</sup>. En efecto, las normas jurídicas destinadas a materializar la transparencia y la competencia eficiente fomentan que los empresarios (a quienes resulta más sencillo acceder a determinada información, sobre todo de elevado carácter técnico) proporcionen la información relevante a los clientes (que en abundantes ocasiones

---

<sup>324</sup> FLORES DOÑA, M<sup>a</sup>. de la S., “Ejes”, p. 19; ROSSI, M<sup>a</sup>. G., *Correttezza*, pp. 45s.; y TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del inversor”, p. 99.

<sup>325</sup> Cfr. GARCÍA-CRUCES GÓNZÁLEZ, J., “Artículo 5”, p. 119 (respecto de los actos de engaño); GARCÍA VICENTE, J., “Comentario” (al art. 60), pp. 769s.; LUCIANI, G., “Gli obblighi”, pp. 47 y 51; MASSAGUER, J., *Comentario*, pp. 45 y 217; PARDO LÓPEZ, M<sup>a</sup>. M., “Comentario”, p. 66; SALELLES CLIMENT, J., “La disciplina”, pp. 172 (con específica referencia a los consumidores y al mercado financiero) y 221; y SANTOS MORÓN, M<sup>a</sup>. J., “Información”, pp. 136s. y 144. El punto II de la exposición de motivos de la LCD señala lo siguiente: “(o)bedece la Ley, finalmente, a la necesidad de adecuar el ordenamiento concurrencial a los valores que han cuajado en nuestra constitución económica. La Constitución Española de 1978 hace gravitar nuestro sistema económico sobre el principio de libertad de empresa y, consiguientemente, en el plano institucional, sobre el principio de libertad de competencia. De ello se deriva, para el legislador ordinario, la obligación de establecer los mecanismos precisos para impedir que tal principio pueda verse falseado por prácticas desleales, susceptibles eventualmente de perturbar el funcionamiento concurrencial del mercado. Esta exigencia constitucional se complementa y refuerza por la derivada del principio de protección del consumidor, en su calidad de parte débil de las relaciones típicas de mercado, acogido por el artículo 51 del texto constitucional. Esta nueva vertiente del problema en general desconocida por nuestro Derecho tradicional de la competencia desleal, ha constituido un estímulo adicional de la máxima importancia para la emanación de la nueva legislación”.

<sup>326</sup> Cfr. MIRANDA SERRANO, L., “La protección del consumidor”, p. 64; y SALELLES CLIMENT, J., “La disciplina”, p. 220.

<sup>327</sup> Acerca de la vinculación entre los objetivos del Derecho de defensa de la competencia y el papel del Derecho de la competencia desleal v. SALELLES CLIMENT, J., “La disciplina”, p. 199.

<sup>328</sup> V. SHÄFER, H-B y OTT, C., *Manual*, p. 339. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Trascendencia”, pp. 48s., critica la aproximación desde el Derecho de la competencia para solucionar los problemas de los consumidores por conducir a un “reduccionismo economicista” y a “un planteamiento claramente macroeconómico”.

carecerán de ella), en orden a evitar sanciones y propiciar que dichos clientes concurran a demandar sus productos o servicios, sin necesidad de obtener por sus propios medios una información acabada respecto de ellos. Así, aun cuando los clientes puedan tener que hacer esfuerzos para procurarse informaciones que no necesariamente resultan trascendentes para prestar su consentimiento, reducen los costes que les podría implicar conseguir la información que sí resulta relevante a tal efecto.

**[59] Transparencia y competencia eficiente como fundamentos de la obligación precontractual de informar de las EC.** Según dejan entrever las exposiciones de motivos de las normas pertinentes, así como el elevado nivel de detalle de estas, el esfuerzo emprendido por el legislador en aras de disciplinar la obligación de informar en las fases promocional y precontractual en relación con las EC se enmarca en el propósito de política jurídica de salvaguardar los principios de transparencia y competencia eficiente y de protección de los clientes<sup>329</sup>. Lo mismo puede decirse respecto del Derecho de la UE<sup>330</sup> y de la jurisprudencia sobre servicios financieros<sup>331</sup>.

El correcto funcionamiento del sistema económico supone que los intercambios entre privados se hagan sobre la base de decisiones racionales. Estas, para ser tales, deben derivar de una información verdadera, principalmente acerca del contenido económico del contrato (precio y contraprestación). Si el sistema de mercado ha convertido a

---

<sup>329</sup> El preámbulo de la Orden EHA/1718/2010 indica lo siguiente: “(u)no de los principios clave que inspiran toda la legislación financiera y la actividad supervisora en el ámbito del mercado de productos y servicios bancarios es la protección al cliente bancario. Este principio implica que el cliente debe disponer de información suficiente para fundamentar su decisión de contratación, y esta información debe ser veraz./ Por ello existen en el ordenamiento diversas previsiones que obligan a las entidades de crédito a ofrecer información y asumir obligaciones de transparencia. Sin embargo, estas previsiones no alcanzarían la eficacia deseada si la normativa financiera desconociera la relevancia que tiene la publicidad a la hora de que el cliente bancario tome, de forma razonada, sus decisiones./ Y este papel trascendental de la publicidad de los servicios y productos bancarios ha venido siendo uno de los aspectos de los que se ha ocupado la regulación bancaria española”. La exposición de motivos de la LCCC (punto I) señala que “es necesario desarrollar un mercado crediticio más transparente y eficaz dentro del espacio europeo para promover las actividades transfronterizas, y garantizar la confianza de los consumidores mediante unos mecanismos que les ofrezcan un grado de protección suficiente”. El preámbulo de la LCDSFDC (punto II) alude a la “construcción del mercado interior”, sin perjuicio de que fija como objetivo central la protección de los consumidores.

<sup>330</sup> El Derecho comunitario, en su prioritario afán de conseguir la configuración de un mercado uniforme, ha puesto especial énfasis en la armonización de la regulación de los servicios financieros, con miras a lograr la libre circulación de estos. En todo caso, la mayor parte de los instrumentos comunitarios ha estado referido, desde sus albores, a la organización y funcionamiento de las EC y no tanto a las relaciones con sus clientes, aun cuando ellos puedan haber redundado, indirectamente, en la protección de estos. Cfr. ANDREU MARTÍ, M<sup>a</sup>. del M., *La protección*, pp. 32s. (con mención, en la nota 31, de las Directivas más sobresalientes en los inicios de la armonización europea en materia bancaria). En la actualidad, sin embargo, existe un importante cúmulo de Directivas referidas específicamente a la contratación con EC. Así, por ejemplo, las Directivas 2008/49 y 2002/65, que aluden de forma contundente en sus consideraciones a la protección del buen funcionamiento del mercado financiero y de los consumidores. Entre las más sobresalientes por lo que respecta a la transparencia de los mercados financieros destaca la Directiva 2004/39. V. CASEY, J-P. y LANNOO, K., *The MiFID Revolution*, pp. 158ss. (con desarrollo de los argumentos a favor y en contra de mayores grados de transparencia).

<sup>331</sup> La SAP Barcelona (19) 9-5-11 (FD 3) apunta que “(e)l derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible”. V. también las SAP Álava (1) 5-5-11 (FD 4); Asturias (4) 2-3-11 (FD 2); Barcelona (11) 16-12-10 (FD 1); y Girona (1) 18-2-11 (FD 2).

consumidores y clientes en árbitros del juego entre los competidores, en orden a que resulten beneficiados quienes les ofrezcan a aquellos las mejores condiciones y marginados los que no (con el consiguiente beneficio para los clientes y la sociedad); lógico resulta que, para posibilitar una adecuada elección de los clientes, se deban hacer todos los esfuerzos por los empresarios para proporcionarles las informaciones idóneas (veraces y suficientes) a tal fin. Pero, como el mercado es imperfecto y los que poseen la información no siempre proporcionan una idónea, el ordenamiento jurídico impone la obligación precontractual de informar y el deber de transmitir por medio de la publicidad una información veraz, sancionando su incumplimiento<sup>332</sup>.

Según he observado, también los principios de transparencia y competencia eficiente justifican la existencia de la obligación general de informar de las EC a los clientes favorecidos por deberes típicos cuando la información conflictiva no ha sido mencionada explícitamente por la correspondiente norma y a los no favorecidos por aquellos cuyos conocimientos, experiencia o cualificación les impiden comprender cabalmente una operación. La no imposición de aquella obligación en las etapas promocional y precontractual redundaría en un sacrificio de las mencionadas transparencia y competencia eficiente. Sobre todo considerando que en la contratación bancaria el grado de transparencia debe ser mayor que en otros sectores, al ser mucho más complejos los productos y servicios ofrecidos por su intermedio<sup>333</sup>.

Atendida la trascendencia de las EC para la economía local, regional y global, no cabe duda acerca de que, cuando cumplen con su obligación precontractual de informar, contribuyen a elevar el nivel de transparencia y competencia del mercado financiero, con el consecuente beneficio para los clientes. Estos, sobre la base de la información recabada (cuando es adecuada), tienen la posibilidad de escoger libre y conscientemente, entre las múltiples alternativas, la que mejor satisfaga sus intereses. Esto debería conllevar que las EC que mejor procedan en la transmisión de información

---

<sup>332</sup> Ya en 1980 MANZANARES SECADES, A., "La naturaleza", p. 700, señalaba: "(u)na de las causas fundamentales de este debilitamiento (de la posición general del consumidor en el mercado), es la falta de transparencia en el mercado o, dicho con otras palabras, la falta de información adecuada y suficiente. No hay mercados informativamente perfectos, y esto es tanto más grave cuanto que la información tiende a considerarse como un dato clave en la configuración de cualquier mercado. No faltan incluso economistas a cuyo parecer el mercado podría definirse como un centro de tráfico de información de cualquier tipo, desde la tecnológica y financiera, hasta la referente a los productos perecederos que integran la cesta de la compra. Por supuesto, estas deficiencias informativas afectan a todos los participantes en el mercado, sean empresarios o consumidores o usuarios. Mientras a los empresarios les perjudica gravemente la falta de un correcto y suficiente flujo de información financiera o tecnológica, por ejemplo, a los consumidores les afectan en grado sumo las deficiencias informativas en materia de precios, caracteres, composición, peligrosidad o conveniencia de los productos o servicios, e incluso de las condiciones jurídicas para su adquisición". V. también ALONSO ESPINOSA, F., "Comentarios", p. 34; CÁMARA LAPUENTE, S., "Comentario" (a los arts. 60 y 61), p. 489; FABRE-MAGNAN, M., *De l'obligation*, pp. 100-107; FERRE, M., "Normas", p. 89; GARCÍA-CRUCES GÓNZÁLEZ, J., "Artículo 5", p. 119; GÓMEZ GÁLLIGO, J., "Requisitos", s/p; MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., *Condiciones*, pp. 24s.; MIRANDA SERRANO, L., "La protección del consumidor", pp. 62 y 64 (asociando la consecución de tales objetivos con el "modelo social" que se impone en materia de Derecho de la competencia desleal -protección del sano funcionamiento del mercado y de los intereses económicos de los consumidores-); MORALEJO MENÉNDEZ, I., "Artículo 7", p. 162; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, pp. 28s., 36s. y 112; PINILLOS LORENZANA, Á., "La protección", p. 77; SÁNCHEZ RUIZ, M., "Comentario", p. 85; SANTOS MORÓN, M<sup>a</sup>. J., "Información", p. 136; y TEJEDOR MUÑOZ, L., "Protección", p. 678. Y, asimismo, el punto II de la exposición de motivos de la LCD.

<sup>333</sup> PETIT LAVALL, M<sup>a</sup>. V., *La protección*, pp. 164s. ANDREU MARTÍ, M<sup>a</sup>. del M., *La protección*, p. 26, señala que "debe encontrarse el equilibrio entre el interés general de defensa de la competencia entre entidades de crédito y el de protección de la clientela".



sean “premiadas” por aquellos y “castigadas” las que no<sup>334</sup>. Esta es, al menos, la hipótesis general que debe mantenerse, sin perjuicio de que su verificación práctica sea, en ocasiones, más matizada, según demuestran múltiples ejemplos que nos ofrece la crisis financiera que estamos atravesando.

A mayor abundamiento, la rebaja en la calidad de los servicios financieros (*v. gr.*, en las recomendaciones de inversión) atribuible a determinadas EC, que se aprovechan de las asimetrías informativas que afectan a gran parte de la clientela, repercute en una desacreditación del conjunto de la banca. Y, con el tiempo, en el riesgo de que las entidades que prestan servicios de calidad no puedan mantener su capacidad para hacerlo, debiendo rebajarla para acomodarla a la de la competencia<sup>335</sup>.

## ii. Referidos a la posición de los contratantes en relación con la información<sup>336</sup>

### 1. Preliminar

**[60] Análisis económico del Derecho e información.** Finalmente, en orden a la imposición de la obligación de informar en la contratación entre las EC y sus clientes se deben tener en cuenta determinados criterios económicos vinculados con la posición de las partes frente a la información. La doctrina y en menor medida los tribunales, suelen hacer un esfuerzo complementario para determinar si en los casos conflictivos procede o no la imposición de dicha obligación. Se trata de un estudio realizado no tanto desde el discurso jurídico tradicional, sino desde el análisis económico del Derecho de contratos<sup>337</sup>.

El principio de advertencia del error ajeno puede no resultar aplicable cuando determinadas consideraciones económicas así lo justifiquen<sup>338</sup>. No obstante, considerando que la transparencia y la competencia redundan en una mayor eficiencia del mercado, al repercutir en una óptima distribución de los recursos económicos, así como en una explotación más racional y útil de los mismos, se considera un objetivo

<sup>334</sup> V. CABALLERO NÚÑEZ, G., “Las obligaciones”, p. 109; FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., *La información*, pp. 35ss.; FERRANDO VILLALBA, L., KUSTER BOLUDA, I. y VILA LÓPEZ, N., *La protección*, p. 100; FERRE, M., “Normas”, p. 89; GALÁN CORONA, E., “Las Órdenes”, p. 889 y “La publicidad”, p. 679; GIMÉNEZ VILLANUEVA, T., “Normas”, pp. 656s. y 663; MARIMÓN DURÁ, R., “La retribución”, p. 296; MIRALLES SÁEZ, E., “La protección”, p. 284; NAVARRO GANCEDO-RODRÍGUEZ, F., “La información”, p. 65; PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 165; PETIT LAVALL, M<sup>a</sup>. V., *La protección*, pp. 163s.; ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., “La información”, p. 179; SALELLES CLIMENT, J., “La disciplina”, pp. 171s. (respecto del sector del consumo y del financiero); y TAPIA HERMIDA, A., *Derecho del mercado*, p. 19.

<sup>335</sup> V. SHÁFER, H-B y OTT, C., *Manual*, p. 317. Cabe agregar que, según veremos *infra* II.10., la normativa sobre publicidad financiera, no satisfecha con las disposiciones generales sobre interdicción de la publicidad ilícita, ha establecido prescripciones específicas acerca de las características, contenido y medio de transmisión de dicha publicidad. No cabe duda acerca de que este proceder se fundamenta en la necesidad de que en este terreno se cumplan los aludidos principios.

<sup>336</sup> Recuérdesse que estos criterios son esgrimidos para llenar de contenido al principio de buena fe, cuya concreción repercute en algunos casos en la no imposición de la obligación de informar y, en otros, en la solución inversa. Cfr. GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, pp. 19s.

<sup>337</sup> Un análisis de las justificaciones económicas de la obligación precontractual de informar desde esta perspectiva en BARROS BOURIE, E., *Tratado*, pp. 1016-1021; BASOZABAL ARRÚÉ, X., “En torno”, *passim*; COOTER, R. y ULEN, T., *Derecho*, pp. 347-354; DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 348ss.; DE VERDA Y BEAMONTE, J., “El dolo”, pp. 45-51 y “La reticencia”, pp. 138-144; FABRE-MAGNAN, M., *De l’obligation*, pp. 49ss.; y GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, pp. 18-26.

<sup>338</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J., “La reticencia”, p. 137; y MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, p. 569.

económico “potenciar la inversión en la adquisición y difusión de información socialmente útil; y ello, además, al menor coste posible, para lo cual se cuenta, en principio, con los mecanismos de protección de la confianza y, por tanto, con los deberes de información”<sup>339</sup>.

La información puede constituir un factor económico de importancia cuando el uso del conocimiento en la toma de decisiones lleva a una ganancia neta de bienestar, razón por la cual se deben invertir recursos en la obtención de dicho conocimiento<sup>340</sup>. Pero la eficiencia demanda que se unan el conocimiento de la información y su control al menor coste, incluidos los costes de transacción de la transmisión de aquella<sup>341</sup>. Por esto es que la imposición de la obligación de informar evita los fallos de mercado derivados de la adopción por los consumidores de decisiones ineficientes<sup>342</sup>.

## 2. Coste de la información y repercusión de la misma en el valor del producto o servicio

[61] **Síntesis.** La imposición de la obligación precontractual de informar sobre la base de fundamentos económicos aplicados a la relación entre las partes supone tener en cuenta diversos criterios en orden a su mejor aplicabilidad o a la fijación de límites a su procedencia<sup>343</sup>. Destacan el coste de adquisición de la información y la repercusión de la misma en el valor del bien o servicio<sup>344</sup>.

Avanzando lo que se dirá, el deber de revelación o de advertencia del error esencial ajeno no resulta exigible, básicamente, cuando la información costosa es simétrica e incrementa el valor del producto o servicio<sup>345</sup>. En caso de no concurrir estos factores, dicha revelación de información sí resulta exigible.

[62] **Información no costosa.** Cuando la adquisición de información no representa coste para una parte, no se justifica el establecimiento de límites a su difusión, es decir, debe proceder, ya que aquella parte no ha hecho ningún sacrificio, o ninguno relevante, para conseguirla. Por esta razón no cabría entender que, por obligársele a proporcionarla, en el futuro no invertirá en recabarla. De esta manera, se hace recaer sobre dicho sujeto el deber de revelar información a su contraparte (con el consiguiente beneficio para el mercado), sobre todo cuando se percata de que esta la ignora, debiendo soportar las consecuencias jurídicas de su no provisión. Así ocurre, por ejemplo, cuando

---

<sup>339</sup> GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, p. 19. V. también SHÄFER, H-B y OTT, C., *Manual*, p. 309; y VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, p. 125.

<sup>340</sup> También pueden existir informaciones improductivas, que son las ventajosas para un sujeto en particular pero no para la generalidad de la sociedad. V. SHÄFER, H-B y OTT, C., *Manual*, p. 307.

<sup>341</sup> COOTER, R. y ULEN, T., *Derecho*, p. 348.

<sup>342</sup> WEATHERILL, S., “Justifying Limits”, p. 280. Así, por ejemplo, teniendo en cuenta que los requisitos de incorporación de las condiciones generales son de índole informativa, aspiran a disminuir los costes de transacción y, por consecuencia, abonar el terreno para una mejor asignación de los recursos. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones*, pp. 192s.

<sup>343</sup> GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, pp. 19s.

<sup>344</sup> Cfr. BASOZABAL ARRUÉ, X., “En torno”, p. 649 (no obstante, en la p. 692 -siguiendo a Morales Moreno- reconduce la cuestión a la asignación o distribución de riesgos delimitados por el contrato, idea a la luz de la cual la determinación de la procedencia del deber de informar dependería de cada caso); DE VERDA Y BEAMONTE, J., “El dolo”, pp. 47-49 y “La reticencia”, pp. 138-144; GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, p. 20; MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, pp. 569ss.; NASARRE AZNAR, S., “II.-3:101-II.-3:103”, pp. 195s. (respecto del DCFR); y VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, p. 125.

<sup>345</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J., “La reticencia”, p. 167.

ha obtenido la información por casualidad o por un contacto habitual con el respectivo producto o servicio<sup>346</sup>.

**[63] Información costosa.** Si la información es costosa, la regla se invierte, inclinándose la balanza a favor de la no imposición de la obligación de informar. La obligación de revelar la información obtenida gracias a una previa inversión de recursos podría desincentivar su obtención, al entender la parte que la posee que nada consigue con adquirirla de forma onerosa si con ella se terminará beneficiando la contraparte frente a la que mantiene una contraposición de intereses. La consecuencia sería que la información no obtenida no fluiría de forma ágil u óptima en el mercado. Por lo demás, la imposición de la obligación de informar no resulta económicamente pertinente cuando, tratándose de una información costosa, los costes resultan simétricos para ambas partes (*v. gr.*, las dos son profesionales del mismo sector)<sup>347</sup>.

**[64] Costes de información asimétricos.** La imposición de la obligación de informar sí resulta pertinente, en orden a la protección de la confianza, cuando existe asimetría informativa. Esta concurre, en general, cuando para una parte la información es más costosa que para la contraria. En particular, sucede así cuando una conoce la existencia de la información y la otra ni siquiera la imagina; una cuenta con menos recursos que la otra, impidiéndole esto procurársela (aun cuando quiera hacerlo); o una tiene una capacidad intelectual o experiencia inferiores a las de la otra<sup>348</sup>.

Generalmente, la información resulta más costosa para el demandante de un bien o servicio, sobre todo si es consumidor o parte débil. Y resulta menos onerosa para el oferente del mismo (principalmente cuando es profesional del sector y su contraparte no), en cuanto es quien mejor conoce sus características y vicisitudes y puede evitar a un menor coste errores acerca de ellas<sup>349</sup>. Esto, sobre todo teniendo en cuenta que el poseedor de la información puede trasladar los costes informativos a su contraparte incrementando el precio a pagar (“prima de confianza”). A pesar de este incremento, aquella igualmente resulta beneficiada al terminar disponiendo de una información que solo podría haber obtenido a un coste mayor.

Con la aplicación del criterio “diferentes costes de la información”, la eficacia en la asignación de recursos económicos se incrementa, ya que aquellos sujetos a los que conseguirla les supone elevados esfuerzos pueden confiar en que los que se encuentran

---

<sup>346</sup> V. la nota siguiente.

<sup>347</sup> V., respecto del criterio “coste de la información”, BARROS BOURIE, E., *Tratado*, pp. 1016-1020; BASOZABAL ARRÚE, X., “En torno”, pp. 650s. (en las pp. 689s. introduce una serie de matices en relación con el coste de la información, para terminar señalando, en la p. 698, que puede no revelarse la información que solo se aprovecha si se reserva, salvo –en lo que aquí interesa– en caso de dolo y desproporción notoria en el gasto de acceso a aquella); DE VERDA Y BEAMONTE, J., “El dolo”, pp. 45-47 y “La reticencia”, pp. 138s.; GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, p. 20; MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, p. 569; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Trascendencia”, p. 82 (señalando, luego de manifestarse en pro de la existencia de un deber amplio de informar, que “(c)on todo, conviene tomar en consideración también la necesidad de remunerar, en su caso, el coste de información obtenida por el profesional, a fin de no desincentivar su obtención”); MORALES MORENO, A-M., *El error*, p. 231; POSNER, R., *El análisis*, pp. 108s.; y VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, pp. 125s. Eso sí, solo los contratos basados en información productiva o en esta y en una redistributiva deberían hacerse cumplir, mas no los basados en información exclusivamente redistributiva. V. COOTER, R. y ULEN, T., *Derecho*, pp. 350s.; y PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., “Principio”, pp. 2890s.

<sup>348</sup> SCHEPPELE, K., *Legal Secrets*, p. 121.

<sup>349</sup> POSNER, R., *El análisis*, p. 102.

en la posición menos costosa la recabarán. Así, los primeros pueden destinar los recursos que habrían aplicado a tal fin a otros propósitos, con lo que se logra una asignación más eficiente de los mismos<sup>350</sup>.

**[65] Información que incrementa el valor del producto o servicio.** Si, aparte de costosa, la información incrementa el valor del producto o servicio, su revelación no debe ser impuesta a través de la obligación de informar, ya que los actores económicos, considerando dicho aumento de valor, harán todos los esfuerzos a su alcance para conseguirla. La imposición de su revelación desincentivaría su obtención.

Este criterio se encuentra referido, básicamente, a la persona que demanda un producto o servicio, siendo el caso que el conocimiento de la respectiva información no le coloca en la obligación de revelarla. Si quien la posee es el oferente, lógico será que la transmita espontáneamente a su futura contraparte, al tratarse de información que eleva el valor de su prestación. En todo caso, aun cuando no lo haga, igualmente el demandante contratará, al tener que pagar un precio inferior al que habría tenido que satisfacer en caso de haberse revelado la información que incrementa el valor del respectivo producto o servicio<sup>351</sup>.

**[66] Información que deprecia el valor del producto o servicio.** Si la información de que se trata deprecia el valor del producto o servicio y el demandante del mismo la conoce, no contratará o pedirá hacerlo en condiciones menos onerosas. En caso de no conocerla, el oferente deberá informarle, aun cuando la información sea costosa, si de su no transmisión puede seguirse la causación de un daño o una alteración de las presuposiciones del contrato que se pretende celebrar. A tales efectos deben tenerse en cuenta los intereses de las partes expresados en el contrato y puestos en conocimiento de la contraparte en la etapa precontractual. Así, no se deben ocultar informaciones que desmerezcan el valor de un producto o servicio en perjuicio de los intereses y presuposiciones ajenos. Más aun considerando que la ocultación de informaciones que deprecian el valor del producto o servicio solo beneficia a una parte en perjuicio de la otra, sin que sean socialmente productivas o útiles<sup>352</sup>.

A lo anterior cabe agregar que a menudo en la contratación bajo condiciones generales los clientes no tienen posibilidades efectivas de conocer la calidad de los respectivos productos o servicios antes de prestar su consentimiento. Esto puede suceder por razones técnicas, por lo elevado de los costes de información o porque los clientes no comparten entre sí sus experiencias<sup>353</sup>.

---

<sup>350</sup> V., respecto del criterio “simetría/asimetría de los costes informativos”, BASOZABAL ARRÚE, X., “En torno”, pp. 650s.; DE VERDA Y BEAMONTE, J., “El dolo”, pp. 50s. y “La reticencia”, pp. 141-144; GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, pp. 21-23; MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, p. 569; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., “Principio”, pp. 2889-2891; POSNER, R., *El análisis*, p. 111; SANTOS MORÓN, M<sup>a</sup>. J., “Información”, p. 143; SHÁFER, H-B y OTT, C., *Manual*, pp. 324s., 339-341 y 350s.; y SCHEPPELE, K., *Legal Secrets*, pp. 119-124.

<sup>351</sup> V., respecto del criterio “incremento del valor del bien”, DE VERDA Y BEAMONTE, J., “El dolo”, pp. 47-49 y “La reticencia”, pp. 139s.; GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, pp. 20s.; y MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, p. 569.

<sup>352</sup> Cfr. DE VERDA Y BEAMONTE, J., “El dolo”, p. 48 y “La reticencia”, pp. 140s.; y GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, pp. 25s.

<sup>353</sup> SHÁFER, H-B y OTT, C., *Manual*, p. 314. Sin perjuicio de las anteriores consideraciones, cabe recordar que la doctrina, si bien esgrime criterios económicos para justificar la procedencia de la obligación de informar, en los términos previamente expuestos, frecuentemente los arguye como complementarios de los jurídicos. Dos ilustrativos ejemplos de este tipo de fundamentación

**[67] Criterios económicos referidos a la posición de las EC y los clientes frente a la información como fundamento de la obligación precontractual de informar de dichas empresas.** No cabe duda de que el ordenamiento jurídico, al reglamentar la obligación precontractual de informar de las EC, ha tenido en cuenta el coste de la información y el aumento o disminución que esta puede significar respecto del valor de los productos y servicios financieros. Ello, con miras a la consecución de la competencia eficiente y la transparencia y, en general, a la difusión de información socialmente valiosa<sup>354</sup>.

Pues bien, aunque las EC no estén obligadas a revelar la información conflictiva a otros profesionales del mercado financiero (*v. gr.*, a otras EC o a ESI), no puede sostenerse lo mismo respecto de la mayor parte de su clientela. Según adelantara, los criterios económicos referidos a la posición de las EC y los clientes respecto de la información justifican la existencia de la obligación general de informar a los clientes favorecidos por deberes típicos cuando la información conflictiva no ha sido expresamente mencionada por la correspondiente norma y a los no beneficiados por aquellos cuyos conocimientos, experiencia o cualificación les impiden comprender cabalmente una operación (*v. gr.*, determinadas PYMES).

Por lo que atañe al criterio “coste de la información”, si se compara a las EC con los mencionados clientes, no cabe duda acerca de que, en las situaciones más habituales, ellas manejan un mayor cúmulo de información en la fase previa a la perfección contractual<sup>355</sup>. Y lo hacen a un coste muy inferior al que deberían pagar aquellos clientes por recabarla, lo que repercute en la existencia de patentes asimétricas informativas en este terreno. De esta suerte, aplicando los razonamientos antes expuestos, puede concluirse que las EC deben revelar a dichos clientes las informaciones relevantes desde la perspectiva de las presuposiciones contractuales de aquellos.

En el anterior sentido, a modo de ejemplo ilustrativo, la SAP Pontevedra (1) 7-4-10 (FD 7) señala que “las entidades bancarias disponen de la ventaja de contar con recursos económicos y medios tanto personales como materiales para poder tener un privilegiado conocimiento técnico del mercado financiero que vienen a aprovechar para ofrecer a sus potenciales clientes aquellos productos que les permitan obtener la mayor rentabilidad,

---

complementaria dan cuenta de este proceder. DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los deberes*, p. 370, sintetiza ambos tipos de justificación en dos reglas matrices en orden a la revelación de información: “(s)i una de las partes tiene información que la otra ignora y que es relevante para la adecuada formación del consentimiento se justifica la imposición de un deber de suministrarla, salvo que, al hacerlo de esta manera se ralentice la llegada de la información al mercado (...)/ Aun cuando la imposición de un deber de informar ralentice la llegada de información al mercado, dicha imposición tiene sentido económico si los efectos de la información son predominantemente redistributivos” (en negritas en el original). Por su parte, BASOZABAL ARRUE, X., “En torno”, pp. 699s., apunta que “(l)a falta de información sobre las presuposiciones contractuales (...) será relevante *cuando la parte ignorante pueda imputar a la otra su ignorancia*, 1. Por haber sido ésta la que le proporcionó –de forma culpable o no- la información falsa o errónea./ 2. Por haber incurrido en una omisión contraria a la buena fe, atendiendo: a) a la relación contractual existente entre ambas; b) a la condición de las partes; c) al comportamiento de las partes; d) a que la obtención de la información haya sido onerosa; e) a que la posición del <<deudor de la información>> en el contrato no permita obtener una contraprestación por revelarla (salvo dolo, información privilegiada, monopolio o desproporción notoria en el acceso a la información); e) que la otra parte se encuentre protegida en su ignorancia por una previsión legal, en los términos de ésta”.

<sup>354</sup> FERRE, M., “Normas”, pp. 89s.

<sup>355</sup> FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., *La información*, p. 30.

y que, concretamente, (...), comporta para los clientes inexpertos o cuando menos no catalogables como profesionales (entre los que cabe incluir a las entidades demandantes), (...), una situación de desequilibrio en cuanto al cabal conocimiento de los riesgos que conlleva el tipo de operación negocial en cuestión”<sup>356</sup>.

Es decir, los expertos tienen el deber de transmitir información a sus contrapartes sin que puedan reservarla para sí como si se tratara de un activo que les concede una ventaja estratégica en la contratación. Así, dichas contrapartes tienen el derecho a confiar en los expertos, en razón de lo cual el Derecho impone a estos el deber de ilustrarles e incluso de aconsejarles<sup>357</sup>.

Por consiguiente, según lo expuesto previamente respecto de las informaciones no costosas, cuando una EC dispone de la información conflictiva y la ha adquirido gracias a su contacto cotidiano con el respectivo producto o servicio, tiene el deber de proporcionarla a los clientes. No obstante, si es el cliente quien cuenta con la respectiva información gracias a su sacrificio pecuniario o especial formación, su revelación no resulta exigible. De serlo, se desincentivaría la valiosa búsqueda de la misma, toda vez que los empresarios (las EC), al acceder a la información, no contratarían o encarecerían el precio, beneficiándose de la no puesta en práctica de su obligación de autoinformarse<sup>358</sup>.

En cuanto al criterio referido a la información que incrementa el valor del respectivo producto o servicio, según los razonamientos considerados, las EC la revelarán de forma espontánea, ya que gracias a ella cobrarán un mayor precio a sus clientes.

El más arduo problema se presentará con la información que desvaloriza el producto o servicio financiero de que se trata y que no es conocida por el cliente (si la conoce lo lógico será que solicite contratar en mejores condiciones o simplemente se abstenga de contratar). Este es el caso, *v. gr.*, de la referida a las repercusiones financieras negativas para el cliente derivadas de la contratación o de la concurrencia probable de determinadas circunstancias económicas en el futuro. Principalmente puede acontecer en el contexto de operaciones de alta complejidad, sofisticación o riesgo, que justifican la existencia de adecuadas reglas sobre transparencia<sup>359</sup>.

A modo de ejemplo, echando mano de la amplia casuística jurisprudencial existente en materia de *swaps* de tipos de interés, cabe mencionar la información consistente en que iba a producirse una bajada de los mismos -cuando esta era conocida por la EC- y que, por tanto, se generarían liquidaciones negativas para el cliente, así como la referida a que la evolución de los tipos determinaría para el cliente altos costes de cancelación anticipada del derivado.

---

<sup>356</sup> Sentencia referida en FERRES MORALES, D., “Estudio”, p. 51.

<sup>357</sup> BARROS BOURIE, E., *Tratado*, p. 1022 (con una justificación económica, en las pp. 1023-1025, de los deberes informativos respecto de consumidores e inversionistas).

<sup>358</sup> V. BASOZABAL ARRUÉ, X., “En torno”, pp. 651-656; y GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, pp. 23s. Incluso si la obtención de la respectiva información no ha supuesto ningún coste para el cliente (llegó a ella por casualidad o le fue proporcionada gratuitamente por un tercero), no deberá transmitirla a su contraparte. En estos supuestos, la posesión de cierta información por el cliente es accidental, beneficiándose él de la negligencia del oferente, que no cuenta con una información de la que debería haber dispuesto.

<sup>359</sup> Cfr. FERRE, M., “Normas”, p. 90.

En dichos casos, a mi juicio, procede imponer la obligación de informar a la EC que conocía la respectiva información. Las EC deben revelar las informaciones que deprecian el valor del producto o servicio, aun cuando su adquisición les haya resultado costosa, porque, caso contrario y según vimos, podría producirse un daño patrimonial para los clientes o alterarse las presuposiciones contractuales con que contaban al contratar. Volveré sobre esta cuestión *infra* 272.

Cabe agregar que en aquellos sectores del tráfico económico en los que no informar o hacerlo de forma deficitaria aparezca como más rentable, como bien puede ocurrir en la contratación con EC, se deben intensificar los deberes informativos en aras del buen funcionamiento del mercado<sup>360</sup>. Se trata de un *comportamiento oportunista*, ya que mientras una parte confía en la otra y mantiene una conducta de cooperación, la otra defrauda su confianza escogiendo un comportamiento no cooperativo. Opta, así, por cobrar una prima por oportunismo y no una por confianza<sup>361</sup>.

A mayor abundamiento, debe repararse en que la información que deprecia el valor del producto o servicio no es eficiente o socialmente útil, aun cuando su ocultación resulte beneficiosa para quien la posee. Así, su ausencia de revelación, al significar un daño para el acreedor de la obligación de informar, no desemboca en un mayor bienestar social<sup>362</sup>. El mantenimiento como válido de un contrato de servicios financieros celebrado con defectos informativos posibilitaría primas altas para la adquisición de informaciones improductivas por los clientes y, por consecuencia, el empleo inadecuado de recursos<sup>363</sup>. Asimismo, considerando que la información que deprecia el valor del producto o servicio debería suponer el pago de un precio inferior, el mayor que se hubiera pagado por el cliente habría implicado no asignar los recursos extras a propósitos económicamente más eficientes. Adicionalmente, si el cliente decidiera no contratar, por ejemplo, porque un asesor le hizo ver la inconveniencia de hacerlo, el pago de una remuneración a dicho asesor habría significado otro dispendio de recursos para obtener una información que el poseedor de ella podría haber proporcionado<sup>364</sup>.

En síntesis, la obligación de informar debe imponerse en ámbitos en los que la información de que se trate sea “socialmente valiosa”, y que, por esto mismo, termina transformándose en un “bien público”, como señaladamente acontece en el ámbito del consumo y de las inversiones en valores<sup>365</sup>. En consecuencia, debe protegerse la confianza cuando concurren costes de información asimétricos, productividad social de las informaciones que se evitan con la confianza, existe una prima por la confianza y, en fin, las cuantías de las primas de oportunismo y confianza son semejantes<sup>366</sup>.

---

<sup>360</sup> GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, p. 26.

<sup>361</sup> SHÄFER, H-B y OTT, C., *Manual*, pp. 322 (siguiendo a Williamson) y 343.

<sup>362</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J., “El dolo”, p. 48.

<sup>363</sup> V., en general, PAZ-ARES, C., “Principio”, p. 2890; y SHÄFER, H-B y OTT, C., *Manual*, p. 307.

<sup>364</sup> Cfr., acerca de esta idea y la anterior, DE VERDA Y BEAMONTE, J., “El dolo”, p. 48.

<sup>365</sup> V. BARROS BOURIE, E., *Tratado*, pp. 1016 (nota 97 -citando a Shavell-) y 1023s.; FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J., “Aspectos”, p. 3241; y NASARRE AZNAR, S., “II.-3:101-II.-3:103”, pp. 192s.

<sup>366</sup> SHÄFER, H-B y OTT, C., *Manual*, p. 324.

## 7. La información precontractual

### a. Noción

**[68] Noción amplia de información precontractual.** El objeto de la obligación que nos ocupa es la información. En las acepciones que aquí importan, la información es “acción y efecto de informar”, “comunicación o adquisición de conocimientos que permiten ampliar o precisar los que se poseen sobre una materia determinada” y “conocimientos así comunicados o adquiridos” (RAE). Se trata de una noción amplia que concibe la información como toda comunicación de conocimientos<sup>367</sup>.

Partiendo de la anterior definición, debe tenerse en cuenta que, aparte de la información precontractual propiamente dicha, existen otros mecanismos de transmisión de información en la fase de formación del consentimiento. Así, en un sentido amplio, cada vez que las EC comunican a los clientes determinadas informaciones en orden a la celebración de un contrato, puede mantenerse que le proporcionan información, independientemente de si el mecanismo instrumentado reúne las características que se predicen de la información en términos restringidos para diferenciarla de otras figuras.

**[69] Información precontractual y figuras afines.** Es decir, considero que hay información precontractual en un amplio abanico de supuestos. Primero, cuando las EC la proporcionan en cumplimiento de un mandato normativo expreso o de un principio y cuando la otorgan de forma completamente voluntaria (v. *supra* § 25). Segundo, cuando la suministran a través de documentos típicamente informativos y cuando lo hacen a través de otros medios, sean estos verbales -explicaciones de los comerciales de las EC a los clientes-, escritos o, en general, soportes duraderos<sup>368</sup>. Tercero, cuando la

---

<sup>367</sup> LLOBET I AGUADO, J., *El deber*, p. 33, define ‘información precontractual’ como “un elemento de conocimiento suministrado obligatoriamente por una de las partes contratantes (acreedor de la obligación de información), teniendo como objeto principal la adecuada formación del consentimiento contractual de este último, tanto en lo referente a los aspectos jurídicos como materiales del negocio”. Me parece que, aun cuando esta definición resulta ilustrativa, es incompleta, por cuanto solo apunta a la “información obligatoriamente suministrable”, sin aludir a la que se revela de forma completamente voluntaria, esto es, sin que una norma o principio lo imponga (v. *supra* § 25).

<sup>368</sup> También resulta pertinente incluir dentro de la información precontractual a las advertencias que las EC le formulan a los clientes (por ejemplo, respecto de los riesgos de una operación), sea de manera espontánea sea por obligarles a ello una determinada norma. En este segundo supuesto nos encontramos en presencia de la obligación precontractual de advertencia. Un ejemplo destacado de imposición de este tipo de obligación, según veremos *infra* §193, concurre en el marco de la obligación de las ESI de evaluar la conveniencia para el cliente de determinados productos de inversión, en relación con la cual la normativa pertinente obliga a dichas empresas a formular ciertas advertencias al cliente. Igualmente, resulta interesante en este sentido el art. IV.C.-2:102 DCFR, relativo a la referida obligación (que llama “deber”) en materia de servicios. Acerca de las informaciones que consisten en advertencias v., en general, PÉREZ GARCÍA, P., *La información*, p. 97s. Para un estudio detallado de la obligación precontractual de advertencia puede consultarse ALONSO PÉREZ, M<sup>a</sup>. T., “La función”, *passim*. En las pp. 9s., la cataloga como una obligación de informar, si bien en las pp. 15-20 expone algunas diferencias entre ella y la obligación precontractual de informar de carácter general a la luz de algunos proyectos de Derecho contractual europeo (como el DCFR), por ejemplo, por lo que respecta al contenido de la información a suministrar (la obligación de advertir se refiere principalmente a los riesgos) y a las consecuencias de la infracción (la de la obligación de advertencia permite por regla general el mantenimiento del contrato). En mi opinión, sin perjuicio de que en los instrumentos estudiados por la autora efectivamente pueden constatarse las referidas diferencias, ello no quiere decir que siempre concurren. Por lo demás, se trata de diferencias que no resultan determinantes, por lo menos para el tema del presente trabajo, sobre todo porque, como insistiré permanentemente, la obligación precontractual de informar de las EC implica que, como aspecto destacado, deben informar a sus clientes acerca de los



información contiene datos comprobables objetivamente y cuando involucra datos de carácter subjetivo. En toda esta tipología de supuestos existe información precontractual.

De esta manera, al hablar de información precontractual aludo tanto a las informaciones propiamente dichas (verbales o escritas), como a otras figuras que sin ser formalmente informaciones tienen un indudable sustrato informativo<sup>369</sup>. Por ejemplo, la publicidad comercial<sup>370</sup>, la oferta<sup>371</sup>, el asesoramiento<sup>372</sup> o los formularios con condiciones generales que las EC exhiben a los clientes antes de contratar.

El tratamiento unitario de las mencionadas figuras se justifica, a pesar de sus diferencias, en que habitualmente operan en la etapa precontractual, sin perjuicio de que algunas, al igual que la información, lo hagan en otras fases del *iter* contractual. Así, en multitud de ocasiones instrumentan una trasmisión de información en orden a la formación de la voluntad negocial del cliente, presentando un sustrato informativo que las hermana. Por esto es que todas ellas pueden influir de modo determinante en la decisión de contratar<sup>373</sup>. Asimismo, todas ellas pueden analizarse, como hago en el Capítulo II, desde la perspectiva de sus características, contenido y medio de transmisión, al igual que la información precontractual. A mayor abundamiento, las reglas que las rigen suelen ser similares y, a veces, idénticas, incluso por lo que respecta a las consecuencias de su infracción. Sin perjuicio de que puedan presentar peculiaridades, sobre todo por lo que atañe a cuáles sean dichas consecuencias (*v. gr.*, información vs publicidad). Por último, un análisis exhaustivo de la información precontractual en la contratación con EC no puede prescindir de la consideración de figuras que, en mayor o menor medida, vehiculan los datos proporcionados por aquellas empresas a sus clientes o potenciales clientes en la fase de formación del consentimiento. Principalmente teniendo en cuenta que los conflictos entre las EC y sus clientes no siempre se relacionan con la información entendida en un sentido estricto, sino también omnicompreensivo, como ocurre con la publicidad comercial.

**[70] La etapa precontractual.** La etapa en que tiene lugar el traspaso de la información que nos interesa es la anterior a la celebración del contrato. Esta fase se ha definido como el “período temporal, de mayor o menor duración, anterior al nacimiento de todo

---

riesgos del correspondiente producto o servicio, derivando la ausencia o incorrección de esta información en las consecuencias de que doy cuenta en el Capítulo III, algunas de las cuales implicarán el mantenimiento del contrato y, otras, su perecimiento.

<sup>369</sup> Un tratamiento unitario como el que aquí asumo en PÉREZ GARCÍA, P., *La información*, pp. 181ss., asimilando información, oferta, promoción y publicidad.

<sup>370</sup> Un paralelo entre información y publicidad en MARTÍN GARCÍA, M<sup>a</sup>. del L., *La publicidad*, pp. 34ss.; MORENO-LUQUE CASARIEGO, C., “La protección”, pp. 198s.; y PÉREZ GARCÍA, P., *La información*, pp. 197-206.

<sup>371</sup> Un análisis comparativo entre información y oferta en CALLEJO RODRÍGUEZ, C., “El deber”, pp. 42ss.; MENÉNDEZ MATO, J. C., *La oferta*, pp. 92ss.; y PÉREZ GARCÍA, P., *La información*, pp. 189-194.

<sup>372</sup> Un estudio comparativo entre información y asesoramiento en GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, pp. 119-121; y RUIZ JIMÉNEZ, J., “La información”, pp. 662-664. Un breve paralelo entre ambas figuras en el ámbito de la contratación con EC en FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., *La información*, pp. 125s.

<sup>373</sup> V. GARCÍA VICENTE, J., “Comentario” (al art. 60), p. 769, quien señala que la información se otorga para promover la contratación, compartiendo de esta manera el propósito comercial que también presentan la publicidad, las ofertas vinculantes y los folletos informativos. Puntualiza, no obstante, que en determinadas ocasiones el legislador impone la divulgación de cierta información genérica que puede no estar conectada de forma inmediata con un contrato pero que coadyuva a reforzar las garantías de la contratación futura, como en el caso del art. 10 LSSICE.

contrato, durante el cual los interesados en el mismo realizan un conjunto de actividades (*actos precontractuales*) tendentes al conocimiento, discusión, proposición, aseguramiento y, en su caso, posterior conclusión del contrato en cuestión<sup>374</sup>.

Aun cuando dicha etapa tradicionalmente se ha restringido a los tratos preliminares, así como a la oferta y la aceptación consideradas independientemente<sup>375</sup>, en este trabajo me valgo de una noción amplia de fase precontractual (como la citada), con el fin de englobar dentro de ella a toda la información precontractual relevante. El periodo de formación del contrato apunta a una fase de mayor extensión, comprensiva de todos los actos o relaciones habidos con anterioridad a la celebración del mismo y no solo de los tratos preliminares y la oferta y la aceptación consideradas separadamente<sup>376</sup>.

Efectivamente, en la etapa precontractual en la contratación con EC pueden tener lugar, aparte de las negociaciones preliminares, la oferta y la aceptación, otros actos de igual o mayor relevancia destinados a transmitir información a los clientes. Incluso, en dicho terreno es habitual que en la etapa precontractual, aparte de la oferta y la aceptación, lo único relevante sea la dispensa de información, sin que haya negociaciones u oferta negociable, por lo menos por lo que respecta a la mayor parte de los clientes<sup>377</sup>. Esta ausencia es, por lo demás, un rasgo distintivo de la contratación por adhesión en este o en otros ámbitos<sup>378</sup>. Teniendo en cuenta la anterior idea, la fase precontractual en dicho ámbito se define como “la etapa en la que un potencial cliente de una entidad de crédito, interesado en contratar una operación o servicio bancario, recaba información sobre sus condiciones económicas, de una o varias entidades que ofrecen el mismo producto o servicio”<sup>379</sup>.

Por otra parte, teniendo en cuenta que la etapa precontractual se extiende hasta el instante inmediatamente anterior a la celebración del contrato, también deben entenderse inscritos dentro de ella los formularios contractuales que, en su caso, son exhibidos a los clientes por las EC antes del contrato, a fin de que conozcan los pactos que eventualmente suscribirán. Mientras no se celebre el negocio jurídico, dichos formularios deben ser considerados como soportes de información precontractual.

---

<sup>374</sup> MENÉNDEZ MATO, J. C., *La oferta*, p. 26. MORENO QUESADA, B., “La protección”, p. 451, habla de “periodo antecontractual”. MIRANDA SERRANO, L., “La protección de los consumidores”, p. 185, distingue entre la etapa precontractual y la paranegocial, siendo esta última la de “promoción de la contratación”.

<sup>375</sup> V. MORENO QUESADA, B., “La protección”, pp. 451s.

<sup>376</sup> Respecto de la “noción amplia de fase precontractual” v. MENÉNDEZ MATO, J. C., *La oferta*, pp. 29-31.

<sup>377</sup> LLEBARÍA SAMPER, S., “Protección”, p. 9.

<sup>378</sup> MORENO QUESADA, B., “La protección”, p. 453.

<sup>379</sup> MIRALLES SÁEZ, E., “La protección”, p. 284. Incluso, en la señalada etapa pueden tener lugar determinados contratos instrumentales (precontrato, contrato rector de la negociación y opción de contrato). MENÉNDEZ MATO, J., C. *La oferta*, p. 29.

## b. Publicidad comercial<sup>380</sup>

**[71] Definición.** El art. 2 LGP define ‘publicidad’ como “(t)oda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, (...) o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de (...) servicios, derechos y obligaciones”<sup>381</sup>.

En materia de servicios financieros la actividad publicitaria está definida por los arts. 2.1 Orden EHA/1718/2010 (servicios bancarios) y 2.1 y 2 Orden EHA/1717/2010 (servicios de inversión). Conforme al primero, aquella es toda forma de comunicación en virtud de la cual se ofrecen productos o servicios o se *divulga información* a su respecto, con independencia del medio de difusión utilizado<sup>382</sup>. En virtud del segundo, es toda forma de comunicación dirigida al público en general con la finalidad de promover la contratación, también con independencia del medio de difusión empleado<sup>383</sup>.

En sede doctrinal se ha definido la publicidad como “cualquier tipo de comunicación transmitida a través de los medios de difusión, con objeto de crear una demanda sobre los productos o servicios, y crear y mantener la buena imagen de una empresa”<sup>384</sup>. Y ‘publicidad financiera’ como “toda forma de comunicación que se lleva a cabo con la finalidad de promover la contratación de productos o servicios financieros”<sup>385</sup>.

---

<sup>380</sup> Al hablar de “publicidad” aludo a la de carácter comercial y no a la publicidad en un sentido amplio. Así, no incluyo la referida a la obtención de fines distintos de los propósitos económicos particulares (empresariales o profesionales). Este mismo es el concepto que maneja de publicidad la LGP. V. MARTÍN GARCÍA, M<sup>a</sup>. del L., *La publicidad*, pp. 29s. A su vez, debe distinguirse la publicidad comercial de los sistemas y registros de publicidad administrativa, que en el caso de las EC se traducirían, básicamente, en la obligación de informar al público en general acerca de determinados extremos, así como de registrarlos (v. *gr.*, comisiones y tipos de interés). V. ALONSO ESPINOSA, F., “Comentarios”, p. 24.

<sup>381</sup> El art. 2.a Directiva 2006/114 la define como “(t)oda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial ... o liberal con el fin de promover ... la prestación de servicios”. Acerca del concepto de publicidad v. ALONSO ESPINOSA, F., “Comentarios”, pp. 23-31 y 37s. (y, respecto de su caracterización, pp. 40-46); PINO ABAD, M., “Derecho”, pp. 82s.; y SÁNCHEZ RUIZ, M., “Comentario”, p. 93.

<sup>382</sup> A tenor del n<sup>o</sup> 2.b) y c) del señalado art., no se considerarán actividades publicitarias, quedando excluidas de ellas, los contenidos informativos que aparezcan en Internet en las páginas propias de la EC o en otro medio de difusión, que resulten necesarios para llevar a efecto una contratación. Y tampoco, las informaciones que sobre las características específicas de las operaciones figuren en las páginas operativas de la entidad en Internet en las cuales se lleven a cabo. V. GALÁN CORONA, E., “La publicidad”, pp. 673s. (apuntando que la Orden no altera la noción y significado de la publicidad contenidos en la LGP y que la exclusión de determinadas informaciones no implica que estas queden marginadas de la noción de publicidad, así como de las reglas generales que la disciplinan); y PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, p. 421.

<sup>383</sup> V. GALÁN CORONA, E., “La publicidad”, p. 681; y TAPIA HERMIDA, A., “Desarrollo reglamentario de las normas”, pp. 325s.

<sup>384</sup> MARTÍN GARCÍA, M<sup>a</sup>. del L., *La publicidad*, p. 24. En la acepción que aquí importa, el Diccionario de la RAE la define como “(d)ivulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, ..., usuarios”.

<sup>385</sup> GALÁN CORONA, E., “La publicidad”, p. 669. MIRALLES SÁEZ, E., “La protección”, p. 291, la define como “toda forma de comunicación por la que se ofrezcan operaciones, servicios o productos financieros o se divulgue información sobre ellos, cualquiera que sea el medio que se utilice” (como puede apreciarse, esta definición asimila publicidad y comunicación que divulga *información*). Considerando la amplitud de la noción de publicidad puede incluirse en ella la noción de ‘promoción’ (v. CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario” (a los arts. 60 y 61), p. 490). Esta se define, en la acepción que aquí interesa, como “(c)onjunto de actividades cuyo objetivo es dar a conocer algo o incrementar sus

**[72] Rasgos comunes a la publicidad y la información precontractual.** La publicidad se caracteriza por ser una comunicación independientemente de la forma en que se presente (escrita, verbal, audiovisual, sonora, etc.), por su finalidad de fomento (directo o indirecto) de la perfección de un contrato y por su condición de acto precontractual<sup>386</sup>. Adicionalmente, a tenor de los arts. 2 LGP y 19 TRLGDCU, constituye una “práctica comercial”. Esto implica que se trata de una elaboración de iniciativa de un empresario o profesional, vinculada con cualquier ámbito de la contratación<sup>387</sup>.

Por consiguiente, la publicidad y la información precontractual presentan rasgos comunes<sup>388</sup>. Ambas son comunicaciones, independientemente de la forma en que se presenten<sup>389</sup> (v. las definiciones normativas y doctrinales de publicidad antes

---

ventas”. Por idéntico motivo, puede incluirse la noción de ‘propaganda’. Esta se define, en lo que aquí importa, como “(a)cción o efecto de dar a conocer algo con el fin de atraer adeptos o compradores” (RAE, *Diccionario*). No obstante, se ha señalado que la promoción difiere de la publicidad en que la primera “no pregona las excelencias de lo que se intenta introducir en el mercado, o al menos no lo hace con la energía que cualifica la publicidad, y por el contrario su vis atractiva radica en ofrecer alguna cosa en el momento de la adquisición del producto, que tanto puede ser un descuento, un vale para obtener una rebaja ..., la participación en cierto concurso o sorteo, etc.”. Y, asimismo, que la propaganda se diferencia de la publicidad en que “la primera tiende a extender conceptos o ideas, o, ..., expande ideas o manipula representaciones; mientras que la segunda se limita a difundir el conocimiento de un bien concreto”. PÉREZ GARCÍA, P., *La información*, pp. 196 y 198, respectivamente.

<sup>386</sup> Cfr. MENÉNDEZ MATO, J. C., *La oferta*, p. 92. En cuanto a su finalidad, v. ALONSO ESPINOSA, F., “Comentarios”, pp. 24-26 y 44s.; DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, p. 383 (indicando que es la “promoción de forma directa o indirecta de la contratación”); MARTÍN GARCÍA, M<sup>a</sup>. del L., *La publicidad*, p. 22 (refiriendo que es “la captación directa o indirecta de clientes” y agregando, en las pp. 16s., que en su faceta más global la publicidad se encamina a orientar las preferencias de los consumidores –marketing-, sin perjuicio de hacerlo también a garantizar una adecuada elección -v. también las pp. 27-30-); MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Trascendencia”, p. 40 (indicando que consiste en “determinar la voluntad del consumidor”); MORENO-LUQUE CASARIEGO, C., “La protección”, p. 198 (refiriendo que es “promover la contratación”); PARDO LÓPEZ, M<sup>a</sup>. M., “Comentario”, p. 65; PÉREZ GARCÍA, P., *La información*, p. 181 (señalando que la publicidad puede constituir la “base de una futura negociación”); PINO ABAD, M., “Derecho”, p. 78; y REYES LÓPEZ, M<sup>a</sup>. J., *Manual*, p. 187 (constando que es un “mecanismo que incita a la contratación”). Acerca de su finalidad en el mercado financiero, v. ANDREU MARTÍ, M<sup>a</sup>. del M., *La protección*, p. 120; CUENCA GARCÍA, Á., “La protección”, p. 853 (señalando que en los servicios de inversión la publicidad puede condicionar la toma de decisiones del inversor); GALÁN CORONA, E., “La publicidad”, p. 674; GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Contratación mercantil*, II, p. 862; y LEIÑENA MENDIZABAL, E. e IRÁKULIS ARREGI, N., “Regulación”, p. 10. En cuanto a su ubicación temporal, DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, p. 383, la sitúa antes de los tratos preliminares y de las ofertas de contrato, considerándola como una *invitatio ad offerendum*.

<sup>387</sup> MARTÍN GARCÍA, M<sup>a</sup>. del L., *La publicidad*, p. 22 (y también 26s.); y SÁNCHEZ RUIZ, M., “Comentario”, p. 96 (refiriéndose a la inserción de la publicidad dentro de la noción de “práctica comercial” de la Directiva 29/2005). Tanto la LGP como la LCD tutelan a todos los partícipes en el mercado y no solo a los consumidores. ALONSO ESPINOSA, F., “Comentarios”, pp. 36s. El art. 19.2 (2) TRLGDCU define “prácticas comerciales de los empresarios con los consumidores y usuarios” como “todo acto, omisión, conducta, manifestación o comunicación comercial, incluida la publicidad y la comercialización, directamente relacionada con la promoción, la venta o el suministro de un bien o servicio a los consumidores y usuarios, con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial”. El art. 2.d Directiva 2005/29 también las define, incluyendo la publicidad, que es una “comunicación comercial”.

<sup>388</sup> Eso sí, existen determinados tipos de mensaje publicitario que no contienen información, razón por la cual no me refiero a ellos. En relación con las diferentes formas o contenidos no necesariamente informativos del mensaje publicitario v. MARTÍN GARCÍA, M<sup>a</sup>. del L., *La publicidad*, pp. 24-26.

<sup>389</sup> V., respecto de la amplitud de formas de presentación de la publicidad, *Ib.*, p. 24.

mencionadas). Y las dos tienen una finalidad concurrencial (promover la celebración de contratos)<sup>390</sup> o el propósito de influir en la manifestación de la voluntad negocial<sup>391</sup>.

**[73] Diferencias entre la información precontractual y la publicidad.** En cuanto a las diferencias entre ambas figuras, suele señalarse que mientras la información precontractual se dirige a determinados individuos (los concretos clientes que concurren ante el empresario a demandar productos o servicios), la publicidad lo hace a una gama indeterminada de sujetos o al público en general<sup>392</sup>. Sin embargo, es frecuente encontrar informaciones precontractuales dirigidas, al igual que la publicidad, no a un destinatario concreto, sino a un círculo indeterminado de individuos. Así, resulta habitual que los folletos informativos y las ofertas contractuales de las EC sean elaborados para ser facilitados a una amplia gama de clientes y no solo a uno o algunos en concreto.

Luego, se resalta el carácter objetivo o imparcial de la información frente a la subjetividad o parcialidad de la publicidad. De manera que mientras el propósito de la primera sería la aséptica difusión de información, el de la segunda sería la persuasión de sus destinatarios. Pero lo cierto es que en la mayor parte de las ocasiones la publicidad contiene una mezcla de datos objetivos y subjetivos<sup>393</sup>. Incluso, en ocasiones, la publicidad se oculta bajo la apariencia de un mensaje informativo (publicidad encubierta)<sup>394</sup>.

En tercer término, se destaca que la finalidad de la publicidad es eminentemente económica (fomento de la contratación), mientras que la de la información es la mera difusión de conocimientos o datos<sup>395</sup>. Sin embargo, la finalidad de difusión de datos propia de la información es perfectamente encuadrable en el propósito de fomento de la contratación. Así, puede decirse que tanto ella como la publicidad persiguen idéntico objetivo, aun cuando cada una tienda a él con distinta intensidad<sup>396</sup>.

---

<sup>390</sup> GARCÍA VICENTE, J., “Comentario” (al art. 60), p. 769, indicando que esta finalidad comercial a veces debe explicitarse, como en el caso del art. 20.1 LSSICE.

<sup>391</sup> PAÑOS PÉREZ, A., *Derechos*, p. 54, plantea esta posibilidad como característica de la fase precontractual.

<sup>392</sup> MARTÍN GARCÍA, M<sup>a</sup>. del L., *La publicidad*, p. 24; MENÉNDEZ MATO, J. C., *La oferta*, p. 92 (habla de “*información despersonalizada*”); MORENO-LUQUE CASARIEGO, C., “La protección”, p. 199; NASARRE AZNAR, S., “II.-3:101-II.-3:103”, p. 211; ORTÍ VALLEJO, A., “Comentario” (al art. 13.1 LGDCU), p. 410; RUIZ JIMÉNEZ, J., “La información”, p. 663; y SALELLES CLIMENT, J., “La disciplina”, p. 219.

<sup>393</sup> Cfr., respecto de lo objetivo/subjetivo de una y otra, GÓMEZ SEGADE, J., “Notas”, pp. 156s. (propiciando un estatuto que elimine la parte sugestiva de la publicidad); RUIZ JIMÉNEZ, J., “La información”, p. 663; MARTÍN GARCÍA, M<sup>a</sup>. del L., *La publicidad*, pp. 36s.; MORENO-LUQUE CASARIEGO, C., “La protección”, p. 198; NASARRE AZNAR, S., “II.-3:101-II.-3:103”, p. 211; y ORTÍ VALLEJO, A., “Comentario” (al art. 13.1 LGDCU), p. 410.

<sup>394</sup> V. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J., “Artículo 5”, p. 125; MASSAGUER, J., *Comentario*, p. 225s; y SÁNCHEZ RUIZ, M., “Comentario”, p. 116.

<sup>395</sup> Cfr. ALONSO ESPINOSA, F., “Comentarios”, pp. 25-29 (señalando que aquella es una técnica de *marketing*); MARTÍN GARCÍA, M<sup>a</sup>. del L., *La publicidad*, pp. 37-39; NASARRE AZNAR, S., “II.-3:101-II.-3:103”, p. 211; y ORTÍ VALLEJO, A., “Comentario” (al art. 13.1 LGDCU), p. 409.

<sup>396</sup> En todo caso, existe cierto tipo de publicidad, llamada “institucional”, que no aspira directamente a fomentar la contratación (como acontece con la “comercial” y con la información precontractual en general), sino a crear o conservar una imagen de determinada empresa o marca. V. MARTÍN GARCÍA, M<sup>a</sup>. del L., *La publicidad*, pp. 32-34 (entendiendo que este tipo de publicidad también se encamina a fomentar la demanda); y SÁNCHEZ RUIZ, M., “Comentario”, p. 93.

En fin, debe tenerse en cuenta que, en principio, la publicidad, a diferencia de la información precontractual, presenta una doble dimensión: la relativa al buen funcionamiento del mercado y la negocial<sup>397</sup>. Esto conlleva que su regulación provenga de normas pertenecientes a diferentes ramas del Derecho<sup>398</sup>.

En la primera dimensión la publicidad está regulada por la normativa sobre competencia desleal y por la específicamente referida a ella (cfr. el art. 1 LGP)<sup>399</sup>. Estas disposiciones buscan conseguir, básicamente, la veracidad de los mensajes<sup>400</sup>, en aras del fomento de un orden concurrencial acorde con la buena fe en sentido objetivo (art. 4 LCD)<sup>401</sup>.

En la dimensión negocial, la publicidad está disciplinada por normas contractuales, como los arts. 20 y 21 LSSICE y 18.2 y 61 TRLGDCU. La justificación de estas normas estriba en la importancia que ostenta la publicidad en la toma de decisiones económicas de individuos que están en posición de desigualdad frente al empresario<sup>402</sup>. Adicionalmente, existen normas contractuales específicamente aplicables a las EC. Destacan las relativas al crédito al consumo y a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores, así como determinadas OM y Circulares<sup>403</sup>.

No obstante, tampoco se perciben grandes diferencias entre la información precontractual y la publicidad por lo que atañe al último extremo expuesto. En efecto, también las normas sobre información precontractual, según hemos visto al desarrollar los fundamentos de la obligación de informar, tienen fines relacionados con el buen funcionamiento del mercado, esto es, no exclusivamente negociales. En sentido inverso, aun cuando las normas sobre publicidad aspiren sobre todo a la consecución de finalidades colectivas asociadas a la competencia y a la transparencia del mercado, también, de modo indirecto, aspiran a tutelar la adecuada formación del consentimiento contractual (de consumidores y clientes), con lo que se aproximan a la normativa sobre información precontractual.

---

<sup>397</sup> Cfr. DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, p. 382; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Trascendencia”, p. 77; MORALES MORENO, A-M., *La modernización*, pp. 224s.; MORENO-LUQUE CASARIEGO, C., “La protección”, pp. 199 y 207; NASARRE AZNAR, S., “II-3:101-II-3:103”, p. 211; ORTÍ VALLEJO, A., “Comentario” (al art. 13.1 LGDCU), p. 410; PARDO LÓPEZ, M<sup>a</sup>. M., “Comentario”, p. 66; y PINO ABAD, M., “Derecho”, p. 78 (agregando que tiene una dimensión iusprivatista y otra pública). Y, exclusivamente, en cuanto a la faceta concurrencial de la publicidad, ALONSO ESPINOSA, F., “Comentarios”, pp. 35s.

<sup>398</sup> V., respecto de la normativa aplicable a la publicidad, ALONSO ESPINOSA, F., “Comentarios”, pp. 46ss.; PINO ABAD, M., “Derecho”, pp. 80-82; y MORENO-LUQUE CASARIEGO, C., “La protección”, p. 207.

<sup>399</sup> V. MIRANDA SERRANO, L. y PANIAGUA ZURERA, M., “La protección de los consumidores y usuarios”, pp. 79-81.

<sup>400</sup> MARTÍN GARCÍA, M<sup>a</sup>. del L., *La publicidad*, pp. 17s. y 38.

<sup>401</sup> V., respecto de esta finalidad, en general, RUIZ JIMÉNEZ, J., “La información”, p. 663; y, respecto de las EC, ANDREU MARTÍ, M<sup>a</sup>. del M., *La protección*, p. 120; GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Contratación mercantil*, II, p. 862; y LEIÑENA MENDIZABAL, E. e IRÁKULIS ARREGI, N., “Regulación”, p. 10.

<sup>402</sup> Cfr., en general, ALONSO ESPINOSA, F., “Comentarios”, p. 49; y MARTÍN GARCÍA, M<sup>a</sup>. del L., *La publicidad*, p. 18; y, respecto de las EC, ANDREU MARTÍ, M<sup>a</sup>. del M., *La protección*, p. 120.

<sup>403</sup> ALONSO ESPINOSA, F., “Comentarios”, pp. 49s. Respecto de la normativa referida a la publicidad de las EC v., en general, ANDREU MARTÍ, M<sup>a</sup>. del M., *La protección*, pp. 120-129; y LEIÑENA MENDIZABAL, E. e IRÁKULIS ARREGI, N., “Regulación”, *passim*.

En fin, sin perjuicio de la existencia de reglas especiales en materia de publicidad y de información precontractual, las normas fundamentales referidas a la primera también pueden ser aplicadas a la segunda (*v. gr.*, la exigencia de veracidad de los mensajes). Asimismo, viceversa, las normas fundamentales aplicables a la segunda también pueden serlo a la primera (*v. gr.*, el requisito de suficiencia de los datos suministrados)<sup>404</sup>.

**[74] Asimilación de publicidad e información precontractual.** Sin perjuicio de las diferencias mencionadas (que –según vimos– no está claro que lo sean)<sup>405</sup>, no existe inconveniente alguno en asumir que la publicidad, en una importante cantidad de casos, se estructura sobre la base de un contenido informativo, que la convierte en información precontractual<sup>406</sup>. Incluso, puede que se trate de la principal fuente o medio de información precontractual<sup>407</sup>. Así, la publicidad tendría dos caras: la interna, representada por la información precontractual, y la externa, representada por la publicidad en sentido estricto<sup>408</sup>. La dimensión informativa de la publicidad le otorga un fundamento constitucional a la actividad publicitaria: el derecho a comunicar o recibir información veraz<sup>409</sup>.

---

<sup>404</sup> V, acerca de este párrafo y el anterior, MARTÍN GARCÍA, M<sup>a</sup>. del L., *La publicidad*, pp. y 18s. 38s., respectivamente. En relación con la segunda, el considerando 4 Directiva 2006/114 señala que “(l)a publicidad, lleve o no a la celebración de un contrato, afecta a la situación económica de los consumidores y de los comerciantes”

<sup>405</sup> En todo caso, en multitud de ocasiones no resulta sencillo distinguir entre ambas figuras, siendo incluso posible que el consumidor sea víctima de confusión entre una y otra. MARTÍN GARCÍA, M<sup>a</sup>. del L., *La publicidad*, pp. 35s.

<sup>406</sup> V. ALONSO ESPINOSA, F., “Comentarios”, p. 25 (pero advirtiendo, en las pp. 26-29, que su finalidad va más allá, al ser una técnica de *marketing* de persuasión emocional para contratar); DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “Responsabilidad”, p. 182; DE BARRÓN ARNICHES, P., “Cuestiones”, p. 9 (apuntando, en referencia al panorama europeo sobre servicios, que la obligación de informar y asesorar se extiende también a la publicidad); DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, p. 382; MARTÍN GARCÍA, M<sup>a</sup>. del L., *La publicidad*, pp. 35s. y 40; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Trascendencia”, pp. 40 y 77; MIRALLES SÁEZ, E., “La protección”, p. 291; MIRANDA SERRANO, L., “La protección del consumidor”, pp. 73s.; MORALES MORENO, A-M., *La modernización*, p. 225; MORENO-LUQUE CASARIEGO, C., “La protección”, pp. 198 y 206; NASARRE AZNAR, S., “II.-3:101-II.-3:103”, p. 207 (señalando que el art. II.-3:102 DCFR, referido a las comunicaciones publicitarias, regula una clase específica de información precontractual); PALACIOS GONZÁLEZ, M<sup>a</sup>. D., “El deber”, p. 90; PARDO LÓPEZ, M<sup>a</sup>. M., “Comentario”, p. 65 (advirtiendo que la actividad publicitaria tiene una faceta “comunicativa, expresiva e informativa”); PASQUAU LIAÑO, M., (Comentario al) “Artículo 8.1 y 2”, pp. 143s.; PÉREZ GARCÍA, P., *La información*, pp. 181 y 197ss.; SALELLES CLIMENT, J., “La disciplina”, p. 219 (aludiendo a la actividad publicitaria como “transmisión de una información para determinar un comportamiento con la peculiaridad de destinarse a un colectivo indeterminado de sujetos”); SANTOS MORÓN, M<sup>a</sup>. J., “Información”, pp. 137 y 144; RUIZ JIMÉNEZ, J., “La información”, p. 663; y TEJEDOR MUÑOZ, L., “Protección”, p. 678. Cabe recordar que la RAE, en la acepción que aquí importa, define ‘publicidad’ como “(d)ivulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, ..., usuarios”. En virtud de este concepto, queda de manifiesto la comunidad existente entre publicidad e información, al constituir ambas una “divulgación de noticias o anuncios”. GARCÍA VICENTE, J., “Comentario” (al art. 60), pp. 768s., aun cuando indica que la publicidad sí tiene contenido informativo, precisa que ella es exigible contractualmente (art. 61.2 TRLGDCU) y considera dudosa su pertenencia estricta a los deberes precontractuales de información. Esto, porque cuando ellos se regulan en cuanto tales se determinan plenamente el obligado y el beneficiado y se vincula su satisfacción a la posterior celebración de un contrato. Lo cual –dice– debe entenderse sin perjuicio de la persecución de las falsedades o inexactitudes generadas por la publicidad recurriendo a las normas de competencia desleal o de publicidad.

<sup>407</sup> V. PÉREZ GARCÍA, P., *La información*, p. 197; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 30.

<sup>408</sup> PETIT LAVALL, M<sup>a</sup>. V., “El régimen”, p. 915.

<sup>409</sup> PARDO LÓPEZ, M<sup>a</sup>. M., “Comentario”, p. 65.

A tenor de las precedentes consideraciones, en la contratación con EC resulta pertinente asimilar o tratar conjuntamente la información precontractual y la publicidad<sup>410</sup>. Más aun teniendo en cuenta que el art. 2.1 Orden EHA/1718/2010 entiende por actividad publicitaria toda forma de comunicación en virtud de la cual se *divulga información*, con independencia del medio de difusión utilizado. Además, en dicho ámbito algunas normativas revisten a la publicidad de un matiz claramente informativo, al establecer cuál ha de ser su contenido informativo mínimo (v. *gr.*, art. 9 LCCC), de manera similar a como operan en relación con la información propiamente dicha.

Adicionalmente, la circunstancia de que las EC estén sujetas a prescripciones más rigurosas que las que impone la normativa general a los empresarios en materia de características, contenido y medio de transmisión de la publicidad, semejantes a los exigidos a la información precontractual, conecta todavía más ambas figuras<sup>411</sup>. En fin, es frecuente que en el momento de informársele al cliente acerca de la eventual contratación las EC le proporcionen documentos publicitarios para ilustrarle sobre los principales aspectos del negocio jurídico proyectado. Por esto es que, según veremos, las resoluciones judiciales en materia de contratación con aquellas empresas tienen especialmente en cuenta el contenido de la publicidad en orden a determinar si la EC cumplió o no con su obligación precontractual de informar al cliente.

Así, en la contratación con EC tenemos, por una parte, la “información general” o “publicidad externa” -sometida a la LGP y la LDC- y, por otra, la “información obligatoria” o “publicidad interna”, que es la información precontractual que se debe proporcionar al cliente en las condiciones generales y en las ofertas previas<sup>412</sup>.

No obstante la anterior conclusión, corresponde hacer una precisión: la difusión por los empresarios (por las EC en este caso) de información en los mensajes publicitarios es voluntaria, en tanto que no están obligados a realizarla, lo que la distingue de los deberes informativos<sup>413</sup>. Pero en caso de que lleven a cabo dicha difusión deben sujetarse a los preceptos que la disciplinan, los cuales les imponen a dichas empresas determinadas cargas de información mínima (por ejemplo, decir la verdad)<sup>414</sup>. Incluso,

---

<sup>410</sup> V. ANDREU MARTÍ, M<sup>a</sup>. del M., “Crédito”, p. 450 (respecto de la LCC); FERNÁNDEZ-COSTALES MÚÑIZ, J., “Aspectos”, pp. 3229-3231; FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., *La información*, p. 93; FERRANDO VILLALBA, L., KUSTER BOLUDA, I. y VILA LÓPEZ, N., *La protección*, p. 108; GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Contratación mercantil*, II, p. 862; LEIÑENA MENDIZABAL, E. e IRÁKULIS ARREGI, N., “Regulación”, p. 10; MIRALLES SÁEZ, E., “La protección”, pp. 291s. (incluyendo la información en la noción de publicidad); PETIT LAVALL, M<sup>a</sup>. V., *La protección*, pp. 165s.; ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., *La disciplina*, pp. 61-66 (tratándolas conjuntamente); SÁNCHEZ MIGUEL, M<sup>a</sup>. C., “La responsabilidad”, p. 2441. Cabe apuntar, adicionalmente, que la publicidad de las EC, a tenor del art. 61.1 TRLGDCU, puede ser entendida como una condición del contrato (LLEBARÍA SAMPER, S., “Protección”, p. 13).

<sup>411</sup> Cfr., en relación con los servicios de inversión, ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., *La disciplina*, pp. 61-66. ANDREU MARTÍ, M<sup>a</sup>. del M., “Crédito”, p. 451, en relación con la LCC, considera que la interdicción de la publicidad engañosa o desleal no le ha parecido suficiente al legislador para proteger al consumidor, razón por la cual impuso a la publicidad diversas especificidades en orden a garantizar que el consumidor pudiera elegir entre las diferentes ofertas con conocimiento de causa.

<sup>412</sup> PETIT LAVALL, M<sup>a</sup>. V., *La protección*, pp. 165s.

<sup>413</sup> V., acerca de esta voluntariedad, MORENO-LUQUE CASARIEGO, C., “La protección”, p. 199 (precisando que ella es un derecho de los empresarios); NASARRE AZNAR, S., “II-3:101-II-3:103”, p. 211; ORTÍ VALLEJO, A., “Comentario” (al art. 13.1 LGDCU), p. 410; y PALACIOS GONZÁLEZ, M<sup>a</sup>. D., “El deber”, p. 90.

<sup>414</sup> NASARRE AZNAR, S., “II-3:101-II-3:103”, p. 211; y PALACIOS GONZÁLEZ, M<sup>a</sup>. D., “El deber”, p. 90. Además, no obstante la voluntariedad de la publicidad, puede ocurrir que, una vez



según adelantara, a la publicidad de las EC se imponen requisitos similares a los de la información precontractual.

De manera que, aun cuando la publicidad no es obligatoria en cuanto a su realización, sí está sujeta a prescripciones imperativas. En este sentido, puede asimilarse a las informaciones precontractuales que, sin ser obligatorias, se transmiten de manera voluntaria por las EC, no debiendo conducir ninguna a una incorrecta manifestación de la voluntad negocial del cliente.

### c. Oferta<sup>415</sup>

**[75] Diferencias entre oferta e información precontractual.** La oferta, en cuanto declaración de voluntad que contiene los elementos imprescindibles para la formación del consentimiento (e incluso otros propios de la fase precontractual)<sup>416</sup>, difiere de la información precontractual. Esta última no aspira a erigirse *stricto sensu* en invitación a contratar en los términos en que lo implica la oferta<sup>417</sup>. En efecto, aun cuando la información sea proporcionada en la fase anterior a la celebración de un contrato y con miras a esta, su papel es, antes que todo, transmitir datos en orden a la correcta manifestación del consentimiento de su destinatario, pero no exhortarlo a pactar. Por lo demás, es posible que dicha información se proporcione antes de la oferta o con posterioridad a ella<sup>418</sup>.

**[76] La oferta como soporte de información precontractual.** Con todo, cualquier oferta, aun cuando sea conceptualmente diferente de la información precontractual, suele ser el principal vehículo conductor de información antes de la celebración del contrato<sup>419</sup>. Asimismo, viceversa, es posible que un documento informativo constituya una oferta si contiene los elementos indispensables para la existencia del contrato<sup>420</sup>. En este sentido, según veremos, el art. 60 TRLGDCU, que es la principal norma en materia de información precontractual, al regular el contenido exigible a la información precontractual está disciplinando, a la vez, los requisitos de la oferta.

---

formulada, adquiera obligatoriedad (al integrar el contenido del contrato -art. 61 TRLGDCU-), igual que la información precontractual.

<sup>415</sup> El art. 1262.1 CC establece que “(e)l consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato”. Respecto de esta norma, pueden consultarse BERCOVITZ ÁLVAREZ, G. (Comentario al) “Artículo 1262”, pp. 1491-1494; DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, pp. 326-328; y RIBOT IGUALADA, J., (Comentario al) “Artículo 1262”, pp. 1380-1383.

<sup>416</sup> Acerca de la definición de oferta v. MENÉNDEZ MATO, J. C., *La oferta*, p. 24; y, respecto de sus requisitos, ARROYO I AMAYUELAS, E., “Formación”, pp. 348-350; y DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, pp. 330ss.

<sup>417</sup> Ello, aun cuando ambas tienen un afán comercial: promover la celebración de contratos. GARCÍA VICENTE, J., “Comentario” (al art. 60), p. 769.

<sup>418</sup> En relación con los distintos tipos de información precontractual en la contratación de servicios financieros y sus diferencias con la oferta v. TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del consumidor”, pp. 240-243 (respecto de la contratación a distancia).

<sup>419</sup> Cfr., en general, MIRANDA SERRANO, L., “La protección del consumidor”, pp. 73s.; y PÉREZ GARCÍA, P., *La información*, pp. 189ss.; y, para el caso de las EC, PETIT LAVALL, M<sup>a</sup>. V., *La protección*, p. 166.

<sup>420</sup> V. CALLEJO RODRÍGUEZ, C., “El deber”, pp. 53s.; y TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del consumidor”, p. 239. ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., *La disciplina*, pp. 60s., en materia de servicios de inversión, estima que la tarea informativa desplegada por las ESI constituye una oferta *ad certam personam*, que permite integrar el contenido del contrato, adquiriendo la labor informativa el carácter de comunicación individualizada al cliente.

Naturalmente, como el grado de detalle de la información aumenta con la cercanía a la perfección del contrato, la contenida en la oferta, al ser esta el acto determinante en la etapa precontractual (siendo además el inaugural cuando no median tratos preliminares)<sup>421</sup>, necesariamente habrá de ser más completa que la proporcionada con anterioridad a ella.

La calidad de soporte informativo de la oferta se vislumbra sobre todo en las ofertas vinculantes. Así, el art. 8 LCCC exige que la oferta vinculante que debe hacer el prestamista al consumidor cumpla con las mismas enunciaciones de la información precontractual regulada por el art. 10 (en aras de proteger su adecuada voluntad negocial)<sup>422</sup>. De este modo, en el ámbito bancario las ofertas vinculantes son entendidas por el legislador de consumo como “información”<sup>423</sup>.

**[77] La oferta como soporte de información precontractual, las condiciones generales y la publicidad.** En su calidad de soporte de información precontractual la oferta se vincula, aparte de con la información precontractual propiamente dicha, con otras figuras de índole informativa, como las condiciones generales de la contratación y la publicidad.

Según expongo en el siguiente título, dichas condiciones constituyen un posible vehículo de transmisión de información, al tener que cumplir con determinados requisitos de inclusión tendentes a que el cliente se percate de que el contrato estará gobernado por ellas y pueda conocer su contenido. Pues bien, existe una íntima conexión entre oferta y condiciones generales, ya que aquella frecuentemente las recogerá o hará referencia a ellas.

Por otra parte, si la publicidad contiene todos los elementos del contrato promocionado por su intermedio, así como una verdadera voluntad contractual, llegará a constituir una auténtica oferta de contrato<sup>424</sup>. Cuando acontece así, la analogía de la información (publicitaria) con la oferta es mucho más intensa que la que suele presentarse entre ambas en general, en cuanto la primera no siempre constituye *stricto sensu* una invitación a contratar. En este sentido, cabe tenerse presente que el art. 61 TRLGDCU prescribe que tanto la oferta como la publicidad integran el contenido del contrato de consumo.

---

<sup>421</sup> MENÉNDEZ MATO, J. C., *La oferta*, p. 36, señala que es “la primera actividad precontractual dotada de <<auténtica voluntad de contratar>>”.

<sup>422</sup> Cfr. ANDREU MARTÍ, M<sup>a</sup>. del M., “Crédito”, p. 45; MIRANDA SERRANO, L., “La protección de los consumidores”, p. 215; y SANTOS MORÓN, M<sup>a</sup>. J., “Información”, p. 137 (todos en referencia a la LCC).

<sup>423</sup> GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1474. No obstante, en “Comentario” (al art. 60), pp. 768s., pone en duda la pertenencia estricta de las ofertas vinculantes a los deberes precontractuales de información (con cita de los arts. 16 y 17 LCC), puesto que cuando estos se regulan en cuanto tales se determinan plenamente el obligado y el beneficiado y se vincula su satisfacción a la posterior celebración de un contrato. Extiende esta idea a los folletos informativos, al tener estos el mismo valor que la oferta.

<sup>424</sup> Cfr. DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, pp. 383s.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Trascendencia”, pp. 77s.; MENÉNDEZ MATO, J. C., *La oferta*, pp. 92s. (apuntando que en caso contrario la publicidad sólo será encuadrable en los tratos preliminares); y MIRANDA SERRANO, L. y PANIAGUA ZURERA, M., “La protección de los consumidores y usuarios”, p. 89 (consignando que por regla general la publicidad será una oferta al público o *ad incertam personam*); y TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del consumidor”, p. 240. Por lo que atañe a las diferencias entre oferta y publicidad (y promoción), se ha señalado que aquella va dirigida a un individuo concreto (aun cuando en un principio no lo sea, debiendo con posterioridad determinarse), mientras que la segunda a una generalidad de sujetos. PÉREZ GARCÍA, P., *La información*, pp. 187s.

#### d. Formularios contractuales

##### [78] Los formularios contractuales como soportes de información precontractual.

La forma contemporánea de contratación con empresarios y profesionales presenta como nota distintiva la de concluirse habitualmente sobre la base de los formularios contractuales previamente redactados por aquellos, que son impuestos a los clientes<sup>425</sup>. Naturalmente, el momento de perfección del contrato se identifica con el de su celebración. No obstante, en ocasiones los mencionados formularios son puestos a disposición de los clientes de las EC antes de la celebración, de manera que aquellos tienen la posibilidad de tomar conocimiento (informarse) de las condiciones que contendría el contrato con carácter previo a su manifestación de voluntad. Así, dichos formularios son también vehículos de información precontractual<sup>426</sup>.

La principal relación entre dichos formularios y el deber precontractual de información estriba en que esta debe plasmarse en el documento contractual de manera destacada. Así, en los ámbitos de ausencia de negociación, la plasmación de las cláusulas contractuales en aquellos documentos se transforma para el cliente en la principal fuente de información acerca de contenido del negocio jurídico<sup>427</sup>.

En el anterior sentido, debe tenerse presente que los formularios que las EC exhiben a los clientes antes de la perfección contractual contienen por lo común las condiciones generales que habrán de regir la vida del negocio jurídico, apareciendo normalmente recogidas o referidas en la oferta (escrita) del predisponente<sup>428</sup>. Dichas condiciones

<sup>425</sup> En la contratación de servicios financieros cierta normativa contempla la posibilidad de usar contratos-tipo, como ocurre, por ejemplo, con el RD 217/2008. CABALLERO NÚÑEZ, G., “Las obligaciones”, p. 113.

<sup>426</sup> V. FLORES DOÑA, M<sup>a</sup>. de la S., “Naturaleza”, p. 8 (que vincula la exigencia de contenido mínimo de los contratos celebrados con EC con los deberes de información); GÓMEZ POMAR, F., “El incumplimiento”, p. 6 (señalando que “(m)uchos textos contractuales no son hoy simple documentación de las obligaciones principales de las partes, como presupone el Código civil, y que ya el derecho dispositivo, o los usos, se encargarán de integrar. Son, por el contrario, complejas operaciones en las que las partes intercambian esencialmente información y predicciones de futuro sobre fenómenos de la realidad con múltiples dimensiones y aspectos”); y LLÁCER MATA CÁS, M<sup>a</sup>. R., “Obligaciones”, p. 157 (que indica que “la documentación tiene un valor informativo, a la vez que vehicula el contenido mínimo obligatorio de los contratos”). En teoría, la información precontractual es la que no se contiene en dichos formularios y la contractual la que se consigna en ellos. Así, existiría un deber precontractual de información y otro contractual. No obstante, la distinción entre ambos no resulta provechosa por cumplir los dos idéntica finalidad: “ilustrar a los destinatarios de las ofertas respecto del alcance del contrato que van a celebrar”. MORENO QUESADA, B., “La protección”, pp. 456s. Además, resulta dificultoso distinguir entre información precontractual y contractual. Así, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Trascendencia”, p. 82, aborda las cuestiones de la forma y documentación del contrato en la fase precontractual, aludiendo a que en relación con ellas nos hallamos en la frontera de la fase contractual; MENÉNDEZ MATO, J. C., *La oferta*, pp. 28s., apunta que ya no suelen distinguirse tres momentos en el *iter* contractual, a saber, la etapa de formación, perfeccionamiento y ejecución del contrato; diferenciándose hoy (concepción amplia de la fase precontractual) solo entre la primera (precontractual) y la última (contractual), considerándose la segunda como “línea de intersección” o “momento fronterizo”; sin que resulte sencillo determinar qué es precontractual y qué contractual; y MORENO-LUQUE CASARIEGO, C., “La protección”, p. 197, resalta que mucha de la información concebida como propiamente contractual en realidad es de índole precontractual (en relación con la LGDCU).

<sup>427</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, pp. 29s.

<sup>428</sup> V., en general, DURANY PICH, S., (Comentario a los) “Artículos 5 y 7”, p. 286. En Cataluña debe tenerse en cuenta el art. 123-3 CCC, que consagra, en la fase precontractual, el derecho de los consumidores “a que se les entregue, con un tiempo suficiente y razonable, un modelo de contrato con las condiciones generales previstas”.

deben cumplir con determinados presupuestos de incorporación, los que, según veremos *infra* § 125, son de carácter informativo. En este orden de ideas, debe tenerse en consideración, asimismo, que aun cuando las prestaciones principales del contrato (precio, cualidades y tipo de servicio) suelen ser negociadas individualmente, no resulta extraño que su descripción conste en cláusulas predisuestas<sup>429</sup>.

Adviértase, eso sí, que el papel informativo de los formularios de condiciones generales puede verse debilitado por la circunstancia de que los empresarios y los profesionales no suelen entregar a los adherentes dichos formularios con una antelación razonable, presentándoselos inmediatamente antes de la firma. La razón de este proceder es que los empresarios y profesionales frecuentemente se centran en recoger dicha firma y no en ilustrar al adherente acerca de extremos que podrían conducirle a desistir del negocio<sup>430</sup>.

**[79] Formularios contractuales y contenido informativo mínimo.** Ahora bien, la calidad de soportes informativos de los formularios contractuales se ve reforzada en el terreno de la contratación con EC por aquellas normas que imponen un contenido mínimo a los contratos e, incluso, exigen su suscripción con base en los modelos por ellas disciplinados (*v. gr.*, Orden EHA/2899/2011 y LCCC)<sup>431</sup>.

En efecto, cuando tales normas disciplinan los contenidos mínimos de dichos documentos exigen a estos idénticas o similares menciones que las requeridas por las disposiciones sobre información precontractual, lo que daría cuenta de que dichas normas asumen que el contenido mínimo que debe expresarse en los contratos opera como información precontractual. A modo de ejemplo, la Norma décima de la Circular 5/2012, que desarrolla el contenido mínimo de los contratos bancarios, se encuentra situada en el capítulo referido a la información precontractual. Adicionalmente, los arts. 8 y 12 Orden EHA/1608/2002 (sobre servicios de pago) establecen un mismo contenido para la información y para las condiciones de las operaciones de pago singulares y de los contratos marco, respectivamente. Además, en relación con estos últimos el art. 11.3 señala que la facilitación de la información y de las condiciones podrá cumplirse entregando al usuario una copia del borrador del contrato marco que incluya la información y condiciones exigidas por el art. 12. En fin, el art. 10 LCCC señala cuáles son las informaciones que le debe proporcionar el prestamista al consumidor, siendo semejantes a las menciones exigidas por el art. 16.2 LCCC a los documentos contractuales<sup>432</sup>.

#### e. Asesoramiento

**[80] Asesoramiento en la contratación entre las EC y sus clientes.** En algunos ámbitos, durante la fase precontractual, el sujeto que suministra información con miras a la celebración de un contrato no solo se limita a esta tarea, sino que además emite un

---

<sup>429</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 109.

<sup>430</sup> BALLUGERA GÓMEZ, C., *El contrato*, p. 41.

<sup>431</sup> V. GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1473 (y nota 62). Y también, en general, AA.VV., CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *El Derecho*, p. 227; y CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario” (a los arts. 60 y 61), p. 491.

<sup>432</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 5”, p. 186, señala que una de las perspectivas desde la cual se refieren las normas de transparencia contenidas en la LCGC a la información que una parte debe dispensar a la otra es la de los extremos acerca de los que se debe informar, para lo cual, en ocasiones, se establece un determinado contenido contractual (y el deber de suministrar información previa).

consejo acerca de ciertos extremos, sea a petición del cliente sea de forma espontánea o por encontrarse obligado a ello<sup>433</sup>. Así ocurre en ocasiones en el caso de las EC<sup>434</sup>.

Eso sí, debe distinguirse con claridad el asesoramiento de la mera comercialización de un producto o de la captación de clientes (v. el art. 63.4 LMV)<sup>435</sup>. En todo caso, en muchas ocasiones resulta difícil determinar si ha habido una u otra cosa<sup>436</sup>.

Aparte de los supuestos en que media formalmente un contrato de asesoramiento<sup>437</sup>, esta relación puede encontrar su causa en la particular relación de confianza que liga a

---

<sup>433</sup> Entiendo que, a la luz del Diccionario, consejo y asesoramiento son sinónimos. El primero se define como “parecer o dictamen que se da o toma para hacer o no hacer algo” y ‘aconsejar’ como “dar consejo o dictamen”. RAE, *Diccionario*.

<sup>434</sup> El asesoramiento en la contratación con EC puede tener lugar en el marco de una relación no entablada específicamente con este fin o en el de una concertada explícitamente a tal efecto. El art. 10 Orden EHA/2899/2011 define asesoramiento como una “recomendación personalizada” efectuada por una EC respecto de un cliente concreto en relación con servicios bancarios disponibles en el mercado. Adicionalmente, se refiere al caso en que las partes, en el terreno de los servicios bancarios, suscriben un contrato de asesoramiento. En esta hipótesis, la prestación de este servicio estará sometida al régimen de transparencia disciplinado por la señalada Orden, que, entre otras, regula la obligación precontractual de informar, principalmente en su art. 6. En el caso de la hipoteca inversa, el asesoramiento es obligatorio a más tardar con ocasión de la entrega de la oferta vinculante (art. 32.b). Por su parte, el art. 63.1.g LMV señala que el asesoramiento en inversiones es “la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente”, a solicitud de éste o a iniciativa de la ESI, en relación con operaciones sobre instrumentos financieros. Así, no se entienden como asesoramiento las recomendaciones genéricas y no personalizadas que puedan tener lugar en la comercialización de valores e instrumentos de dicho tipo, las cuales tendrán el valor de comunicaciones comerciales. V. también el art. 4.1.4 Directiva 2004/39. Respecto del asesoramiento bancario v. PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, pp. 421s. (que distingue entre asesoramiento vía explicaciones y contrato de asesoramiento); RODRÍGUEZ MASEDA, J. C., “Las operaciones bancarias”, pp. 597s.; y SÁNCHEZ MONJO, M., “El nuevo”, p. 297s. (precisando que solo puede tener lugar en virtud de un contrato). Acerca del asesoramiento en inversiones v. CUENCA GARCÍA, Á., “La protección”, pp. 857s.; FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup> de L., “La aplicación”, pp. 24s.; MOLONEY, N., *How to Protect Investors*, pp. 192ss. (respecto del Derecho comunitario); MORALEJO, I., “Las nomas”, pp. 355-357; y RODRIGO PEREDA DE PABLO, Á., “El asesoramiento”, pp. 502-504. También puede consultarse CNMV, DEPARTAMENTO DE SUPERVISIÓN ESI-ECA, *Guía sobre la prestación*, en que se contienen diferentes criterios para determinar cuándo concurre la relación de asesoramiento. En el anexo de la misma se contiene el documento del CESR titulado “Questions and Answers, Understanding the definition of advice under MiFid”, de abril de 2010 (ref. CESR/10-293).

<sup>435</sup> V. PARDO GARCÍA, B., *La comercialización*, p. 19; y RODRIGO PEREDA DE PABLO, Á., “El asesoramiento”, p. 505. La importancia de tener claridad a este respecto estriba en que, en materia de servicios de inversión, el asesoramiento obliga a las ESI a cumplir con determinadas obligaciones (v. *gr.*, evaluación de la idoneidad del producto o servicio -v. *infra* § 194-), que no deben cumplir en el caso de la mera comercialización de un producto o servicio (v. FLORES DOÑA, M<sup>a</sup> de la S., “Ejes”, p. 27; y MORALEJO, I., “Las nomas”, p. 355).

<sup>436</sup> CUENCA GARCÍA, Á., “La protección”, pp. 853 y 858; y PARDO GARCÍA, B., *La comercialización*, p. 19. Más aun teniendo en cuenta que las EC han solido comercializar productos presentándose ante los clientes como si les asesorasen. ZUNZUNEGUI, F., “Informe”, p. 8 (respecto de las participaciones preferentes). En la propuesta comunitaria de reforma de la normativa MiFID se contempla que las ESI deben distinguir claramente entre la mera comercialización y el asesoramiento, con lo que el ámbito de este tenderá a ampliarse. V. CENTRO DEL SECTOR FINANCIERO DE PWC e IE BUSINESS SCHOOL, *MiFID II*, p. 22. En el Derecho interno, para contribuir a solucionar esta problemática en materia de servicios de inversión, la Norma cuarta, apartado 5, de la Circular 3/2013 establece que “(c)uando la entidad preste un servicio relativo a instrumentos de carácter complejo diferente del asesoramiento en materia de inversión o de gestión de carteras y desee incluir en la documentación que debe firmar el inversor una manifestación en el sentido de que no le ha prestado el servicio de asesoramiento en materia de inversión, deberá recabar junto a la firma del cliente una expresión manuscrita que dirá: «No he sido asesorado en esta operación»”.

<sup>437</sup> ESPÍN GUTIÉRREZ, C., “El conocimiento”, p. 285.

determinados sujetos en ciertas situaciones<sup>438</sup>. Asimismo, el principio de buena fe puede fundamentar algunas veces una relación de asesoramiento, por ejemplo, cuando un intermediario en inversiones se vale de determinadas expresiones o conductas que mueven al cliente a invertir<sup>439</sup>. En definitiva, a pesar de que no se haya suscrito un contrato de asesoramiento, esta relación puede entenderse concurrente en virtud de las circunstancias particulares del caso, como hace una significativa cantidad de resoluciones judiciales<sup>440</sup>.

**[81] Diferencias y rasgos comunes entre asesoramiento e información precontractual.** Resulta difícil distinguir en el Derecho bancario las nociones de información y consejo<sup>441</sup>. En general, suele plantearse que el asesoramiento y la información precontractual difieren en que la segunda implica una transmisión neutral de datos que no mueve a hacer algo (a contratar), en tanto que el asesoramiento carece de dichas notas distintivas, esto es, no involucra neutralidad, sino que precisamente aspira a dirigir una voluntad en determinado sentido<sup>442</sup>.

---

<sup>438</sup> PÉREZ GARCÍA, P., *La información*, p. 95; y VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, pp. 136s.

<sup>439</sup> V. BASOZABAL ARRUE, X., “En torno”, p. 695, aclarando que por lo general la buena fe no impone un deber de asesorar.

<sup>440</sup> En este sentido, el TJUE, en la sentencia de 30-5-13 (asunto C-604/11), pronunciándose acerca de una cuestión prejudicial planteada por el JPI nº 12 de Madrid, a través del auto de 14-11-11, a propósito de un *swap* de tipos de interés, señala que “el artículo 4, apartado 1, punto 4, de la Directiva 2004/39 debe interpretarse en el sentido de que el hecho de ofrecer un contrato de permuta financiera a un cliente con objeto de cubrir el riesgo de variación del tipo de interés de un producto financiero que ha suscrito dicho cliente es un servicio de asesoramiento en materia de inversión, tal como se define en dicho precepto, siempre que la recomendación relativa a la suscripción de ese contrato de permuta se dirija a dicho cliente en su calidad de inversor, que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público”. La sentencia está comentada en MERCADAL VIDAL, F., y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., “La comercialización de *swaps* de tipos de interés como parte de productos financieros”. En la jurisprudencia interna, la SAP Zaragoza (4) 10-5-13 (FD 8) señala, didácticamente, que “no es necesario que haya contrato específico de asesoramiento para que exista tal. Más aún cuando es un cliente de “banca personal”, que proviene de una “gestora de carteras”. Y ello, porque recogiendo el símil de D. ... y una interpretación acorde al art.3-1 C.c, si quien va a comprar tornillos es un carpintero, ferretero o aficionado al bricolage, seguramente sabrá qué clase de tornillo necesita; de lo contrario, precisará del asesoramiento del empleado de la droguería o ferretería. Pues asesorar, como también expuso el Sr. ..., es explicar riesgos, pros y contras”. La SAP Álava (1) 15-9-11 (FD 3) deriva la concurrencia del asesoramiento de la publicidad efectuada por la EC; y la SAP Madrid (14) 23-12-12 (FD 5) estima que entre la EC y los clientes mediaba una relación de asesoramiento, y no solo de depósito y administración de valores, teniendo en cuenta la información precontractual y contractual, la publicidad, las recomendaciones y consejos de la entidad y las declaraciones de los empleados de la misma. También pueden consultarse las SAP Asturias (5) 23-7-10 (FD 3) y (7) 26-9-11 (FD 3); Cáceres (1) 26-3-12 (FD 5); Islas Baleares (5) 20-6-11 (FD 5) y 2-9-11 (FD 2); Lugo (1) 2-5-11 (FD 2) y 13-7-11 (FD 1); Madrid (18) 17-5-11 (FD 3); Navarra (1) 11-7-11 (FD 4); y Tarragona (1) 1-9-11 (FD 5). En sentido contrario, entienden que no hubo asesoramiento en atención a las circunstancias del caso las SAP Madrid (18) 29-11-11 (FD 3) y (19) 21-3-11 (FD 5); y Valencia (9) 6-10-10 (FD 2) y 15-2-11 (FD 4). V. BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y., “El caso”, pp. 217s. (y nota 18 –en las que menciona algunas de las referidas sentencias-). Las SAP Asturias e Islas Baleares citadas están reseñadas en CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M<sup>a</sup>. de la C, GALLEGO CÓRCOLES, A. y MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, M<sup>a</sup>. del P., “Crónica jurisprudencial del segundo semestre del año 2011 relativa al mercado de valores”, pp. 314s. y 317, respectivamente.

<sup>441</sup> BOUCARD, F., *Les obligations*, p. 20.

<sup>442</sup> V., en general, FABRE-MAGNAN, M., *De l'obligation*, pp. 9 y 384; GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, p. 120; y PÉREZ GARCÍA, P., *La información*, pp. 95s. (apuntando que es diferente la información que un banco entrega a un potencial cliente en relación con las diversas modalidades de invertir sus recursos que el consejo acerca de cuál de ellas es la más conveniente para él); y, en relación

No obstante, existen más puntos en común entre ambas figuras que diferencias<sup>443</sup>. Así, es frecuente que la transmisión de determinadas informaciones lleve aparejado un consejo implícito<sup>444</sup>. En sentido contrario, el asesoramiento genera la obligación de informar<sup>445</sup>. Incluso, puede decirse que constituye una clase de información o que todo consejo comporta la transmisión de una información<sup>446</sup>. Adicionalmente, en la contratación con EC el otorgamiento de explicaciones a los clientes antes de la contratación (que es un deber conforme al art. 9 Orden EHA/2899/20011) puede ser asimilado al asesoramiento<sup>447</sup>.

Por lo demás, las diferencias que suelen esgrimirse entre asesoramiento e información precontractual no resultan tan claras. Por lo que concierne a la neutralidad de los datos transmitidos, en una gran cantidad de supuestos no resulta nada sencillo distinguir entre información precontractual propiamente dicha (en cuanto conjunto de datos proporcionados de forma imparcial u objetiva) y asesoramiento (entendido como transmisión subjetiva de datos inclusiva de una recomendación). Habitualmente, este se lleva a efecto sobre la base del cúmulo de datos objetivos manejado por quien lo realiza. Así, la carga de subjetivismo que frecuentemente se atribuye al asesoramiento tiende a moderarse, al erigirse en una “opinión apoyada en datos neutrales”<sup>448</sup>. Adicionalmente, es habitual que el asesoramiento se lleve a cabo con base en una transmisión de opiniones que son presentadas como si estuvieran constituidas solo por datos asépticos (objetivos) y no, por tanto, cargadas de subjetividad.

Luego, al igual que la información precontractual, todo asesoramiento precontractual se realiza con miras a una futura contratación, sin perjuicio de que la primera pueda no proporcionarse para mover una voluntad en determinada dirección, es decir, en términos asépticos o neutros; y aquel sí se lleve a cabo con tal propósito. Sin embargo, tampoco debe darse por hecho que la información precontractual no aspira a mover la voluntad de su destinatario hacia la celebración del contrato, ya que en la mayor parte de las ocasiones sí lo hace. Cuando una EC transmite información precontractual a un potencial cliente, lo hace con el afán de allanar el terreno a la emisión del consentimiento contractual, impulsando la voluntad del cliente en esta dirección. Esta afirmación resulta todavía más fundada en el caso de la información contenida en las ofertas contractuales, así como en el de la publicidad con contenido informativo, que apuntan categóricamente a la consecución de la referida finalidad.

En definitiva, el asesoramiento constituye un vehículo de información precontractual, al ser una *transmisión de datos*. Recuérdese que ‘información’ es “comunicación o adquisición de conocimientos que permiten ampliar o precisar los que se poseen sobre una materia determinada” (RAE). Pues bien, considerando que el asesoramiento, en

---

con las EC, BOUCARD, F., *Les obligations*, p. 24; y FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., *La información*, pp. 124s.

<sup>443</sup> FABRE-MAGNAN, M., *De l'obligation*, p. 9.

<sup>444</sup> V. DEL OLMO GARCÍA, P., “Responsabilidad”, p. 346; FABRE-MAGNAN, M., *De l'obligation*, p. 9; y GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, p. 119 (señalando que “si se advierte de los riesgos que encierra cierto contrato, se está aconsejando indirectamente tomar medidas de precaución adicionales o sencillamente renunciar a celebrarlo”).

<sup>445</sup> BASOZABAL ARRUÉ, X., “En torno”, p. 696.

<sup>446</sup> BOUCARD, F., *Les obligations*, p. 23; y PÉREZ GARCÍA, P., *La información*, p. 95 (apuntando que “el consejo supone una información que orienta la decisión de la otra parte e incluso, en algunas ocasiones, puede intentar sustituirla”). Así también lo trata DE SÁ. A., *Direito*, pp. 81ss.

<sup>447</sup> PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, pp. 420s.

<sup>448</sup> V. DEL OLMO GARCÍA, P., “Responsabilidad”, p. 346.

virtud de los datos que son transmitidos a través de él, permite ampliar o precisar los conocimientos que se poseen respecto de una determinada materia, cuando tiene lugar antes de la celebración de un contrato, constituye también información precontractual<sup>449</sup>.

**[82] El deber de consejo o asesoramiento.** Otra cuestión relevante en relación con el asesoramiento consiste en determinar si la obligación precontractual de informar implica que su deudor debe, a la vez, aconsejar al acreedor<sup>450</sup>.

En general, no todo obligado a informar lo está, a la vez, a aconsejar. No obstante, determinados sujetos sí tienen el deber de dar consejo. Así, por ejemplo, los prestadores de servicios no solo deben cumplir con la obligación precontractual de informar, sino, más precisamente, con la de asesorar al cliente, salvo cuando este haya debido estar al tanto de los riesgos que asume en atención a su profesión o formación<sup>451</sup>. Asimismo, según hemos visto, la relación de asesoramiento puede justificarse en atención a las circunstancias concretas, por ejemplo, sobre la base de la buena fe o de una situación de confianza.

Entre los sujetos sobre los que recae el deber de asesorar destacan los profesionales pertenecientes a un campo de intenso carácter técnico y, en general, los informantes que tengan una relación de confianza con el informado<sup>452</sup>. De este modo, la obligación de informar es más extensa en determinados contratos, considerando la materia a que se refieren, como los celebrados con EC, en los que junto con dicha obligación concurre, en ocasiones, el deber de consejo<sup>453</sup>. Si bien las EC no deben informar y asesorar a todos los clientes, sí corresponde que lo hagan cuando sobre ellas, consideradas las circunstancias del caso, recae un deber jurídico de actuar<sup>454</sup>. En este sentido, a modo de ejemplo, la SAP Álava (1) 15-9-11 (FD 6) señala que “por la propia publicidad que (La EC) emplea, queda obligada al asesoramiento que anuncia, y que presenta como uno de los elementos que personalizan su servicio y caracterizan su prestación”.

De modo más específico, conforme a las anteriores ideas y sin desconocer la existencia de posiciones discrepantes, en mi opinión las EC cargan con el deber de asesorar a los

---

<sup>449</sup> Eso sí, el deber de asesorar o aconsejar implica el cumplimiento de requisitos más rigurosos, por ejemplo, en materia de información al cliente. V. BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y., “El caso”, p. 216; BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, pp. 518s; GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, p. 120; y TAPIA HERMIDA, A., “La jurisprudencia reciente”, p. 330. Así, los deberes de informar y aconsejar se diferencian básicamente en cuanto al contenido de la información que se transmite. FABRE-MAGNAN, M., *De l’obligation*, p. 385.

<sup>450</sup> Lo cual debe entenderse sin perjuicio de los casos en que pueda colegirse, a la luz de las circunstancias, que se ha asumido directamente el deber de consejo. GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, p. 120.

<sup>451</sup> DE BARRÓN ARNICHES, P., “Cuestiones”, p. 9 (en referencia al panorama europeo sobre servicios). STIGLITZ, R., “La obligación”, p. 53, considera que, en términos generales, el deber de consejo deriva del de informar.

<sup>452</sup> V. GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, pp. 119-121, agregando los supuestos en que el informante haya asumido el deber de consejo.

<sup>453</sup> DE SÁ, A., *Direito*, pp. 20s.; y GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1464. FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., *La información*, p. 125, concibe el consejo en la contratación con EC como una actividad adicional al deber de informar.

<sup>454</sup> Por el contrario, cuando el respectivo contrato se circunscribe a una prestación acotada a una conducta específica de la EC, a pesar de que esta tenga la obligación de informar al cliente, no estará obligada a asesorarle. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el contrato de administración de valores. V. NAVARRO GANCEDO-RODRÍGUEZ, F., “La información”, p. 75.



clientes cuyos conocimientos, experiencia o cualificación les impiden comprender adecuadamente la respectiva operación, en el sentido de que por lo menos deben prevenirles, en su caso, acerca de la inconveniencia de la misma para sus intereses, lo que en la práctica se traduciría esencialmente en una “recomendación de no contratar”<sup>455</sup>. Esta conclusión se apoya en los siguientes argumentos.

Primero, en que dichos clientes no tienen la condición de profesionales del mercado financiero. Así, su falta de experiencia negocial o de conocimientos deriva en que las EC deban realizar un esfuerzo adicional para hacerles accesible la información necesaria en orden a su decisión de contratar. El deber de consejo que recae sobre las EC en relación con los mencionados clientes se extiende a la ilustración de los aspectos cuyos riesgos, considerando sus conocimientos, no logran comprender, cuando dichas entidades sepan o razonablemente puedan saber que aquellos clientes los desconocen. Sobre todo en casos en que la infrecuencia o la complejidad del negocio resultan mayores<sup>456</sup>. De este modo, en los supuestos en que la mera transmisión de información (en tanto que integrada por datos objetivos) no sirva al cliente para tomar una decisión, si la EC carga con la obligación de informar y las circunstancias lo requieren (por ejemplo, en atención a la complejidad de la información), deberá, además, aconsejar al cliente. Por ejemplo, cuando le proporciona una información demasiado técnica –no comprensible para aquel- que da cuenta de la necesidad de que venda unos títulos<sup>457</sup>.

La imposición a las EC del deber de aconsejar a los mencionados clientes se apoya, asimismo, en la obligación general de informar a dichos clientes que, según he apuntado, recae sobre las referidas entidades. El cumplimiento de esta obligación supone que la información que se proporcione a tales individuos debe adaptarse a sus circunstancias (lo exige expresamente respecto de los consumidores el art. 60 TRLGDCU), lo que implica que las EC deben aconsejarles<sup>458</sup>.

En la anterior línea, a mi modo de ver, la normativa sobre servicios financieros se ha decantado por establecer el deber de las EC de asesorar a sus clientes o, por lo menos, el de ilustrarles de manera adecuada acerca de aspectos que van más allá de los contenidos exigidos expresamente por las normas sobre información precontractual, proceder que por lo general resultaría difícilmente distinguible de un consejo, sobre todo de una recomendación en de no contratar. En efecto, el art. 11 LCCC establece el deber de

---

<sup>455</sup> Utilizo el término “recomendación” porque es el empleado por los arts. 10 Orden EHA/2899/2011 y 63.1.g LMV para definir el asesoramiento. No obstante, debe tenerse presente que, en rigor, el consejo supone una invitación a seguir determinado comportamiento que resulta menos intensa que la que implica una recomendación. V. DEL OLMO GARCÍA, P., “Responsabilidad”, p. 345. En contra de que las EC deban asesorar a los clientes en términos generales se manifiesta GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, p. 120, porque el consejo bancario implicaría que la respectiva entidad, en tanto que profesional, debe “realizar un estudio atento de las concretas necesidades y particularidades patrimoniales del posible cliente antes de aconsejarle”. No obstante, luego menciona la asunción del deber de consejo o la existencia de una relación de confianza como fundamentos de la actividad de consejo. Ante lo cual debe tenerse presente que las relaciones entre los mencionados clientes y las EC se basan precisamente en una situación de confianza.

<sup>456</sup> V. DE SÁ. A., *Dereito*, pp. 85-87; FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., *La información*, p. 125; y FERRANDO VILLALBA, L., KUSTER BOLUDA, I. y VILA LÓPEZ, N., *La protección*, p. 105. En contra, BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y., “El caso”, p. 236, para quien si solo hay intermediación las EC no están obligadas a valorar la adecuación del producto al perfil del cliente, sino solo a ofertar, presentar, informar y posibilitar la adquisición del mismo de manera correcta.

<sup>457</sup> V. BOUCARD, F., *Les obligations*, pp. 25s.

<sup>458</sup> V. FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., *La información*, p. 125; y FERRANDO VILLALBA, L., KUSTER BOLUDA, I. y VILA LÓPEZ, N., *La protección*, p. 105.

asesorar, aconsejar o asistir a los clientes<sup>459</sup>. Asimismo, el art. 9 Orden EHA/2899/2011 exige a las EC que en la etapa precontractual les otorguen determinadas explicaciones a sus clientes<sup>460</sup>, que van más allá de la información precontractual requerida por dicha Orden. En fin, la normativa sobre servicios de inversión (art. 79 *bis*.7 LMV) exige a las ESI que examinen la conveniencia de algunos productos en orden a determinar si se adecuan o no a los conocimientos, experiencia o cualificación de los clientes. A tenor de dicha normativa, las ESI tienen el deber de advertir al cliente, en su caso, que el producto o servicio no es adecuado para él. Parece evidente que cuando las referidas empresas cumplen con esta exigencia le estarían recomendando (indirectamente) al cliente no contratar el correspondiente producto o servicio<sup>461</sup>.

Teniendo en cuenta las anteriores ideas y sobre todo considerando que el deber de consejo supone una adaptación a las necesidades de los clientes, las EC deberían recabar de estos los antecedentes que les permitan formular la recomendación que se ajuste de mejor manera a dichas necesidades, debiendo explicarla y justificarla ante aquel. Naturalmente, el cliente puede hacer caso omiso del consejo y contratar en los términos que estime más convenientes<sup>462</sup>.

En definitiva, según veremos *infra* § 215, a la hora de aconsejar a los clientes, las EC solo deben sugerirles la contratación de productos o servicios adecuados a su particular perfil, debiendo abstenerse de recomendarles la contratación de los que no lo sean, y advertirles, en su caso, acerca de la inconveniencia del respectivo producto o servicio para sus intereses.

En fin, cabe referir que, tal y como acontece con la información precontractual, las EC, en su caso, deberán asumir las consecuencias que para los clientes que siguen sus consejos desencadena la información proporcionada en virtud de ellos. Esta idea también se aplicará cuando los dependientes de la EC, al comercializar un producto o servicio, hayan formulado aclaraciones que redundan en detrimento de los clientes<sup>463</sup>. A dichas consecuencias me referiré en detalle en el Capítulo III. De momento, cabe tenerse presente, en orden a la aplicación de dichas consecuencias, que el deber de consejo, en tanto que integrado por prestaciones de carácter intelectual, constituye una obligación de medios<sup>464</sup>.

---

<sup>459</sup> Cfr. MARÍN LÓPEZ, M., “Obligación”, p. 6, apuntando que el asesoramiento eficaz implica que el consumidor informe al prestamista, de manera veraz y suficiente, acerca de los antecedentes y circunstancias que le solicite. Según el autor, esta obligación, no obstante no mencionarse en la norma, se configura a partir de la de evaluar la solvencia del deudor, que debe sustentarse en la información facilitada por este, concurriendo en este supuesto los mismos fundamentos que los del asesoramiento. Para VELA TORRES, P., “Los contratos”, p. 223, constituye una obligación de asistencia o ayuda.

<sup>460</sup> V. OLAIZOLA, F., “Poner al lobo”, s/p. SÁNCHEZ MONJO, M., “El nuevo”, p. 297, distingue entre el asesoramiento y la “mera explicación comercial”, si bien considera que la comercialización de productos y servicios por las EC puede entenderse como un complemento del asesoramiento.

<sup>461</sup> A esta obligación de las ESI me referiré *infra* § 193. Adicionalmente, el art. 18 de la Orden EHA/2899/2011 requiere la evaluación de la solvencia de los clientes en la concesión de créditos o préstamos. Existe cierto paralelismo entre dicha evaluación y la obligación de recabar información de parte de los clientes regulada por la normativa sobre servicios de inversión. SÁNCHEZ MONJO, M., “El nuevo”, p. 289. En fin, en el caso de la hipoteca inversa, el asesoramiento es obligatorio a más tardar con ocasión de la entrega de la oferta vinculante (art. 32.b Orden EHA/2899/2011).

<sup>462</sup> V. BOUCARD, F., *Les obligations*, p. 23; y STIGLITZ, R., “La obligación”, p. 54.

<sup>463</sup> V., en general, BASOZABAL ARRÚE, X., “En torno”, p. 650.

<sup>464</sup> V. BOUCARD, F., *Les obligations*, pp. 23s.; y STIGLITZ, R., “La obligación”, p. 54.

## f. Información general al público

**[83] Diferencias entre información general al público e información precontractual.** En rigor, la información general al público que se exige proporcionar a las EC (por ejemplo, respecto de comisiones y tipos de interés), no pertenece a la precontractual. En efecto, no está directamente vinculada con la promoción de un contrato (se dirige al público y no a un concreto individuo), sin que tampoco se integre dentro de la publicidad<sup>465</sup>. Su finalidad es, antes que la salvaguarda de una adecuada manifestación de la voluntad de los clientes, el fomento de la comparación entre las ofertas de las distintas entidades a fin de preservar la transparencia y la competencia en el mercado financiero<sup>466</sup>. Por esto mismo, las correspondientes normas disciplinan la información precontractual (y la publicidad) en secciones o preceptos diversos de aquellos en que se ocupan de la información general al público<sup>467</sup>.

**[84] Necesidad de examinar la información general al público.** No obstante, resultará ineludible dar cuenta en este trabajo de las más relevantes reglas sobre información general al público en orden a presentar un panorama completo acerca de la información que deben proporcionar las EC a sus clientes. Esto, porque, primero, aun cuando la información dirigida al público no forme parte, en términos técnicos, de la precontractual, puede ser entendida como una oferta<sup>468</sup> (aquí tratada como información precontractual). Y, segundo, porque no cabe duda de que debe ser proporcionada a los clientes por las EC antes de una concreta contratación, al coincidir los extremos a que se refiere (costes totales de un producto o servicio) con los que diversas normas exigen bajo el rótulo “información precontractual”. Esta conclusión también reposa en el principio de buena fe<sup>469</sup>. En síntesis, la divulgación de la información general al público contribuye a proteger a los clientes, al determinar el alcance de las obligaciones que contraerán, pudiendo repercutir su posterior disconformidad con la realidad en la concurrencia de un vicio del consentimiento<sup>470</sup> o, en su caso, en un incumplimiento del contrato. Por estos motivos es que algunos autores, a pesar de las diferencias entre ambas figuras, tratan la información general al público dentro de la precontractual<sup>471</sup>.

---

<sup>465</sup> Cfr. GALÁN CORONA, E., “Las Órdenes”, p. 893 (que la excluye de la publicidad, así como de la promoción); y ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., *La disciplina*, p. 55.

<sup>466</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 5”, pp. 161s. (en referencia a la anterior normativa sobre transparencia bancaria), aun cuando igualmente la considera “información precontractual”.

<sup>467</sup> Cfr. GALÁN CORONA, E., “Las Órdenes”, p. 892s. (en relación con la anterior normativa sobre transparencia); y ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., *La disciplina*, p. 55 (ambos respecto de la publicidad).

<sup>468</sup> GALÁN CORONA, E., “Las Órdenes”, pp. 893s. (a los efectos de aplicar el art. 8 LGDCU, hoy 61 TRLGDCU).

<sup>469</sup> GALÁN CORONA, E., “Las Órdenes”, pp. 893-395; y ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., *La disciplina*, pp. 55s.

<sup>470</sup> TAPIA HERMIDA, A., *Derecho del mercado*, p. 337.

<sup>471</sup> Así, FERRANDO VILLALBA, L., KUSTER BOLUDA, I. y VILA LÓPEZ, N., *La protección*, p. 108 (catalogándola como “publicidad interna de las EC”); PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, pp. 418s.; y TAPIA HERMIDA, A., *Derecho del mercado*, pp. 336ss.



## CAPÍTULO II: LAS NORMAS SOBRE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL APLICABLES A LA ENTIDAD DE CRÉDITO

**SUMARIO.** 1. Panorama normativo. a. Preliminar. b. Derecho de la Unión Europea. c. Derecho español. 2. Ámbito objetivo de aplicación. 3. Ámbito subjetivo de aplicación. a. La entidad de crédito. b. El cliente de servicios financieros. i. El cliente en general. ii. El consumidor. iii. El inversor. 4. Requisitos de la información precontractual. 5. Información precontractual y condiciones generales de la contratación. a. Preliminar. b. Redacción de las condiciones generales. c. Información de la existencia de condiciones generales y facilitación de las mismas. i. Contratación por escrito. ii. Contratación a distancia. 1. LCGC y RD 1906/1999. 2. LSSICE y LCDSFDC. d. Información adicional. 6. Información precontractual en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. 7. Información precontractual en la normativa sobre servicios bancarios. a. Preliminar. b. En la generalidad de los contratos. i. Información a clientes. ii. Información general al público. c. Préstamo hipotecario. i. Información general. ii. Información y oferta vinculante. iii. Información relativa a tipos de interés. iv. Función del notario. d. Crédito al consumo. e. Servicios de pago. 8. Información precontractual en la normativa sobre servicios de inversión. a. Preliminar. b. Obligación de informar a los clientes. c. Obligación de recabar información de los clientes. 9. Información precontractual en la normativa sobre contratación a distancia. 10. Publicidad financiera. a. Preliminar. b. Características, contenido y medio de transmisión de la información publicitaria. 11. Información precontractual en diversos materiales prelegislativos europeos. a. Preliminar. b. Iniciativas académicas. i. PECL, CEC, PCCR y Principios *Acquis*. ii. DCFR y FS. 12. Algunas reflexiones críticas a propósito de las normas sobre información precontractual aplicables a las entidades de crédito.

### 1. Panorama normativo

#### a. Preliminar

**[85] Presentación.** Una de las esferas en que más ha incidido la regulación de la información precontractual es la contratación con EC, al contener las normas a ella referidas un elevado número de disposiciones al respecto, a menudo muy minuciosas. En este capítulo doy cuenta de la forma en que las EC deben cumplir con dichas normas. Aun tratándose de una materia cuya aridez no puede negarse, su estudio permitirá al lector familiarizarse con un cuerpo normativo muy vasto, incluso difícilmente manejable en ocasiones.

Adelantado lo que se dirá, debe tenerse presente que, en general, las EC deben cumplir con la obligación precontractual de informar tanto en su condición de tales como, en su caso, en su condición de ESI. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que en algunos casos dicha obligación se impone a las EC en relación con la generalidad de sus clientes y, en otros, solo en relación con los clientes que sean consumidores.

**[86] Normas estructurales y de conducta.** Las normas que disciplinan el funcionamiento del mercado financiero son estructurales y de conducta. Las primeras están referidas al estatuto de los agentes económicos (ingreso y mantenimiento en el mercado) y las segundas, a su comportamiento (*v. gr.*, normas que imponen la obligación de informar, en cuanto aquí nos interesa)<sup>472</sup>. Las primeras se refieren a la

<sup>472</sup> V., en general, SALELLES CLIMENT, J., “La disciplina”, p. 171.

organización y funcionamiento de las EC y las ESI y las segundas a la contratación con su clientela<sup>473</sup>. Ambas pertenecen al ámbito del Derecho del mercado financiero<sup>474</sup>, cuyo objeto es la disciplina de los servicios bancarios (mercado del crédito) y de inversión (mercado de valores)<sup>475</sup>. Además, se trata de un terreno en el que resulta relevante a un ingente número de disposiciones comunitarias<sup>476</sup>. No pueden olvidarse, en fin, los reglamentos internos de conducta, orientados principalmente a prevenir y gestionar conflictos de intereses<sup>477</sup>. Globalmente considerado, se trata de un marco normativo muy extenso y complejo, en el que orientarse no resulta fácil ni aun al experto.

Estas normas buscan asegurar el correcto funcionamiento de la contratación y del mercado en esta área y tienen, mayoritariamente, carácter imperativo. En definitiva, se trata de un sector regulado que establece límites sustanciales a la autonomía de la voluntad, basados en el interés general<sup>478</sup>, con arreglo a una tendencia que la situación de profunda crisis financiera por la que atravesamos desde hace unos años no hace sino reforzar.

**[87] Deberes informativos administrativos y contractuales.** Tanto la normativa referida a la organización y funcionamiento de las EC y ESI como la relativa a la contratación con ellas contienen disposiciones sobre entrega de información.

---

<sup>473</sup> V. CORTÉS, L., “Contratos”, p. 716; ESPÍN GUTIÉRREZ, C., “Las fuentes”, p. 98; CUÑAT EDO, V., “El sistema”, pp. 267s.; GALLEGUO SÁNCHEZ, E., *Contratación mercantil*, II, p. 838; GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J., “La organización”, p. 48; MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., *Condiciones*, p. 20; PAMPLONA HERNÁNDEZ, A., “El Derecho”, p. 23; PETIT LAVALL, M<sup>a</sup>. V., *La protección*, p. 181; PINILLOS LORENZANA, Á., “La protección”, p. 78; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “El Derecho”, pp. 57-59; SÁNCHEZ MIGUEL, M<sup>a</sup>. C., “La responsabilidad”, pp. 2428-2432; y VICENT CHULIÁ, F., *Introducción*, pp. 1475s. En una misma normativa pueden encontrarse disposiciones sobre organización y funcionamiento y sobre contratos, como ocurre con la LMV, que regula la actividad profesional de las ESI y contiene normas de conducta para la contratación con los clientes. CUÑAT EDO, V., “El sistema”, p. 268.

<sup>474</sup> Que es “el conjunto de normas que regulan los mecanismos que permiten garantizar la eficiente asignación del ahorro a la inversión”. ZUNZUNEGUI, F., *Derecho*, p. 19 e *Íd.*, “Regulación”, p. 25.

<sup>475</sup> V. CORTÉS, L., “Contratos”, p. 712; y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “El Derecho”, pp. 56s. Además, se suele incluir dentro de él al mercado de seguros. Así, BONET SÁNCHEZ, I., “El contrato”, pp. 87s. (apuntando que este y el de valores forman parte de la “parabancariedad”); PAMPLONA HERNÁNDEZ, A., “El Derecho”, p. 23 (v. también las pp. 35-39); y TAPIA HERMIDA, A., *Derecho del mercado*, p. 11. Sin embargo, existen razones técnicas y doctrinales –que no es del caso comentar– que permitirían excluir al seguro del mercado financiero. V. ZUNZUNEGUI, F., *Derecho*, p. 24.

<sup>476</sup> CORTÉS, L., “Contratos”, p. 717.

<sup>477</sup> FERRANDO VILLALBA, L., KUSTER BOLUDA, I. y VILA LÓPEZ, N., *La protección*, p. 112; SASTRE CORCHADO, G. “La regulación”, p. 238; MORALEJO, I., “Las normas”, pp. 345 y 385s.; y ZUNZUNEGUI, F., “Regulación”, pp. 33 y 45. El Capítulo V LCD (arts. 37-39) se refiere a los códigos de conducta aplicables a las relaciones entre empresarios y consumidores. Resultan destacables el RD-L 6/2012, de 9-3, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y la Ley 1/2013. En su Anexo contienen un “Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual”. A nivel europeo destaca el “Código de conducta voluntario sobre información precontractual para créditos vivienda”. También deben tenerse en cuenta los “Principios Comunes para el Traslado de Cuentas Bancarias”, que incorporan los “*Common Principles for Bank Accounts Switching*” del *European Banking Industry Comité* (disponibles en [www.aebanca.es](http://www.aebanca.es)). Acerca de las ventajas económicas para los profesionales de la elaboración y utilización de códigos éticos v. SHÄFER, H-B y OTT, C., *Manual*, pp. 317s. (respecto de los asesores en inversiones).

<sup>478</sup> V. CORTÉS, L., “Contratos”, p. 717; y MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., *Condiciones*, p. 21.

Probablemente, estas son las más relevantes para este estudio en cuanto concierne al Derecho del mercado financiero<sup>479</sup>.

Los destinatarios de las primeras son las autoridades supervisoras (BdeE y CNMV), si bien en última instancia igualmente resulta beneficiada con ellas la clientela de las EC<sup>480</sup>. Y los de las normas referidas a la contratación son los clientes de las mencionadas empresas<sup>481</sup>. El primer conjunto de disposiciones establece *deberes informativos administrativos*<sup>482</sup> y, el segundo, *obligaciones* o *deberes informativos contractuales*. En este último grupo se inscriben las exigencias en materia de información precontractual.

**[88] Caracterización de las normas sobre obligaciones de informar de índole contractual.** En relación con las normas que establecen obligaciones de informar de índole contractual deben tenerse en cuenta algunas importantes ideas.

Primero, según veremos, en ciertas ocasiones aquellas normas establecen la obligación de informar respecto de la generalidad de los clientes. Así ha ocurrido históricamente con la normativa sobre transparencia bancaria y ocurre hoy con la relativa a los servicios de inversión. En otras ocasiones la instituyen solo respecto de los clientes consumidores (TRLGDCU, LCCC y LCDSFDC).

Segundo, dichas normas se vinculan con las diferentes etapas del *iter* contractual, a saber, con la precontractual, la contractual y la liquidatoria<sup>483</sup>. A efectos de este trabajo solo resultan relevantes las que operan en la primera.

<sup>479</sup> CORTÉS, L., “Contratos”, p. 716.

<sup>480</sup> En este sentido, “hay que destacar la fuerte intervención normativa estatal, con un amplio desarrollo reglamentario sobre la actividad ejercida por las citadas entidades en el mercado; normativa que va dirigida a garantizar la transparencia del mismo, fundamentalmente en la regulación de su publicidad comercial, en la información obligatoria que han de suministrar a su clientela, en la obligación de documentación de sus operaciones con la misma (contratos, liquidaciones, saldos, en la imposición de contenidos mínimos en el contrato en protección de la clientela, incluso con la previsión de la aprobación de <<modelos>> o formularios de contratos”). PETIT LAVALL, M<sup>a</sup>. V., *La protección*, pp. 181s.

<sup>481</sup> En España el Derecho contractual bancario no presenta una regulación sistemática, encontrándose formado por una reglamentación “dispersa y fragmentaria” (PETIT LAVALL, M<sup>a</sup>. V., *La protección*, p. 182). A su vez, carece de una regulación general de los diversos contratos bancarios (GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Contratación mercantil*, II, p. 854; y CORTÉS, L., “Contratos”, p. 731). Los contratos bancarios se rigen, básicamente, por el principio de libertad de pactos, siendo, en general, atípicos, situación ésta “tal vez propiciada por la voluntad de la Banca de tener mayor libertad”. CUÑAT EDO, V., “Las fuentes”, p. 605. En “Las limitaciones”, pp. 15ss., se manifiesta partidario de la regulación de los contratos bancarios en una única legislación. Respecto de la atipicidad de los contratos bancarios v. también ESPÍN GUTIÉRREZ, C., “Las fuentes”, p. 118; y GIMÉNEZ VILLANUEVA, T., “Normas”, p. 660.

<sup>482</sup> Aun cuando no es este el tema de la presente investigación, no está de más apuntar algunas cuestiones generales acerca de estos deberes, sobre todo para diferenciarlos de los deberes informativos contractuales. En primer lugar, los deberes informativos que operan respecto de las autoridades administrativas son establecidos por la legislación bancaria, así como por la del mercado de valores. En segundo término, los destinatarios de las respectivas informaciones son el BdeE y la CNMV. Por último, la transmisión de dichas informaciones por las EC a las referidas autoridades se encamina al logro de una mejor vigilancia o fiscalización de tales empresas por parte de aquellas autoridades, en aras de conseguir un adecuado funcionamiento del mercado financiero, así como (indirectamente) la tutela de los clientes, con la consiguiente fijación de límites a la autonomía privada. Cfr. FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., *La información*, p. 48; y GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Contratación mercantil*, II, p. 862.

<sup>483</sup> MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., *Condiciones*, pp. 150s. Una síntesis respecto de cada uno de estos tipos de obligaciones de informar en FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., *La información*, pp. 58-64; FERRANDO VILLALBA, L., KUSTER BOLUDA, I. y VILA LÓPEZ, N., *La protección*, pp.

Tercero, se contienen en diversas fuentes. Por una parte, en disposiciones de carácter más o menos general (LCGC, TRLGDCU y Directivas comunitarias pertinentes) o específicamente diseñadas para los servicios financieros (LCDSFDC, LCCC, LMV y Directivas comunitarias correspondientes). Por otra, en OM y Circulares del BdeE y la CNMV. Estas desarrollan las correspondientes leyes habilitantes (destacadamente, la LDIEC) y se denominan “normas sobre transparencia”<sup>484</sup>.

## b. Derecho de la Unión Europea

**[89] TFUE y Directivas sobre servicios financieros.** Entre los instrumentos normativos de carácter general de la UE dictados en materia de obligación precontractual de informar relevantes directa o indirectamente en la contratación con EC, cabe resaltar el art. 169 TFUE y las Directivas 85/577 (art. 4), 93/13, 2000/31, 2005/29 y 2006/114<sup>485</sup>. Dentro de los instrumentos comunitarios específicos destacan, en materia de servicios bancarios, las Directivas 2002/65, 2007/64 y 2008/48<sup>486</sup>. Y, en

---

104-107; PETIT LAVALL, M<sup>a</sup>. V., *La protección*, pp. 195-218; y ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., “La información”, pp. 177ss. En todo caso, las finalidades de las obligaciones precontractuales y contractuales de informar se confunden, predicándose la aplicación de similares reglas para unas y otras, ya que el contenido de las precontractuales se traslada normativamente a las contractuales. GARCÍA VICENTE, J., “Comentario” (al art. 60), p. 773.

<sup>484</sup> Acerca de estas fuentes v. CUÑAT EDO, V., “El sistema”, pp. 274ss.; ESPÍN GUTIÉRREZ, C., “Las fuentes”, pp. 118-124; y VICENT CHULIÁ, F., “Cuestiones”, pp. 42s.

<sup>485</sup> Adicionalmente destacan algunos documentos de orientación, como el Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la UE, de 2-10-01 (COM (2001) 531 final) y el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “Información al consumidor”, de 16-7-09 (DOUE 11-2-11, C 44/62). El propósito del mencionado Libro fue dar inicio a una amplia consulta pública sobre la dirección de la protección de los consumidores en la UE. A este efecto presenta un análisis de la situación entonces vigente, así como de las posibles opciones que se planteaban hacia el futuro. La primera cuestión sobre la que invitaba a formular observaciones era la siguiente: “¿(c)uáles son las principales barreras que encuentran los consumidores y las empresas como consecuencia de las diferencias entre las reglamentaciones nacionales relativas a las prácticas comerciales leales o buenas en materia de publicidad y a las prácticas relacionadas con los aspectos precontractuales, contractuales y postventa de las relaciones entre las empresas y los consumidores?” En materia de deber de información, el aludido Libro, en su acápite 4.3, establece que “(d)ada la importancia que las disposiciones en materia de información tienen para la protección de los consumidores, y el derecho de estos a la información que recoge el artículo 153 del Tratado CE, ambas alternativas (las medidas tendentes a completar el mercado interior de consumo) incluirían como punto central obligaciones generales sobre la comunicación de información. Un aspecto esencial sería la obligación de que las empresas comuniquen toda la información necesaria a los consumidores de forma clara y oportuna, lo que garantizaría el respeto del derecho a la información que el Tratado otorga a los consumidores. En la directiva marco sobre las prácticas comerciales leales también sería posible excluir prácticas como el exceso deliberado de información y el recurso excesivo a la «letra pequeña». Asimismo, pondría de manifiesto otra importante dimensión del comercio desleal, a saber, que las omisiones también pueden constituir una práctica de comercio desleal”. V. DE LEÓN ARCE, A., “El consumo”, p. 64. Debe tenerse presente que algunas importantes Directivas en materia de obligación de informar no resultan aplicables a los servicios financieros. Así, la Directiva 2006/123 sobre servicios en el mercado interior (v. el art. 2.b), cuyo art. 22 establece obligaciones para los Estados miembros en materia de “Información sobre los prestadores y sus servicios”. En segundo lugar, la Directiva 97/7 (v. el art. 3.1), cuyo art. 4 regula la información previa a la celebración de un contrato a distancia (v. SCHULTE-NÖLKE, H. y BÖRGER, A., “Distance Selling Directive”, pp. 327-339). Por último, la Directiva 2011/83 sobre derechos de los consumidores (v. el art. 3.3.d), cuyos Capítulos II (art. 5) y III (art. 6) regulan deberes informativos.

<sup>486</sup> También sobresalen determinados instrumentos orientativos, como el Libro Verde sobre la política para los servicios financieros (2005-2010), de 3-5-05 (COM(2005) 177 final); el Libro Blanco sobre política de los servicios financieros 2005-2010, de 1-12-05 (COM (2005) 629 final); y la Recomendación de la Comisión, de 1-3-01, relativa a la información precontractual que debe suministrarse a los consumidores por los prestamistas de créditos vivienda -DOUE 10-3-01, L 069- (v. AA.VV.,



materia de servicios de inversión, las Directivas 2004/39 y 2006/73 y el Reglamento 1287/2006<sup>487</sup>.

Adviértase que las Directivas sobre protección de los clientes de las EC no les conceden *stricto sensu* derechos subjetivos<sup>488</sup>. Así, se trata de regulaciones que defieren al Derecho del consumo de cada Estado miembro la tutela de dichos clientes. En todo caso, se vislumbra una orientación política en orden a considerar cada vez más los intereses de los clientes de servicios financieros. De esta orientación es ejemplo la creación en 2004 del grupo de expertos “*FIN-USE*”, cuya finalidad fue revisar las disposiciones comunitarias desde la óptica de tales intereses. También merece mención la creación, en 2010, del Grupo de Usuarios de Servicios Financieros<sup>489</sup>.

### c. Derecho español

[90] **Leyes y RD.** En primer término, en el Derecho interno existen normas sobre información precontractual que protegen a los clientes de las EC en general. Este es el caso de la LCGC<sup>490</sup>, de la disciplina sobre servicios de inversión (LMV, RD 217/2008 y Ley 35/2003, de 4-11, de Instituciones de Inversión Colectiva -BOE 5-11-03, nº 265-) y de la LSP. Asimismo, existen otras normas que protegen al cliente en tanto consumidor (TRLGDCU, LCCC y LCDSFDC<sup>491</sup>). A estas disposiciones cabe agregar, en materia de

---

CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *El Derecho*, p. 134). El art. 4 de esta última se refiere a los “Requisitos nacionales en la entrega de información precontractual adicional al consumidor”. También resulta importante su Anexo I, titulado “Toda información preliminar sobre créditos vivienda deberá incluir o ir acompañada de la información siguiente en el mismo formato en el que se facilita la propia información preliminar”.

<sup>487</sup> V. CUENCA GARCÍA, Á., “La protección”, pp. 843 y 849. En términos indirectos destacan las Directivas 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28-1-03, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado) -DOUE 12-4-03, L 96/16-; y 2003/125/CE de la Comisión, de 22-12-03, a efectos de la aplicación de la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la presentación imparcial de las recomendaciones de inversión y la revelación de conflictos de intereses (DOUE 24-12-03, L 339/73). En relación con esta última, resultan relevantes en materia de obligación de informar sus arts. 2 (“Identidad de las personas que elaboran recomendaciones”), 3 (“Norma general para la presentación imparcial de las recomendaciones”), 4 (“Obligaciones adicionales relacionadas con la presentación imparcial de las recomendaciones”), 5 (“Norma general para informar sobre los intereses y conflictos de intereses”), 6 (“Obligaciones adicionales relacionadas con la información sobre intereses o conflictos de intereses”), 7 (“Identidad de las personas que divulgan las informaciones”), 8 (“Norma general para la divulgación de las recomendaciones”) y 9 (“Obligaciones adicionales para las empresas de inversión y entidades de crédito”).

<sup>488</sup> Como se sabe, estas carecen de efecto directo horizontal, de manera que no producen consecuencias inmediatas entre los contratantes, sino hasta su trasposición al Derecho interno. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Trascendencia”, p. 74.

<sup>489</sup> ZUNZUNEGUI, F., “Regulación”, p. 34. Una noticia acerca del surgimiento de este último grupo en FERNÁNDEZ TORRES, I., “Creación del Grupo”.

<sup>490</sup> ANDREU MARTÍ, M<sup>a</sup>. del M., *La protección*, p. 119; CUÑAT EDO, V., “Las limitaciones”, pp. 18-20; GIMÉNEZ VILLANUEVA, T., “Normas”, p. 668; GUIADO MORENO, Á., “Contratación a distancia”, p. 311; y VICENT CHULIÁ, F., “Cuestiones”, pp. 41 y 43.

<sup>491</sup> La exposición de motivos del TRLGDCU justifica la exclusión en su regulación de la llevada a cabo por la LCC (hoy, LCCC) en atención a que esta incide en el ámbito particular de los servicios financieros y a que sus disposiciones deben completarse no solo con la normativa sobre consumidores, sino también con la específicamente referida a los aludidos servicios, en concreto, en materia de obligaciones de información, publicidad y transparencia. La misma decisión se expresaría en el tratamiento autónomo materializado en la LCDSFDC, a pesar de estar regulada la contratación a distancia en el TRLGDCU. No resulta suficientemente justificado que la LCC (hoy, LCCC) y la LCDSFDC no se hayan insertado dentro del TRLGDCU. Entre otras razones, por estar disciplinadas ambas temáticas por Directivas sobre

regulación del funcionamiento del mercado, la LCD y la LGP, que reprimen conductas comerciales desleales, como la publicidad ilícita<sup>492</sup>.

**[91] Normativa sobre transparencia y protección de la clientela.** Mención especial merece la normativa sobre transparencia y protección de la clientela, que regula la actividad institucional (faceta pública) y contractual (faceta privada) de las EC. Está constituida por diversas OM y Circulares del BdeE y la CNMV<sup>493</sup>.

El art. 2.5 Orden ECC/2502/2012 define las “normas de transparencia y protección de la clientela” como “aquellas que contienen preceptos específicos referidos a las entidades supervisadas ... y, que con la finalidad de proteger los legítimos intereses de los clientes, establecen un conjunto de obligaciones específicas aplicables a las relaciones contractuales entre unos y otros, exigen la comunicación de las condiciones básicas de las operaciones y regulan determinados aspectos de su publicidad, normas de actuación e información”.

El marco sistémico en el que se dictan las OM está constituido por los arts. 48.2 LDIEC y 29 Ley 2/2011<sup>494</sup>. El de las Circulares del BdeE es el art. 3 (2) Ley 13/1994, de 1-6, de Autonomía del Banco de España (BOE 2-6-94, nº 131)<sup>495</sup>. Y el de las Circulares de la CNMV el art. 15 LMV<sup>496</sup>.

---

Derecho del consumo, que deberían haberse refundido en el mencionado texto a tenor de la correspondiente norma de delegación, y por incidir dichas leyes de manera fundamental en materia de contratación con consumidores. Este proceder revestiría un cariz de privilegio a favor de los servicios financieros. V. CAVANILLAS MÚGICA, S., “El Real Decreto Legislativo”, p. 2137; y CARRASCO PERERA, Á., “Texto refundido”, p. 2216.

<sup>492</sup> V. FARRANDO MIGUEL, I., “SWAPS”, p. 62, apuntando que la primera resulta aplicable a las relaciones entre las EC y sus clientes.

<sup>493</sup> V. ANDREU MARTÍ, M<sup>a</sup>. del M., *La protección*, p. 111; PETIT LAVALL, M<sup>a</sup>. V., *La protección*, pp. 182s.; y VICENT CHULIÁ, F., “Cuestiones”, p. 42.

<sup>494</sup> V. PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, pp. 416s.; PINILLOS LORENZANA, Á., “La protección”, pp. 82-84; y RODRÍGUEZ MASEDA, J. C., “Las operaciones bancarias”, p. 590. La letra h. del primero faculta al MEH para que, a fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las EC, pueda “(d)eterminar la información mínima que las entidades de crédito deberán facilitar a sus clientes con antelación razonable a que estos asuman cualquier obligación contractual con la entidad o acepten cualquier contrato u oferta de contrato, así como las operaciones o contratos bancarios en que tal información pre-contractual será exigible. Dicha información tendrá por objeto permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y, cuando pueda verse afectada, a su situación financiera” (v. también las letra a., d., e. y g.). Se trata de una norma trascendental en orden al logro de una mayor transparencia (PETIT LAVALL, M<sup>a</sup>. V., *La protección*, p. 174). Acerca del art. 48.2 LDIEC v. RODRÍGUEZ MASEDA, J. C., “Las operaciones bancarias”, pp. 592-594. El segundo precepto faculta al MEH para aprobar las disposiciones “necesarias para garantizar el adecuado nivel de protección de los usuarios de servicios financieros en sus relaciones con las entidades de crédito, incluyéndose, en todo caso, las medidas relacionadas con la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos y créditos hipotecarios y del crédito al consumo”. Las referidas disposiciones, sin perjuicio de lo establecido por el art. 48.2 LDIEC, podrán referirse, entre otros aspectos, a “(l)a información precontractual que debe facilitarse a los consumidores antes de que formalicen sus relaciones contractuales con las entidades, incluyendo las que deben figurar en las páginas electrónicas de la entidad cuando se ofrezcan servicios por esa vía o por otras de comercialización a distancia, todo ello para asegurar que aquélla refleje de forma explícita y con la necesaria claridad los elementos más relevantes de los productos contratados”.

<sup>495</sup> V. ANDREU MARTÍ, M<sup>a</sup>. del M., *La protección*, p. 116 (nota 18); y MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., *Condiciones*, pp. 42 y 44.

<sup>496</sup> V. CERVERA-MERCADILLO TAPIA, V., “La protección”, p. 396.

La normativa bancaria general sobre transparencia y protección de los clientes está representada por la Orden EHA/2899/2011 y por la Circular 5/2012<sup>497</sup>. Aparte de ellas, destacan las Órdenes EHA/1608/2010 y EHA/1718/2010 y la Circular 6/2010<sup>498</sup>.

En materia de servicios de inversión sobresalen las Órdenes EHA/1665/2010 y EHA/1717/2010 y la Circular 7/2011<sup>499</sup>.

## 2. **Ámbito objetivo de aplicación**

**[92] Servicios y contratos financieros.** En cuanto al ámbito objetivo de las normas sobre información precontractual debe tenerse presente, en primer lugar, que las EC son prestadoras de servicios<sup>500</sup>. Estos, de conformidad con el art. 57 TFUE, son “las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas”. Se incluyen, entre otras, las actividades de índole mercantil<sup>501</sup>.

En segundo término, debe tenerse en cuenta que las normas sobre información precontractual aplicables a las EC se incardinan en la órbita de los contratos que se celebran con ellas<sup>502</sup>. Este es su ámbito objetivo de aplicación<sup>503</sup>.

---

<sup>497</sup> Estas derogaron y reemplazaron, por una parte, las Órdenes 12/12/1989, 5/5/1994 y PRE/1019/2003, de 24-4, sobre transparencia de los precios de los servicios bancarios prestados mediante cajeros automáticos -BOE 30-4-03, nº 103- (v. PINILLOS LORENZANA, Á., “La protección”, p. 84; y RODRÍGUEZ MASEDA, J. C., “Las operaciones bancarias”, p. 590) y, por otra, la Circular 8/1990, respectivamente. Acerca de la Orden 12/12/1989 v. CUÑAT EDO, V., “El sistema”, pp. 282-286 y “Las limitaciones”, pp. 25-30; y de ella y la Circular 8/1990, ANDREU MARTÍ, M<sup>a</sup>. del M., *La protección*, pp. 119ss. Una síntesis de la normativa sobre transparencia anteriormente vigente puede consultarse en AA.VV., CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *El Derecho*, p. 129; LLEBARÍA SAMPER, S., “Protección”, p. 4. Sobre su evolución v. CUÑAT EDO, V., “Las fuentes”, pp. 607-611; FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., *La información*, pp. 47-50; PETIT LAVALL, M<sup>a</sup>. V., *La protección*, pp. 167ss.; SÁNCHEZ MIGUEL, M<sup>a</sup>. C., “La responsabilidad”, pp. 2430-2432; y el preámbulo de la Orden EHA/2899/2011.

<sup>498</sup> RODRÍGUEZ MASEDA, J. C., “Las operaciones bancarias”, pp. 590s.

<sup>499</sup> V. CUENCA GARCÍA, Á., “La protección”, p. 849.

<sup>500</sup> PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup>. Á., “Responsabilidad”, pp. 488s.

<sup>501</sup> La noción de ‘servicio’ también es definida por el art. 4.1 Directiva 2006/123 (servicios en el mercado interior), como “cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 50 del Tratado (Constitutivo de la Comunidad Europea)” - transformado en el art 57 TFUE- (dicha Directiva no se aplica a los servicios financieros). V. PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup>. Á., “Responsabilidad”, pp. 488s. (y nota 43).

<sup>502</sup> ‘Contrato bancario’ es “un acuerdo de voluntades entre una entidad de crédito y un cliente que – cumpliendo los requisitos generales que establecen los arts. 1254 y ss. del Cc- crea, modifica o extingue una relación jurídica que instrumenta una operación bancaria realizada dentro del ámbito de actividades típicas de las entidades de crédito”. TAPIA HERMIDA, A., “El concepto”, p. 133. En las pp. 134s., señala que, a la luz de la actual legislación, el concepto no puede restringirse a las EC “de ámbito operativo general (bancos, cajas de ahorro y cooperativas de crédito)”, debiendo extenderse a los establecimientos financieros de crédito y a la emisión de dinero electrónico. Una definición de contrato bancario en sentido subjetivo y objetivo en VICENT CHULIÁ, F., *Introducción*, pp. 1478s.

<sup>503</sup> Recuérdese que la procedencia de la obligación de informar en atención a las circunstancias de la contratación suele exigir, además, una particular condición de las partes, representada por la situación de asimetría informativa en que se encuentran. Ejemplo paradigmático de ordenamiento en el que se mezclan supuestos o delimitaciones de índole subjetiva y objetiva es el Derecho del consumo. V. GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1453, que señala que “(n)o obstante, la delimitación subjetiva, con ser exacta, debe conjugarse con la objetiva, porque la normas del Derecho de consumo se delimitan cumulativamente a través de ambos criterios. Más aún, los ámbitos objetivos son muy precisos tanto respecto a los tipos contractuales afectados, como a las modalidades de contratación o los requisitos de tales contratos. Esto es, el Derecho contractual de consumo regula “cierto tipo de relaciones contractuales”.

**[93] Clasificaciones relevantes de los contratos de servicios financieros.** En el anterior sentido deben tenerse presente algunas ideas acerca de las principales clasificaciones de dichos contratos, en tanto que inciden en la cuestión de la obligación precontractual de informar que recae sobre las EC.

Atendiendo a la clientela de las EC, se diferencia entre contratos bancarios con consumidores y con empresas. Esta distinción tiene relevancia por la diversa normativa que rige para uno y otro grupo, sin perjuicio de lo que en cada caso resulte de la autonomía de la voluntad<sup>504</sup>. Los clientes consumidores resultan beneficiados por un amplio grupo de normas sobre información precontractual (TRLGDCU, LCCC y LCDSFDC); pero no los clientes empresarios. A estos se le aplica la LCGC, cierta normativa sobre transparencia y la relativa a servicios de inversión<sup>505</sup>.

Una segunda clasificación tradicional diferencia, atendiendo al significado crediticio de los contratos con EC, entre pasivos, activos y neutros<sup>506</sup>. A través de los primeros, las EC obtienen fondos del público, obligatoriamente reembolsables, que pueden destinar, por cuenta propia, a las operaciones activas (*v. gr.*, depósitos de dinero a plazo fijo o a la vista). En virtud de los contratos bancarios activos las EC proporcionan crédito a su clientela, vehiculando las operaciones activas. Por medio de estas aquellas empresas destinan los fondos recibidos en virtud de las operaciones pasivas al público (*v. gr.*, préstamo de dinero y apertura de crédito). Los contratos bancarios neutros son aquellos a través de los cuales se materializan las operaciones neutras. Por intermedio de estas las EC prestan a sus clientes un servicio no consistente, ni en sentido pasivo ni activo, en la concesión de crédito (*v. gr.*, servicios de giro, de transferencia, de custodia, de mediación y, en general, los propios de la comisión mercantil)<sup>507</sup>. Dentro de este último grupo lo que resultan más relevantes son los servicios de inversión.

Dichos servicios están enunciados en el art. 63 LMV, norma que distingue entre servicios de inversión y servicios auxiliares<sup>508</sup>. Estos servicios se relacionan con la

---

<sup>504</sup> Cfr. PETIT LAVALL, M<sup>a</sup>. V., *La protección*, pp. 183s.; TAPIA HERMIDA, A., “El concepto”, pp. 136s.; y VICENT CHULIÁ, F., “Cuestiones”, p. 41.

<sup>505</sup> Respecto de la contratación con grandes clientes, cabe apuntar que se rige asimismo, básicamente, por la autonomía de la voluntad y los usos de la *lex mercatoria*. PETIT LAVALL, M<sup>a</sup>. V., *La protección*, p. 184.

<sup>506</sup> VICENT CHULIÁ, F., *Introducción*, p. 1481, diferencia entre “contratos de crédito” (activos o pasivos) y “contratos neutros, de servicio o de gestión”. Agrega que, teniendo en cuenta la clasificación general que distingue entre contratos civiles y mercantiles, los contratos bancarios de consumo deben considerarse como civiles. Cabe precisar que los contratos bancarios sirven para materializar las diferentes operaciones de este ámbito. Estas son “la relación de la vida social entablada entre cualquier persona y una entidad crediticia, relación nacida para satisfacer dos intereses socio-económicos (y privados) simbióticos: para la entidad crediticia la obtención de beneficio mediante la prestación de un servicio, y, para su cliente, la necesidad particular (de financiación, de inversión, de custodia ...) satisfecha con tal servicio”. BONET SÁNCHEZ, I., “El contrato”, p. 83.

<sup>507</sup> V. GALLEGU SÁNCHEZ, E., *Contratación mercantil*, II, p. 870; y TAPIA HERMIDA, A., “El concepto”, pp. 137-140.

<sup>508</sup> Acerca de la tipología de estos servicios *v.* BERNALDO DE QUIRÓS CABRERA, G., “El nuevo régimen”, pp. 254s.; y BARRACHINA, E., *Derecho*, pp. 293-295; y, respecto de los contratos del mercado de valores en general, IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J., “Contratación”, pp. 4853-5043, principalmente, pp. 4967ss. (negocios complementarios del mercado secundario). Adviértase que la estructura habitual de los contratos en este sector se compone de un contrato marco y de una orden referida a un instrumento financiero. V. FEBBRAJO, T., “Violazione”, pp. 137s.; FERRES MORALES, D., “Estudio”, p. 46; y MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, pp. 39s.

contratación de instrumentos financieros<sup>509</sup>, que son los que circunscriben objetivamente el ámbito del mercado de valores<sup>510</sup>.

Desde la perspectiva de las reglas sobre información precontractual, la anterior clasificación tiene relevancia porque, según veremos, dichas reglas revisten mayor grado de detalle en el caso de determinados tipos contractuales. Destacan ciertos contratos activos (v. gr., préstamo hipotecario y crédito al consumo) y los servicios de inversión.

**[94] Mecanismo de formación del consentimiento.** También resulta relevante en relación con el tipo de contrato el *modus operandi* a través del cual se celebra. La imposición de la obligación precontractual de informar tiene lugar especialmente cuando opera un mecanismo de particular complejidad o riesgo, a consecuencia del cual la asimetría informativa se vislumbra como acentuada. En la contratación con EC, este es el caso, por ejemplo, de la celebrada a distancia o por medios electrónicos<sup>511</sup>.

La contratación a distancia está regida, en términos generales, por la LSSICE y, en específico, por la LCDSFDC, que también toma en cuenta la categoría jurídica del cliente (consumidor) y el sector económico de que se trate<sup>512</sup>. La regulación de la contratación a distancia, considerando sus peculiaridades, atiende a la circunstancia de la agudización del déficit informativo y de reflexión que presumiblemente afecta al cliente (sobre todo consumidor). Ello se traduce en una mayor dificultad en la prestación de un consentimiento con conocimiento de causa. Así, el propósito de aquella regulación es tutelar la decisión negocial del cliente, así como garantizar la seguridad, honestidad y lealtad en el proceso de contratación<sup>513</sup>.

**[95] Delimitaciones normativas del ámbito objetivo.** En fin, debe tenerse presente que la normativa sobre información precontractual que rige para las EC contiene ciertas delimitaciones específicas de su ámbito objetivo de aplicación.

---

<sup>509</sup> El art. 2 LMV menciona los instrumentos financieros incluidos en su regulación. Son de dos tipos: valores negociables (art. 2.1 LMV y 3 RD 1310/2005) e instrumentos derivados (números 2 a 8 del art. 2 LMV). A nivel comunitario, los arts. 37, 38 y 39 Reglamento 1287/2006 indican las características que debe reunir un instrumento para ser derivado. Adicionalmente, el art. art. 4.1.17 Directiva 2004/39 define los instrumentos financieros por remisión a la sección C del Anexo I y el 4.1.18 señala cuáles son los valores negociables. Respecto de los distintos tipos de instrumentos financieros v. CORTÉS, L., “El mercado”, pp. 779-782; FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., “La aplicación”, pp. 2-5 y “Características”, pp. 1-16; FLORES DOÑA, M<sup>a</sup>. de la S., “Ejes”, pp. 25s.; e IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J., “Contratación”, pp. 4876-4878.

<sup>510</sup> TAPIA HERMIDA, A., *Derecho del mercado*, p. 14. Los contratos bancarios neutros presentan una “triple homogeneidad”: objetiva (por recaer sobre determinados instrumentos financieros), subjetiva (por poder ser una de sus partes EC) y funcional (al poder llevarse a cabo dentro de los diferentes ámbitos del mercado de valores –en el primario, el secundario o en ambos-). TAPIA HERMIDA, A., “El concepto”, pp. 141s.

<sup>511</sup> V. DÍEZ BALLESTEROS, J., “Obligaciones”, pp. 62 y 65; GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., “Comentario” (al art. 7 LCDSFDC), p. 1899; GUIADO MORENO, Á., “Contratación a distancia”, pp. 305s. (y nota 21); MAYORGA TOLEDANO, M<sup>a</sup>. C., “Los derechos”, p. 12; RAMOS HERRANZ, I., “Contratos”, p. 381 (considerando que un medio de comunicación a distancia no posibilita la presencia física simultánea de los contratantes, lo que puede llevar a la parte débil de la relación a una “contratación compulsiva”, con la eventual consecuencia de perjuicios y restricción de derechos para los consumidores); y TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del consumidor”, pp. 218s.

<sup>512</sup> TAPIA HERMIDA, A., “La Ley 22/2007”, p. 284.

<sup>513</sup> V. MIRANDA SERRANO, L., “La contratación”, pp. 146-148.

En términos generales, destaca el art. 2.1 (2) Orden EHA/2899/2011, que entiende comprendidos dentro de los servicios bancarios, básicamente, los de caja, la captación de fondos reembolsables (destacadamente, depósitos), el otorgamiento de crédito y préstamo y los servicios de pago. Su art. 2.2 excluye expresamente de su ámbito de aplicación los servicios, operaciones y actividades comprendidos en el de la LMV<sup>514</sup>. Luego, sobresale el art. 63 LMV, que señala cuáles son los servicios de inversión y los auxiliares a los mismos a cuyo respecto se aplica dicha ley.

En términos específicos, existen variadas regulaciones que circunscriben su campo de acción a los contratos u operaciones por ellas regidos. Este es el caso de la LCCC (art. 1)<sup>515</sup>, la LSP (arts. 1.2 y 9)<sup>516</sup> y la LCDSFDC (art. 4)<sup>517</sup>.

### 3. **Ámbito subjetivo de aplicación**<sup>518</sup>

#### a. **La entidad de crédito**

**[96] Definición normativa de EC.** El art. 1.1 RD-Leg. 1298/1986, de 28-6, por el que se adaptan las normas legales en materia de establecimientos de crédito al ordenamiento jurídico de la Comunidad Económica Europea (BOE 30-6-86, nº 155), contempla una definición amplia de EC. Señala que se entiende por ella “toda empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza”<sup>519</sup>. A nivel comunitario, la noción de EC aparece en

<sup>514</sup> Acerca del ámbito objetivo en la mencionada Orden v. SÁNCHEZ MONJO, M. “El nuevo”, pp. 290s. Y también la Norma segunda de la Circular 5/2012.

<sup>515</sup> El art. 3 LCCC establece cuáles son los contratos excluidos de su ámbito de aplicación, destacando los garantizados con hipoteca inmobiliaria y aquellos cuyo importe total sea inferior a doscientos euros. Su Disposición Final Primera señala que lo prescrito por ella se aplicará a las EC sin perjuicio de la normativa sectorial que las rige en tanto no se oponga a las previsiones recogidas en aquella ley. V. VELA TORRES, P., “Los contratos”, pp. 220-221.

<sup>516</sup> V. LINARES POLAINO, M., “Las entidades de pago”, pp. 407s.; y NOVAL LAMAS, J., “El derecho”, p. 230.

<sup>517</sup> V. FLORES DOÑA, M<sup>a</sup>. de la S., “Naturaleza”, pp. 15-17; GUISSADO MORENO, Á., “Contratación a distancia”, pp. 304s.; MARTÍN SALAMANCA, S., “Los derechos”, pp. 95s.; MIRANDA SERRANO, L. “La contratación”, p. 155; PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, p. 428; SERRA RODRÍGUEZ, A., “El derecho de desistimiento”, pp. 21s.; y TAPIA HERMIDA, A., “La Ley 22/2007”, pp. 283s.

<sup>518</sup> El ámbito subjetivo de las normas sobre información precontractual en esta esfera de la contratación está representado por las EC y su clientela. La consideración de dicho ámbito se explica, en primer lugar, por la necesidad de individualizar a los legitimados para actuar en procesos relativos a incumplimientos informativos (FERNÁNDEZ-COSTALES MÚÑIZ, J., “Aspectos”, p. 3226). Adicionalmente, la noción de cliente de las EC resulta relevante porque, según la normativa de que se trate, existen diversos individuos protegidos. Este proceder se justifica por la heterogeneidad de la contratación con dichas entidades y por la necesidad de discriminar en la función tuitiva de las normas aplicables según el caso (LLEBARÍA SAMPER, S., “Protección”, p. 5).

<sup>519</sup> El nº 2 de citado art. establece que se conceptúan como EC las siguientes: “a) El Instituto de Crédito Oficial. b) Los Bancos. c) Las Cajas de Ahorros y la Confederación Española de Cajas de Ahorros. d) Las Cooperativas de Crédito. e) Los Establecimientos Financieros de Crédito”. El art. 1.2 LDIEC prescribe que se considerarán como EC “las enumeradas en el apartado segundo del artículo 1.º del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio”. El art. 37 LOB dispone que “(e)jercen el comercio de Banca las personas naturales o jurídicas que, con habitualidad y ánimo de lucro, reciben del público, en forma de depósito irregular o en otras análogas, fondos que aplican por cuenta propia a operaciones activas de crédito y a otras inversiones, con arreglo a las Leyes y a los usos mercantiles, prestando, además, por regla general, a su clientela servicios de giro, transferencia, custodia, mediación y otros en relación con

el art. 4.1 Directiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14-6-06, relativa al acceso a la actividad de las EC y a su ejercicio (DOUE 30-6-06, L 177/1)<sup>520</sup>.

**[97] Concepto funcional y amplio de EC.** Así, el ordenamiento jurídico otorga un concepto funcional y amplio de EC<sup>521</sup>. Lo primero, porque se centra en la actividad por ella realizada, esto es, en la intermediación indirecta en el crédito a través de operaciones pasivas y activas<sup>522</sup>. Lo segundo, porque no exige una determinada forma jurídica de constitución, pudiendo albergar dentro de sí a las más variadas entidades<sup>523</sup>. De manera que la normativa general que rige a las EC se termina aplicando a una extensa gama de sujetos y no solo a los que tradicionalmente han sido entendidos como tales, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones especiales dictadas para cada uno de ellos<sup>524</sup>.

La noción de EC reviste una importancia primordial por varios motivos. Primero, porque su conceptualización como empresas implica que a ellas se aplica la normativa relativa a dichos sujetos<sup>525</sup>. Dentro de esta se incluye la referida a la información precontractual. Segundo, porque permite aplicar el principio de tipificación y reserva de las actividades de intermediación en el mercado bancario, a la luz del cual estas actividades solo pueden ser desarrolladas por EC (art. 28 LDIEC)<sup>526</sup>. Tercero, porque permite atribuir capacidad a los sujetos que se insertan en tal noción para actuar en el mercado de valores (art. 65 LMV)<sup>527</sup>.

**[98] Las EC como ESI y empresas de servicios de pago.** En el anterior sentido, la noción de EC debe complementarse teniendo en cuenta que pueden desarrollar las actividades propias de las ESI (art. 65.1 LMV)<sup>528</sup>. Estas son empresas “cuya actividad principal consiste en prestar servicios de inversión, con carácter profesional, a terceros

---

los anteriores, propios de la comisión mercantil”. La regulación legal básica de las EC está contenida, en el caso de los bancos privados, en la LOB y en el RD 1245/1995, de 14-7; en el de las cajas de ahorro, en el Decreto 1838/1975, de 3-7; en la Ley 31/1985, de 2-8 y en el RD 798/1986, de 21-3; en el de las cooperativas de crédito, en la Ley 13/1989, de 26-5 y en el RD 84/1993, de 22-1; en el de los establecimientos financieros de crédito, en la Ley 3/1994, de 14-4 (disposición adicional primera), y en el RD 692/1996, de 26-4; en el de las entidades de dinero electrónico, en la Ley 21/2011, de 26-7, de dinero electrónico; y en el del Instituto de Crédito Oficial, en el RD-L 12/1995, de 28-12 (disposición adicional sexta) y en el RD 706/1999, de 30-4. V., acerca de las diferentes EC, CORTÉS, L., “Contratos”, pp. 724ss.; y TAPIA HERMIDA, A., *Derecho bancario*, pp. 33ss.

<sup>520</sup> Que señala que se entenderá por EC “a) una empresa cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia, o b) una entidad de dinero electrónico con arreglo a la Directiva 2000/46/CE”. V. FLORES DOÑA, M<sup>a</sup>. de la S., “Naturaleza”, p. 5.

<sup>521</sup> FLORES DOÑA, M<sup>a</sup>. de la S., “Naturaleza”, p. 5; y TAPIA HERMIDA, A., *Derecho bancario*, p. 30.

<sup>522</sup> CORTÉS, L., “Contratos”, p. 721; PETIT LAVALL, M<sup>a</sup>. V., *La protección*, p. 45; y TAPIA HERMIDA, A., *Derecho bancario*, p. 30 y “El concepto”, p. 134.

<sup>523</sup> TAPIA HERMIDA, A., *Derecho bancario*, p. 30.

<sup>524</sup> GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J., “La organización”, p. 61; y TAPIA HERMIDA, A., *Derecho bancario*, pp. 30s.

<sup>525</sup> La habitualidad y tipicidad que caracterizan la actividad de las EC derivan de su condición de empresa. V. BONET SÁNCHEZ, I., “El contrato”, p. 86; PETIT LAVALL, M<sup>a</sup>. V., *La protección*, p. 45; y ZUNZUNEGUI, F., *Derecho*, p. 267.

<sup>526</sup> V. CORTÉS, L., “Contratos”, p. 721; GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J., “La organización”, pp. 61s.; y TAPIA HERMIDA, A., *Derecho bancario*, pp. 31s. y *Derecho del mercado*, p. 12.

<sup>527</sup> TAPIA HERMIDA, A., *Derecho bancario*, p. 32 y “El concepto”, pp. 142-144.

<sup>528</sup> V. BERNALDO DE QUIRÓS CABRERA, G., “El nuevo régimen”, p. 252; ESPÍN GUTIÉRREZ, C., “El conocimiento”, p. 268; FLORES DOÑA, M<sup>a</sup>. de la S., “Ejes”, pp. 22s.; MORALES, I., “Las normas”, p. 347; y URÍA FERNÁNDEZ, F., “La aplicación”, pp. 41-81.

sobre los instrumentos financieros señalados en el artículo 2 de la presente Ley” (art. 62.1 LMV)<sup>529</sup>. Adicionalmente, las EC pueden prestar servicios de pago (art. 4.1.a LSP)<sup>530</sup>.

**[99] Delimitación. Bancos y Cajas de Ahorro.** Hechas las anteriores consideraciones, cabe advertir que no obstante la noción amplia de EC manejada por el Derecho español, en este trabajo me centro de manera muy especial en los conflictos sobre información precontractual generados entre las principales entidades de depósito (bancos y tradicionalmente cajas de ahorros) y sus clientes<sup>531</sup>. Justifica esta opción el hecho de que casi todas las demandas judiciales, reclamaciones y quejas de los clientes se dirigen contra bancos y cajas de ahorros<sup>532</sup>. Se prescindirá, por tanto, del análisis de las cooperativas de crédito, que son también EC en sentido estricto o material, así como de las que solo lo son en uno amplio o formal, al no realizar la actividad crediticia propiamente dicha<sup>533</sup>.

---

<sup>529</sup> V. también el art. 4.1 RD 217/2008 y, a nivel comunitario, el 4.1.1 Directiva 2004/39. En relación con el concepto de ESI y sus distintos tipos pueden consultarse BARRACHINA, E., *Derecho*, pp. 291-293 y 295-298 (y, sobre su régimen jurídico, las pp. 287-290); BERNALDO DE QUIRÓS CABRERA, G., “El nuevo régimen”, pp. 253 y 256; CORTÉS, L., “El mercado”, pp. 782-784; FLORES DOÑA, M<sup>a</sup>. de la S., “Ejes”, p. 22; y MORALEJO, I., “Las normas”, p. 347. Las empresas de asesoramiento en inversiones se rigen por la Circular 10/2008, de-12, de la CNMV, “sobre Empresas de Asesoramiento Financiero” (BOE 14-1-09, n<sup>o</sup> 12). V. a su respecto RODRIGO PEREDA DE PABLO, Á., “El asesoramiento”, pp. 505ss.

<sup>530</sup> V. LINARES POLAINO, M., “Las entidades de pago”, p. 412. Aparte de la LSP debe tenerse en cuenta el RD 712/2010, de 28-5, de régimen jurídico de los servicios de pago y de las entidades de pago (BOE 28-5-10, n<sup>o</sup> 131).

<sup>531</sup> Aun cuando brevemente, cabe hacer referencia a las diferencias fundamentales entre bancos y cajas de ahorros (sin entrar ahora en el reciente proceso de crisis generalizada de estas últimas, que ha modificado por entero y en muy poco tiempo la estructura del sistema financiero español). En primer lugar, si bien ambas entidades están reguladas por una normativa general común, cada una de ellas lo está, a la vez, por disposiciones específicas, estando las segundas sujetas, además, a las normativas autonómicas sobre transparencia y publicidad. En segundo lugar, se distinguen por la forma jurídica que revisten, ostentando los primeros la condición de sociedad anónima “especial”, en cuanto su actividad se vincula con los intereses generales de la sociedad. De esta condición deriva que estén sometidos a particulares exigencias de constitución y requisitos, distintas de las aplicables a las sociedades anónimas de Derecho común o general. Las segundas tienen naturaleza fundacional. De esta dimanar peculiaridades en materia de fundamentación y ejercicio del poder dentro de ellas, así como de finalidades, en cuanto no persiguen un propósito lucrativo, sino uno benéfico-social. V. CORTÉS, L., “Contratos”, p. 722.

<sup>532</sup> Según el BdeE, *Memoria del Servicio de Reclamaciones 2011*, pp. 32s., del total de reclamaciones presentadas en 2011, el 95,18% lo fue contra bancos, cajas de ahorros y cooperativas de crédito. Según la CNMV, *Atención de reclamaciones y consultas de los inversores. Memoria 2011*, p. 16, las cajas de ahorro y los bancos canalizaron el 95,7 % de las reclamaciones. Ambos informes, a diferencia de los de años anteriores, no señalan la distribución de reclamaciones de acuerdo a los tipos de EC. En este sentido, la memoria de 2010 del BdeE (p. 16) señala que las reclamaciones contra bancos ascendieron a un 68,6% y contra las cajas de ahorros a un 20 %. Por su parte, la memoria 2010 de la CNMV (p. 14) indica que contra los bancos se dirigió el 73% de las reclamaciones y contra las cajas de ahorros el 23%.

<sup>533</sup> V. CORTÉS, L., “Contratos”, p. 721; FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., *La información*, p. 32; y GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J., “La organización”, p. 60. A los efectos del Derecho de contratos debe tenerse en cuenta que la diferenciación entre bancos, cajas de ahorro y cooperativas de crédito “carece de relevancia”, sin perjuicio de su “trascendencia en el ámbito institucional”. BONET SÁNCHEZ, I., “El contrato”, p. 92.



## b. El cliente de servicios financieros

### i. El cliente en general

[100] **Síntesis.** Como primera cuestión, en orden a facilitar la comprensión de los criterios que adopta en cuanto a su ámbito subjetivo la normativa sobre información precontractual aplicable a las EC, deben tenerse en cuenta varias consideraciones básicas que pueden pasar desapercibidas si no se va más allá de un análisis superficial. Primero, que no existe una normativa general que imponga expresamente a las EC la obligación precontractual de informar a sus clientes en toda operación (bancaria o de inversión). Segundo, que dicha obligación sí existe respecto de todos los clientes consumidores (TRLGDCU, LCDSFDC y LCCC). Tercero, que en los servicios bancarios la obligación de informar opera solo respecto de las personas físicas (Orden EHA/2899/2011 y Circular 5/2012), salvo el caso de los servicios de pago, en que beneficia a todos los clientes (LSP y Orden EHA/1608/2010). Así, en materia de servicios bancarios no existe, curiosamente, una norma expresa que obligue a las EC a informar a las personas jurídicas. Cuarto, que en los servicios de inversión se favorece a los clientes en general (minoristas y profesionales, pero sobre todo a los primeros), salvo a las contrapartes elegibles (LMV y RD 217/2008). Quinto, que las normas sobre publicidad rigen respecto de todo tipo de clientes (Órdenes EHA/1718/2010 -servicios bancarios- y EHA/1717/2010 -servicios de inversión-). No resulta fácil, por consiguiente, descifrar las claves profundas que pueda encerrar esta estructura normativa, pareciendo, a veces, que obedece a una mera acumulación desordenada de disposiciones.

[101] **Noción general de cliente de servicios financieros.** ‘Cliente de servicios financieros’ es toda contraparte en la contratación con EC, con independencia de si es persona física o jurídica, de si es consumidor o empresario o profesional y de la naturaleza del contrato<sup>534</sup>.

Tradicionalmente, las normas generales relativas a las relaciones entre EC y clientes se han referido a estos en un sentido amplio, es decir, abarcando a personas físicas y jurídicas<sup>535</sup>.

Ejemplos de aquellas normas son el art. 48.2 LDIEC, que habla de “clientela”, la derogada Orden 12/12/1989, que se refería en su preámbulo a los “clientes”, y la también derogada Circular 8/1990, que procedía de similar forma en su exposición de motivos. De la lectura de ellas, principalmente de sus preámbulos, así como de sus denominaciones (en el caso de la OM y la Circular), se colige que la noción nuclear en

---

<sup>534</sup> FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., *La información*, p. 56; y LLEBARÍA SAMPER, S., “Protección”, p. 4.

<sup>535</sup> Cfr. AA.VV., CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *El Derecho*, p. 28; CORTÉS, L., “Contratos”, pp. 731s.; FERRANDO VILLALBA, L., KUSTER BOLUDA, I. y VILA LÓPEZ, N., *La protección*, p. 107; FERRE, M., “Normas”, pp. 89s.; GALÁN CORONA, E., “Las Órdenes”, p. 891; GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Contratación mercantil*, II, p. 862; MARIMÓN DURÁ, R., “La retribución”, pp. 292-297; MAYORGA TOLEDANO, M<sup>a</sup>. C., “Los derechos”, p. 12; MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, p. 74; MIRALLES SÁEZ, E., “La protección”, pp. 282s.; PETIT LAVALL, M<sup>a</sup>. V., *La protección*, pp. 176s.; RAMOS HERRANZ, I., “Contratos”, p. 366; y RODRÍGUEZ MASEDA, J. C., “Las operaciones bancarias”, p. 595.

materia de protección ha sido la de cliente o clientela en sentido amplio, sin acotaciones de ninguna índole<sup>536</sup>.

Actualmente, aparte del art. 48.2 LDIEC, destaca el art. 2.2 Orden ECO/734/2004. Este, a propósito de los departamentos y servicios de atención al cliente y defensor del cliente de las entidades financieras, incluye expresamente a las personas físicas y jurídicas que sean usuarios de servicios financieros dentro de los individuos que pueden deducir quejas y reclamaciones. Lo mismo hace el art. 3.1 Orden ECC/2502/2012 al designar a los legitimados para formular quejas o reclamaciones y consultas ante el BdeE y la CNMV. Asimismo, tiene especial interés la normativa sobre servicios de pago, en tanto ni la LSP ni la Orden EHA/1608/2010 circunscriben su ámbito de protección a determinados individuos, aplicándose a todos quienes usen los referidos servicios<sup>537</sup>. En fin, también se posiciona en esta línea la normativa sobre servicios de inversión, que protege al cliente en general, sin perjuicio de la graduación de la tutela dispensada a cada categoría<sup>538</sup>.

La salvaguarda de los clientes en general se fundamenta en que la competencia dentro del mercado de servicios financieros, en condiciones de igualdad y libertad, implica la existencia de normas de transparencia que rijan para los individuos a quienes se imponen (las EC) con independencia de quiénes contraten con ellos<sup>539</sup>.

**[102] La noción de cliente en la normativa general sobre servicios bancarios.** Como se ha advertido, el art. 2.1 Orden EHA/2899/2011 circunscribe la noción de cliente (también potencial) de las EC a las personas físicas, marginando de ella a las jurídicas. Adicionalmente, el nº 4 establece que en caso de actuar el cliente en la esfera de su actividad profesional o empresarial los contratantes podrán convenir que no se aplique total o parcialmente lo establecido en la Orden, a excepción de lo prescrito en el

---

<sup>536</sup> Cfr. ANDREU MARTÍ, M<sup>a</sup>. del M., *La protección*, pp. 48s. (que, no obstante, constata, en las pp. 50s., una tendencia en determinadas normas, desde 1994, hacia la tutela preferente de los consumidores, eso sí que en materia de préstamo hipotecario, conviviendo esta línea de acción con la de tutela del cliente en términos amplios por la normativa general –LDIEC–); BOTANA GARCÍA, G., “Noción”, pp. 30s. (precisando que en la mayor parte de las ocasiones el sujeto protegido coincidió con el consumidor de la LGDCU); FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., *La información*, pp. 56s.; LLEBARÍA SAMPER, S., “Protección”, p. 4; RAMOS HERRANZ, I., “Contratos”, p. 366; y RIVERO ALEMÁN, S., *Crédito*, p. 271.

<sup>537</sup> El art. 1 LSP, referido a su objeto y ámbito de aplicación, no contiene ninguna limitación en este sentido. Además, su art. 2 define “usuario de servicios de pago” como “una persona física o jurídica que haga uso de un servicio de pago, ya sea como ordenante, como beneficiario o ambos” (nº 10). A continuación define ‘consumidor’ (nº 11). Así, la LSP resulta aplicable a los clientes en general. Por su parte, el art. 2.1 de la aludida Orden establece que cuando el usuario de servicios de pago no sea un consumidor las partes podrán acordar la no aplicación, en todo o parte, de ella. De esto se infiere que se aplica, en principio, a todos los que usen tales servicios.

<sup>538</sup> Cfr. CABALLERO NÚÑEZ, G., “Las obligaciones”, p. 114; y FERRANDO VILLALBA, L., KUSTER BOLUDA, I. y VILA LÓPEZ, N., *La protección*, p. 107. Adicionalmente, al cliente en general resultan aplicables la LCGC y la LSSICE, ninguna de las cuales contiene una definición de aquel. Sin perjuicio de que la primera, en su art. 2.1, consigna que el adherente a condiciones generales puede ser una persona física o una jurídica. Y sin perjuicio también, a nivel comunitario, de la Directiva 2000/31 (relacionada con la LSSICE), que en su art. 2.d define al “destinatario del servicio” como “cualquier persona física o jurídica que utilice un servicio de la sociedad de la información por motivos profesionales o de otro tipo y, especialmente, para buscar información o para hacerla accesible”.

<sup>539</sup> V. FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., *La información*, p. 56.

Capítulo II del Título III (normas sobre créditos y préstamos hipotecarios)<sup>540</sup>. En el mismo sentido procede la Norma segunda de la Circular 5/2012.

**[103] Crítica a la noción de cliente de la Orden EHA 2899/2011 y la Circular 5/2012.** No quedan claros los motivos de la exclusión de las personas jurídicas por la citada normativa<sup>541</sup>. Al parecer, la razón se encontraría en una de las disposiciones habilitantes de la referida Orden: el art. 29.2 Ley 2/2011. Esta disposición faculta al MEH para aprobar “las normas necesarias para garantizar el adecuado nivel de protección de los usuarios de servicios financieros en sus relaciones con las entidades de crédito”. Agrega el precepto que las normas aprobadas en su virtud podrán tener por contenido “c) La información precontractual que debe facilitarse a los consumidores antes de que formalicen sus relaciones contractuales con las entidades” (v. también el nº 1 (5)). De esta suerte, la limitación de la noción de cliente por la señalada Orden a las personas físicas puede deberse a que la referida ley habilitante habla de “usuarios de servicios financieros” y, en el caso de la información precontractual, de “consumidores”, y no de ‘clientes’ en general.

Cabe recordar que la noción de consumidor se aplica solo a las personas físicas y jurídicas que actúan fuera de una actividad profesional o empresarial (art. 3 TRLGDCU). Así, el criterio adoptado por la mencionada normativa de proteger solo a las personas físicas coincidiría, en cierta medida, con la tendencia en materia de Derecho del consumo, consistente en salvaguardar solo los intereses de individuos que no actúan en el marco de una actividad profesional o empresarial. Se trata, con todo, de una coincidencia parcial porque mientras el TRLGDCU sí resulta aplicable a las personas jurídicas que no actúan dentro de una actividad de tal tipo, la mencionada Orden no lo resulta a persona jurídica alguna<sup>542</sup>.

El proceder de la aludida normativa, al limitarse a garantizar la protección solo de las personas físicas, dejando al margen a las jurídicas e, incluso, en caso de convenirlo la EC y el cliente, a las propias personas físicas cuando actúan dentro de su actividad profesional o empresarial, rompe injustificadamente con la tradicional noción amplia de ‘cliente’. Así, las reglas sobre información precontractual contenidas en la señalada normativa no resultan aplicables a las personas jurídicas y, en caso de convenirlo la EC y el cliente, a las personas físicas que actúan dentro de su actividad profesional o empresarial<sup>543</sup>. Este proceder resulta problemático si se tiene en cuenta que la normativa referida a los consumidores no se aplica ni a clientes profesionales ni empresarios, con lo que, en materia de servicios bancarios, las empresas quedan desprovistas de protección y, en su caso, las personas físicas que actúan dentro de su actividad profesional o empresarial.

---

<sup>540</sup> V. MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, p. 70; PINILLOS LORENZANA, Á., “La protección”, p. 84; y SÁNCHEZ MONJO, M., “El nuevo”, p. 290.

<sup>541</sup> ALCALÁ DÍAZ, M<sup>a</sup>. Á., “La protección”, p. 20; MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, p. 70; PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, p. 418; y RODRÍGUEZ MASEDA, J. C., “Las operaciones bancarias”, p. 595.

<sup>542</sup> Cfr. ALCALÁ DÍAZ, M<sup>a</sup>. Á., “La protección”, p. 20, agregando que la Orden extiende la noción de cliente a las personas físicas que contratan créditos hipotecarios para fines diversos de la adquisición de vivienda, incluyendo, así, los referidos a procesos empresariales/profesionales.

<sup>543</sup> V. ALCALÁ DÍAZ, M<sup>a</sup>. Á., “La protección”, p. 20; DEFENSOR DEL PUEBLO, *Crisis*, p. 77 (en que el referido organismo solicita aclaración al BdeE y la Secretaría de Economía acerca del motivo por el cual la señalada Orden margina de la noción de cliente a las personas jurídicas); y MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, pp. 70s.

**[104] Crítica de la exclusión de las personas jurídicas.** Si bien la exclusión de las personas jurídicas puede estar acaso justificada en el caso de los “grandes clientes”, no lo está en el de las PYMES<sup>544</sup>. Varios argumentos avalan esta idea.

- Tales empresas, al igual que las personas físicas, pueden estar sujetas, cuando sus conocimientos, experiencia o cualificación les impiden comprender la respectiva operación, a elevados niveles de asimetría informativa. Así, no resulta razonable ponerlas al mismo nivel de las grandes empresas<sup>545</sup>.

- La normativa que justifica la aprobación de la Orden EHA/2899/2011 no solo es el art. 29.2 Ley 2/2011, sino también el 48.2 LDIEC, que utiliza una noción amplia de cliente. Así, en los servicios financieros la noción de “usuario” (a que se refiere la ley 2/2011, que es uno de los marcos de promulgación de la normativa sobre transparencia) debe asimilarse a la de cliente en general, de lo que deriva que los sujetos protegidos dentro de tales servicios (incluidos los bancarios) deberían ser tanto las personas físicas como las jurídicas. De manera que la noción de ‘usuario de servicios financieros’ no debe asimilarse a la noción de consumidor del TRLGDCU. Así lo demuestra el art. 2.2 Orden ECO/734/2004, que incluye expresamente a las personas físicas y jurídicas que sean “usuarios de servicios financieros” dentro de los sujetos habilitados para deducir quejas y reclamaciones ante los departamentos y servicios de atención al cliente y defensor del cliente de las entidades financieras. También lo demuestra el art. 3.1 Orden ECC/2502/2012, que hace otro tanto al designar a los legitimados para presentar quejas o reclamaciones y consultas ante el BdeE y la CNMV.

- La decisión del Derecho del consumo de excluir a las empresas de su campo de acción general no tiene por qué implicar que en un terreno tan específico como el de los servicios bancarios deba acontecer algo similar. Ello, puesto que en este ámbito suelen concurrir con mayor intensidad los fundamentos que motivan la protección de la generalidad de la clientela, es decir, la asimetría informativa y la posibilidad de ingentes perjuicios en caso de no mediar una información adecuada. Estos, incluso, podrían llegar a comprometer la viabilidad de una empresa deficitariamente informada en caso de haber vinculado importantes recursos en la contratación de un determinado producto (*v. gr.*, caso de los *swaps* de tipos de interés, en el escenario financiero que se ha verificado durante los últimos años).

- La normativa más depurada y sofisticada en materia de información precontractual en la contratación con EC (esto es, la relativa a los servicios de inversión) se aplica a la clientela en general. En ella, las personas jurídicas no resultan excluidas *per se*, contemplándose solo un menor grado de protección en relación con los clientes profesionales, que son individuos que disponen de un alto nivel de conocimientos, experiencia o cualificación en la contratación de instrumentos financieros<sup>546</sup>.

---

<sup>544</sup> Cfr. GOMÁ LANZÓN, F., “Análisis”, s/p; PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, p. 418; y RODRÍGUEZ MASEDA, J. C., “Las operaciones bancarias”, pp. 596s.

<sup>545</sup> CUÑAT EDO, V., “Las limitaciones”, p. 41, señala que habría que plantearse si la protección del consumidor debe ampliarse a quienes padezcan determinadas condiciones de subordinación, apuntando que la diferenciación en razón de la magnitud empresarial ya está presente en el mercado financiero, al contemplar el art. 107.2 LCS una previsión particular para el caso de los grandes riesgos (nota 15).

<sup>546</sup> Una crítica respecto del conflicto entre la normativa sobre servicios de inversión y la Orden en relación con los *swaps* de tipos de interés en MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, pp. 70-73.

- La exclusión de las personas jurídicas que no actúan dentro de su actividad profesional o empresarial, que sí pueden incardinarse dentro de la noción de consumidor del art. 3 TRLGDCU, resulta todavía más infundada. En efecto, en el caso de las empresas, dicha exclusión podría justificarse (lo cual, según queda dicho, tampoco me parece correcto) por la actividad económica que despliegan, justificación que no concurre en el caso de las personas jurídicas que no actúan dentro de su actividad profesional o empresarial.

**[105] Crítica de la posibilidad de exclusión de determinadas personas físicas.** La posibilidad de excluir la aplicación total o parcial de la normativa sobre transparencia bancaria, incluso en materia de información precontractual, en relación con las personas físicas que actúan dentro de su actividad profesional o empresarial cuando así lo convienen con la EC, implicaría su desprotección, puesto que a dichas personas físicas no les resulta aplicable la normativa general de protección del consumidor (el art. 3 TRLGDCU margina de su campo de acción a dichos individuos). Por lo demás, esta posibilidad no resulta justificada, aparte de por los motivos expuestos previamente en relación con las PYMES que sean pertinentes (que aquí se aplican a los trabajadores autónomos), por algunos adicionales.

- La Orden EHA/2899/2011, como todas las normas sobre protección de la clientela y transparencia de las operaciones llevadas a cabo por EC, tiene carácter imperativo, siendo, por tanto, irrenunciable su aplicación<sup>547</sup>.

- La condición de personas físicas no las reviste de un mayor conocimiento en materias financieras ni de un mayor grado de poder negociador frente a las EC<sup>548</sup>.

- La normativa sobre servicios de inversión se aplica a la clientela en general, sin exclusión *per se* de los empresarios o profesionales, contemplando solo un menor nivel de salvaguarda respecto de clientes con una notable bagaje de conocimientos, experiencia o cualificación en la contratación de instrumentos financieros (los profesionales). Si bien dicha normativa admite la posibilidad de renunciar al tratamiento de cliente minorista (para pasar al del profesional), solo lo hace con base en la concurrencia de rigurosos requisitos, sin que baste un simple acuerdo entre el cliente y la entidad.

**[106] Propuesta.** En razón de estas consideraciones, las personas físicas y jurídicas cuyos conocimientos, experiencia o cualificación les impiden comprender en una medida suficiente una operación bancaria, deberían ser beneficiarias de una normativa sobre información precontractual que las proteja adecuadamente, en especial tratándose de productos y servicios complejos o que encierran un nivel significativo de riesgo (v. *gr.*, depósitos estructurados, hipotecas multidivisa y *swaps* de tipos de interés vinculados con préstamos hipotecarios).

Así, no se trata de que la disciplina protectora que existiese al respecto tuviera que aplicarse a todos los clientes de las EC por igual. Para excluir de la salvaguarda a

---

<sup>547</sup> V. PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, p. 418. GOMÁ LANZÓN, F., “Análisis”, s/p, considera que la apuntada renuncia sería nula por infracción del art. 10 TRLGDCU (irrenunciabilidad de derechos, uno de los cuales es el de información). Entiende que determinadas personas físicas, aun cuando actúen en la esfera de su actividad profesional o empresarial, igualmente ostentan la condición de consumidoras frente a los bancos, al no consistir dicha actividad en la contratación con EC.

<sup>548</sup> Constata esta crítica SÁNCHEZ MONJO, M., “El nuevo”, p. 290.

determinados individuos (los que no se encuentran en posición de asimetría informativa en los referidos términos) podría utilizarse la técnica empleada por la normativa sobre servicios de inversión, que exige clasificar a los clientes en profesionales o minoristas, otorgándole el máximo nivel de protección a los segundos.

No obstante, teniendo en cuenta que la Orden EHA 2899/2011 y la Circular 5/2012 constituyen Derecho vigente, los tribunales, llegado el caso, deberían imponer a las EC la obligación precontractual de informar a los clientes que no resulten protegidos por dichas normas y cuyos conocimientos, experiencia o cualificación les impidan comprender las consecuencias de una operación. Pero teniendo en cuenta el principio de seguridad jurídica, lo óptimo sería que el regulador corrigiera la opción adoptada por aquellas normas, en el sentido de proteger a todos los clientes que se encuentren en dicha situación y no solo a las personas físicas.

## ii. El consumidor

**[107] Aclaración.** En principio, no existe inconveniente en utilizar los conceptos de consumidor y usuario como sinónimos o en subsumir el segundo dentro del primero<sup>549</sup>. Ello, sin perjuicio de que, en general, en el caso de los servicios, como los financieros, la expresión ‘usuario’ resulte más idónea<sup>550</sup>.

Sin embargo, teniendo en cuenta cierta normativa aplicable a los servicios financieros, en último término no resulta preciso asimilar las nociones de “usuario” y “consumidor” en el ámbito de tales servicios. En efecto, según avanzara, mientras que la noción de consumidor está acotada al individuo definido como tal por la normativa sobre consumo, sin que abarque, por tanto, a todos los clientes de las EC, la de “usuario de servicios financieros” abarca a todos los clientes de dichas entidades, esto es, no solo a los consumidores, sino a cualquier persona física o jurídica. Ello, en conformidad a los arts. 2.2 Orden ECO/734/2004 y 3.1 Orden ECC/2502/2012, que, según vimos, entienden comprendidas dentro de la noción de ‘usuario de servicios financieros’ tanto a las personas físicas como a las jurídicas. Por esto es que en lo que sigue me refiero exclusivamente al cliente consumidor a que alude la normativa sobre consumo y no al cliente o usuario de servicios financieros en general, a quien ya me he referido en la sección anterior.

**[108] El consumidor como sujeto protegido por la normativa sobre servicios financieros.** En abundantes ocasiones, la normativa sobre servicios financieros protege exclusivamente al cliente consumidor (TRLGDCU, LCCC y LCDSFDC)<sup>551</sup>. Eso sí, según veremos, las diversas disposiciones aplicables a la contratación entre EC y consumidores definen a estos de distintas maneras, sin que haya una única noción de consumidor en este ámbito<sup>552</sup>.

---

<sup>549</sup> Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario” (al art. 3), pp. 96-98; CAVANILLAS MÚGICA, S., “El Real Decreto Legislativo”, p. 2139; y GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1454. Incluso, en términos generales, se suele asimilar la noción de consumidor a la de cliente. BOTANA GARCÍA, G., “Noción”, p. 30.

<sup>550</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Comentario” (al art. 1), p. 26; y FERRANDO VILLALBA, L., KUSTER BOLUDA, I. y VILA LÓPEZ, N., *La protección*, p. 100.

<sup>551</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Contratación mercantil*, II, p. 862.

<sup>552</sup> MAYORGA TOLEDANO, M<sup>a</sup>. C., “Los derechos”, p. 11.

Teniendo en cuenta que el consumidor se encuentra en inferioridad informativa ante los empresarios o profesionales, el TRLGDCU aborda en profundidad la cuestión de la información precontractual. Asimismo, en virtud de las peculiaridades de la contratación con EC, un importante cúmulo de normas con disposiciones sobre información precontractual protege al consumidor de servicios financieros en particular (v. gr., LCCC y LCDSFDC). Adicionalmente, la normativa general sobre transparencia bancaria (Orden EHA/2899/2011 y Circular 5/2012), que también contiene disposiciones de aquel tipo, ha optado por salvaguardar solo los intereses de las personas físicas, con lo que se aproxima a una protección casi exclusiva del consumidor. No obstante, en la normativa sobre transparencia bancaria subsiste la protección de las personas físicas en general, es decir, a pesar de que sean empresarias o profesionales, sin perjuicio de que, en caso de convenirlo la EC y el cliente, dicha normativa pueda no aplicarse a las personas físicas que actúan dentro de su actividad empresarial o profesional.

En síntesis, la condición de consumidor del cliente de servicios financieros se erige en la noción nuclear en términos de protección de los intereses de las contrapartes contractuales de las EC. Excepción a esta tendencia es la normativa sobre servicios de inversión, que ampara a los clientes en general con independencia de si son o no consumidores<sup>553</sup>, si bien estableciendo diversos niveles de protección dependiendo del tipo de cliente. Y, asimismo, la normativa sobre servicios de pago.

**[109] Noción de consumidor.** En la contratación con EC rige la noción de consumidor del TRLGDCU y las específicas contenidas en las diferentes regulaciones aplicables.

El art. 3 TRLGDCU señala que los consumidores son “las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”. Esta definición se corresponde con la del Derecho comunitario, que también se centra en el ámbito de actuación<sup>554</sup>, pero se contrapone a ella al incluir a las personas jurídicas<sup>555</sup>. La definición del TRLGDCU también es seguida por las diversas disposiciones autonómicas sobre protección de tales individuos<sup>556</sup>. Al ser el TRLGDCU una normativa de alcance general, aquella noción también se aplica a la contratación con EC<sup>557</sup>.

---

<sup>553</sup> NASARRE AZNAR, S., “Malas prácticas”, p. 2688.

<sup>554</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario” (al art. 3), pp. 89s., apuntando que la noción del TRLGDCU no debería suponer un cambio sustantivo respecto de la LGDCU, centrada en la idea de “destinatario final”.

<sup>555</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario” (al art. 3), pp. 91s.; CARRASCO PERERA, A., “La defensa”, p. 3 y “Texto refundido”, p. 2218; CAVANILLAS MÚGICA, S., “El Real Decreto Legislativo”, p. 2138; y GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1453. Cabe mencionar, a modo de ejemplo, los arts. 2.1 Directiva 2011/83 y 6 Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17-6-08, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). V., respecto de la noción de consumidor en el Derecho comunitario, EBERS, M., “The Notion”, pp. 453-461 (con referencia a las legislaciones de los distintos Estados miembros de la UE); y REYES LÓPEZ, M<sup>a</sup>. J., *Manual*, pp. 108-114, con cita de normativas comunitarias y sentencias del TJCE.

<sup>556</sup> V. gr., por el art. 111-2.a CCC, que señala lo siguiente: “(p)ersonas consumidoras y usuarias: las personas físicas o jurídicas que actúan en el marco de las relaciones de consumo en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”. V. CARRASCO PERERA, A., “La defensa”, pp. 3s.; y REYES LÓPEZ, M<sup>a</sup>. J., *Manual*, p. 105 (con desarrollo, en las pp. 97-105, de la regulación autonómica en esta materia).

<sup>557</sup> V. NASARRE AZNAR, S., “Malas prácticas”, pp. 2687s. (respecto de los *swaps* de tipos de interés). Lo mismo cabía decir a tenor de la LGDCU. GALÁN CORONA, E., “Las Órdenes”, p. 891.

Por lo que atañe a las normativas específicas protectoras de la clientela de las EC que se centran en la tutela del consumidor y que contemplan reglas sobre información precontractual, cabe apuntar que algunas se valen expresamente de tal noción, mientras que otras se sirven de nociones que se aproximan a dicha figura. En todo caso, todas se circunscriben a las personas físicas, contrariamente a lo dispuesto por el TRLGDCU<sup>558</sup>. Entre las primeras destacan la LCCC (art. 2.1)<sup>559</sup> y la LCDSFDC (art. 5 (3))<sup>560</sup>. Estas se aplican a las personas físicas que actúan con fines que están al margen de su actividad comercial, profesional o empresarial, o con un propósito ajeno a esta<sup>561</sup>. Entre las segundas sobresalen la Orden EHA/2899/2011 (art. 2.1) y la Circular 5/2012, que solo protegen a las personas físicas<sup>562</sup>.

**[110] Problemas de la noción de consumidor del TRLGDCU en el ámbito de los servicios financieros.** La noción de consumidor del art. 3 TRLGDCU conlleva algunos problemas en la contratación con EC<sup>563</sup>. En términos jurídicos, el requisito de actuación en un ámbito ajeno a la actividad profesional o empresarial conllevaría la no inclusión dentro de dicha noción de determinadas contrapartes de las EC. Por ejemplo, de quienes acceden al crédito para procurarse medios con los que establecerse profesionalmente y de los inversores particulares que adquieren valores mercantiles a objeto de lucrarse con su nueva venta; sin que ello constituya su profesión habitual<sup>564</sup>. En términos

<sup>558</sup> Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario” (al art. 3), p. 92, nota 46 (respecto de la LCC); LLEBARÍA SAMPER, S., “Protección”, p. 4 (respecto del crédito al consumo y los servicios de pago); y MONTES RODRÍGUEZ, M<sup>a</sup>. P., “Novedades”, p. 885 (respecto de la LCDSFDC).

<sup>559</sup> Cfr. GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1453 (nota 22); LLEBARÍA SAMPER, S., “Protección”, p. 4 (apuntando, en la p. 8, que en el crédito al consumo uno de los problemas que puede presentarse es que mientras en el contrato principal una persona jurídica puede ostentar la condición de consumidor, no la ostentará en relación con aquel); REYES LÓPEZ, M<sup>a</sup>. J., *Manual*, p. 89, todos en relación con la LCC; y VELA TORRES, P., “Los contratos”, p. 222 (respecto de la LCCC). V. también el art. 3.a Directiva 2008/48.

<sup>560</sup> V. FLORES DOÑA, M<sup>a</sup>. de la S., “Naturaleza”, p. 6 (planteando, en la p. 7, que la LCDSFDC podría aplicarse a un no consumidor cuando las partes lo acuerden); GUISADO MORENO, Á., “Contratación a distancia”, pp. 303s. (precisando que la noción restringida de consumidor va en la línea de las normativas financieras); MARTÍN SALAMANCA, S., “Los derechos”, p. 95; MAYORGA TOLEDANO, M<sup>a</sup>. C., “Los derechos”, p. 11; MONTES RODRÍGUEZ, M<sup>a</sup>. P., “Novedades”, p. 885; LLEBARÍA SAMPER, S., “Protección”, p. 4; SERRA RODRÍGUEZ, A., “El derecho”, p. 23; y TAPIA HERMIDA, A., “La Ley 22/2007”, p. 283. El art. 2.d Directiva 2002/65 procede en parecidos términos. V. también el art. 2.e Directiva 2000/31.

<sup>561</sup> También la LSP define consumidor en similares términos (art. 2.11). V. LLEBARÍA SAMPER, S., “Protección”, p. 4. No obstante, dicha ley protege a quienes usan servicios de pago en general. Sin perjuicio de esto, el art. 2.1 Orden EHA/1608/2010 permite, en caso de no ser el usuario de aquellos servicios un consumidor, que las partes decidan no aplicarla en todo o parte.

<sup>562</sup> Con anterioridad a dicha Orden se predicaba esta idea respecto de, entre otras, la Orden 5/5/1994, cuyo art. 1.1.2 contemplaba como uno de sus presupuestos de aplicabilidad que el prestatario fuera una persona física. Cfr. ANDREU MARTÍ, M<sup>a</sup>. del M., *La protección*, p. 50; y GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1453 (nota 19).

<sup>563</sup> No pretendo una revisión exhaustiva de dicha noción, así como de las críticas a la misma, ya suficientemente desarrolladas por la doctrina V., en cuanto a esta noción y su crítica, GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, pp. 1452-1454; y REYES LÓPEZ, M<sup>a</sup>. J., *Manual*, pp. 89ss. (en que también se incluye el desarrollo de esta temática a la luz de la LGDCU -pp. 90-95-). En cuanto a la noción de consumidor en la LGDCU v. también BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Comentario” (al art. 1), pp. 25ss.; BOTANA GARCÍA, G., “Noción”, pp. 34-40; y MIRANDA SERRANO, L., “La protección de los consumidores”, pp. 195-203. En Cataluña debe tenerse en cuenta el art. 111-2.a., b. y c. CCC, que definen, respectivamente, las nociones de “Personas consumidoras o usuarias”, “Persona consumidora media” y “Colectivos especialmente protegidos”.

<sup>564</sup> AA.VV., CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *El Derecho*, p. 24 (respecto de la LGDCU). A la luz de la LGDCU sí habría correspondido insertar al inversor dentro de la figura del consumidor, al ser destinatario final de los instrumentos que adquiere. TAPIA HERMIDA, A., *El Derecho del mercado*, p. 116.



económicos, resulta problemático incluir dentro de la noción de consumidor a quienes concurren con su dinero a demandar servicios de depósito o de inversión, al demostrar estas actuaciones que se trata de sujetos que, por ser ahorradores o inversores, no puede entenderse que consumen<sup>565</sup>.

A pesar de los referidos inconvenientes, corresponde catalogar a los mencionados clientes como consumidores cuando cumplen con los presupuestos de la noción legal aplicable a dichos individuos. Sobre todo si se ven expuestos a dificultades en la toma de decisiones económicas, como la de acceder a una información adecuada<sup>566</sup>. Así, dichos clientes (ahorradores e inversores) deben entenderse como consumidores, incluso a pesar de que actúen con fines especulativos, si no actúan dentro de una esfera profesional o empresarial<sup>567</sup>.

De manera que, a modo de ejemplo, en los servicios de inversión sí corresponde calificar como consumidores a los clientes minoristas. No obstante, no procedería calificar como tales a los clientes profesionales y a las contrapartes elegibles, en tanto que estos no actúan al margen de su actividad empresarial. De manera que en los servicios de inversión la noción de consumidor no puede estimarse como plenamente válida para la identificación del ámbito de aplicación de las normas de conducta que operan en relación con dichos servicios<sup>568</sup>.

También se proyecta a la contratación con EC la discusión acerca de si bajo ciertas circunstancias podría aplicarse el régimen de consumo a individuos que, no obstante desarrollar una actividad empresarial, actúan al margen de su objeto, siempre que se encuentren afectados a determinado nivel de asimetría informativa, como ocurre con los trabajadores autónomos y determinadas PYMES<sup>569</sup>. Aun cuando en ocasiones la jurisprudencia haya hecho esfuerzos para incluir analógicamente a tales sujetos dentro de la noción de consumidor, el actual TRLGDCU impide una extensión como la indicada. Esta, no obstante poder justificarse en la posición de desigualdad de

---

<sup>565</sup> V. SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “Derecho y Mercado”, p. 608 (respecto de ambos individuos); y TAPIA HERMIDA, A., *El Derecho del mercado*, p. 117. V. también SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “La protección”, p. 539, oponiéndose a considerar que la tutela del inversor deba insertarse en la esfera del Derecho del consumo, al pugnar la noción económica de consumidor con la de aquel (que no consume, sino que invierte). No obstante, en la p. 542, luego de formular diversas consideraciones acerca de la evolución histórica del Derecho del mercado de valores, apunta que la “posible herejía económica, consistente en considerar al inversionista como consumidor, empieza a resultarnos algo más comprensible”, más todavía teniendo en cuenta que en este terreno opera la contratación por adhesión. No obstante, finalmente decide “matizar la noción de ese peculiar consumidor”. En todo caso, centra sus reflexiones principalmente en el “inversor perito”, en tanto que la protección de este (no la del público en general) no debería ser reconducida al Derecho del consumo, sobre todo en materia de asimetrías informativas, que no le afectan, como sí lo hacen en relación con el público ordinario. Además, apunta básicamente a las operaciones del mercado de valores sin considerar la contratación con ESI en particular.

<sup>566</sup> Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “La protección jurídica”, pp. 303s.; y ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., “Mecanismos”, pp. 65s. (que previamente constata el contrasentido económico de estimar consumidor al inversor, al ser este un individuo que invierte la parte de su renta que no consume). Lo mismo opina respecto del inversor, para el caso del Derecho italiano, LUCIANI, G., “Gli obblighi”, p. 51.

<sup>567</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario” (al art. 3), p. 91 (nota 43); BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y., “El caso”, p. 219 (ambos respecto del inversor); y GUIADO MORENO, Á., “Contratación a distancia”, pp. 303s.

<sup>568</sup> Cfr. NASARRE AZNAR, S., “II-3:101-II-3:103”, p. 200 (y nota 69); y ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., “Mecanismos”, p. 66.

<sup>569</sup> El TRLGDCU sí se aplica a las personas jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario” (al art. 3), pp. 92s.

determinados sujetos, requiere el cumplimiento de los presupuestos preceptivamente exigidos para configurarla. A esta conclusión llega la mayor parte de las resoluciones judiciales y autorizada doctrina<sup>570</sup>.

### iii. El inversor<sup>571</sup>

**[111] Motivos del tratamiento independiente del inversor.** Dos ideas justifican el tratamiento independiente del inversor de las nociones de cliente en general y de consumidor.

En primer lugar, aun cuando dentro de la noción de cliente de servicios financieros se enmarcan tanto las contrapartes de las EC que celebran un contrato bancario como las que suscriben uno relativo a un servicio de inversión<sup>572</sup>, las consideraciones previamente formuladas en relación con el cliente de servicios financieros deben entenderse más bien referidas a los contratos del primer tipo. Esto, por cuanto la normativa sobre transparencia que históricamente ha regulado las relaciones con los clientes se ha aplicado de forma preferente a favor de quienes contratan servicios bancarios. Hoy, el art. 2.2 Orden EHA/2899/2011 excluye de su ámbito de aplicación a los servicios, operaciones y actividades comprendidos en el de la LMV, norma esta que regula los servicios de inversión. Estos últimos se rigen por una normativa específica que disciplina las relaciones entre las empresas que los prestan y los inversores en general, con independencia de si son personas físicas o jurídicas, sin perjuicio de los diversos grados de protección existentes en relación con los diferentes tipos de inversores (LMV y RD 217/2008)<sup>573</sup>.

---

<sup>570</sup> Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Comentario” (al art. 1), pp. 33s.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario” (al art. 3), pp. 95s.; FERRANDO VILLALBA, L., KUSTER BOLUDA, I. y VILA LÓPEZ, N., *La protección*, p. 101; FERRER MORALES, D., “Estudio”, p. 46; GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1454; LLEBARÍA SAMPER, S., “Protección”, pp. 5-8; y REYES LÓPEZ, M<sup>a</sup>. J., *Manual*, p. 96. A modo de ejemplo, la STS 26-11-96 (FD 5) estima que a pesar de ser inmorales la imposición de la cláusula que señala que el pago del interés girado por la EC implicaba la aceptación del mismo como acto propio, no resulta aplicable la LGDCU a un préstamo hipotecario para adquirir una oficina de farmacia. V. CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, J. M., “La protección”, p. 131. Por lo que respecta a los conflictos suscitados entre EC y clientes en materia de información precontractual pueden mencionarse como ejemplos de resoluciones que desechan la aplicación de la normativa sobre consumo a clientes empresarios algunas sentencias en materia de *swaps* de tipos de interés. Así, las SAP Castellón (3) 30-5-11 (FD 2); Pontevedra (1) 7-4-10 (FD 5); Zamora (1) 22-9-11 (FD 6); y Zaragoza (5) 4-10-10 (FD 4).

<sup>571</sup> Según el art. 4.1.10 Directiva 2004/39 el cliente es “toda persona física o jurídica a quien una empresa de inversión presta servicios de inversión o servicios auxiliares”. Acerca de la noción de inversor v. FLORES DOÑA, M<sup>a</sup>. de la S., “Ejes”, p. 23; y SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “La protección” (con variadas reflexiones históricas sobre el particular, básicamente en derredor del tránsito de la protección de inversores sofisticados a la del público en general) y “El inversor”, pp. 527-533 (con un análisis psicológico, histórico y sociológico de la figura). En la noción de cliente se incluyen los potenciales. V. a este respecto FLORES DOÑA, M<sup>a</sup>. de la S., “Ejes”, p. 25; ESPÍN GUTIÉRREZ, C., “El conocimiento”, pp. 269s.; y FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., *La información*, p. 56 (que indica que en una acepción estricta la noción de cliente coincide con la del sujeto que concluye alguna operación con una EC, quedando fuera el público en general). La noción de ‘cliente potencial’ resulta importante porque la información precontractual se encuentra referida al periodo anterior a la conclusión de un contrato.

<sup>572</sup> Estas últimas son inversores y clientes a la vez. TAPIA HERMIDA, A., *El Derecho del mercado*, p. 116.

<sup>573</sup> Cfr. FERRANDO VILLALBA, L., KUSTER BOLUDA, I. y VILA LÓPEZ, N., *La protección*, p. 107; FLORES DOÑA, M<sup>a</sup>. de la S., “Ejes”, p. 24; MARCHIANDI ALBERDI, M., “Novedades”, p. 169; y ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., “Mecanismos”, pp. 64s. y *La disciplina*, pp. 46s.

En segundo término, también debe distinguirse el inversor del consumidor. Según avanzara, la noción de consumidor, en tanto que referida a las personas físicas o jurídicas que no actúan dentro de su actividad profesional o empresarial, no permite abarcar a todos los individuos que contratan servicios de inversión. En efecto, no permite abarcar a los inversores catalogados como profesionales y contrapartes elegibles. Así, cabe insistir en que la normativa sobre actuación en los mercados de valores no se refiere solo a los individuos que ostentan la condición de consumidor, sino a todos los que cumplen con los presupuestos técnico-jurídicos para ser calificados de inversores<sup>574</sup>.

En cuanto a la normativa aplicable a los inversores, cabe apuntar que a los que solo ostenten esta condición se aplican las disposiciones sobre servicios de inversión y, a los que además sean consumidores, estas mismas y las de consumo<sup>575</sup>.

**[112] Justificación de la protección de determinados inversores.** La protección de los inversores se justifica en la medida en que concurren determinadas circunstancias que le hagan ostentar la condición de parte débil de la relación<sup>576</sup>. Esta parte, en los servicios de inversión, está representada por los clientes minoristas. La condición de parte débil de la relación de estos sujetos deriva de la ausencia de un conocimiento cualificado en el ámbito de la inversión, de la complejidad de las prestaciones a ella referidas y de la particular asunción de riesgo presente en este terreno<sup>577</sup>. En síntesis, dicha condición emana de la asimetría informativa que afecta a dichos clientes<sup>578</sup>. Por esto es que su tutela se consigue principalmente a través de técnicas de protección informativa<sup>579</sup>.

En el anterior sentido, la normativa del mercado de valores, al disciplinar las reglas de conducta de las ESI, en cuyo interior se encuentran las relativas a la información precontractual, distingue entre diversos tipos de inversor, otorgándole la categoría de cliente solo a los minoristas y profesionales (art. 78 *bis* LMV), mas no a las contrapartes elegibles (el art. 78 *ter* LMV no se refiere a estas como “clientes”). Dicha normativa, según veremos, otorga el máximo grado de protección a los clientes minoristas, destacadamente en materia de información precontractual.

**[113] Obligación de clasificar a los inversores.** La normativa sobre servicios de inversión obliga a las empresas que los prestan a clasificar a los clientes en

---

<sup>574</sup> V. ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., “Mecanismos”, pp. 65s. (distinguiendo, en las pp. 66s., al inversor del accionista y del obligacionista). Para esta autora, la noción económica de inversor “queda ubicada a efectos de la identificación de las normas de actuación, en la condición de parte del contrato que contrae en referencia con el negocio jurídico que celebra para la ejecución de su opción inversora o desinversora, esto es, en su perfil de cliente, bien sea contractual o precontractual” (pp. 67s.). Agrega, en la p. 68, que “(e)n efecto, esta identidad se justifica en tanto que el legislador, cuando procede a determinar los mecanismos jurídicos de protección, lo hace aludiendo a la figura de “cliente” en sus distintas fases del contrato, permitiendo de esta forma pues que no sea tenida en cuenta su consideración o no como destinatario final del servicio abastecido para procurar la protección, que se otorgue una tutela referente a la negociación con todos los valores negociables e instrumentos financieros, y que procure una defensa referida específicamente al concreto inversor, y no al colectivo con el que se relaciona”. Acerca de las relaciones entre las nociones de inversor y consumidor en el Derecho comunitario v. MOLONEY, N., *How to Protect Investors*, pp. 39-41.

<sup>575</sup> DI NELLA, L., “Profili”, p. 245.

<sup>576</sup> SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “La protección”, p. 539.

<sup>577</sup> ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., “Mecanismos”, pp. 60s.

<sup>578</sup> DI NELLA, L., “Profili”, pp. 245s.

<sup>579</sup> TAPIA HERMIDA, A., *El Derecho del mercado*, p. 116.

profesionales o minoristas (art. 78 bis.1 LMV). En este sentido, el considerando 5 Directiva 2006/73 señala que “en lo relativo a la protección de los inversores, y en especial a la provisión de información a los inversores o la obtención de información procedente de estos, debe tenerse en cuenta si el cliente o posible cliente es un cliente minorista o profesional”. La respectiva clasificación depende del nivel de experiencia, conocimientos o cualificación del cliente<sup>580</sup>. Para determinar cuál es este nivel en cada caso se establece la obligación de las ESI de realizar los tests de conveniencia e idoneidad<sup>581</sup>, a los que me referiré *infra* § 192 a 194. Adicionalmente, el art. 78 *ter* LMV se refiere a los inversores que sean contrapartes elegibles<sup>582</sup>.

Lo relevante de distinguir entre los diversos tipos de inversores es que a su respecto se aplica una tutela graduada, encontrándose más protegidos los minoristas que los profesionales. En relación con los primeros proceden mayores exigencias de información precontractual<sup>583</sup>. A su vez, tanto los minoristas como los profesionales gozan de una protección de que no disfrutaban las contrapartes elegibles<sup>584</sup>.

El art. 78 bis.2 LMV establece que se consideran clientes profesionales los individuos “a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos”. El n° 3 indica quiénes en particular tendrán dicha consideración. Se trata de entidades financieras –incluidas las EC y las ESI–; Estados, administraciones regionales, bancos centrales y organismos internacionales; empresarios que reúnan determinadas características patrimoniales; y clientes minoristas que soliciten el trato de profesionales renunciando a su condición, previa evaluación por la ESI de sus conocimientos y

---

<sup>580</sup> FLORES DOÑA, M<sup>a</sup>. de la S., “Ejes”, p. 24; y ESPÍN GUTIÉRREZ, C., “El conocimiento”, p. 271.

<sup>581</sup> FLORES DOÑA, M<sup>a</sup>. de la S., “Ejes”, p. 25; y TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del inversor”, p. 101.

<sup>582</sup> Las ESI deben notificar a sus clientes (antiguos o nuevos) acerca de estas clasificaciones y de la alternativa de variar la vigente con indicación de las consecuencias de la modificación (arts. 61.1 RD 217/2008 y 28.1 y 2 Directiva 2006/73). Adicionalmente, deben elaborar y aplicar políticas y procedimientos internos de clasificación de los clientes (art. 61.4 RD 217/2008). El derogado RD 629/1993, en el art. 4.1 de su Anexo, solo prescribió que las ESI debían recabar información de los clientes “para su correcta identificación”. Acerca de la obligación de clasificar a los clientes v. BARRACHINA, E., *Derecho*, pp. 343-347; BARRY, S. y BRACHT, H., “The Implementation”, pp. 1180s.; CASEY, J-P. y LANNOO, K., *The MiFID*, pp. 46-48; CUENCA GARCÍA, Á., “La protección”, pp. 849-851; DI NELLA, L., “Profili”, pp. 239-246; DÍAZ RUIZ, E y RUIZ BACHS, S., “Transposición”, p. 22; ESPÍN GUTIÉRREZ, C., “La clasificación”, pp. 171-183 y “El conocimiento”, pp. 267-283; FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., “La aplicación”, pp. 5-7; GRUNDMANN, S. y ATAMER, Y. M., “European Contract Law”, pp. 13-15; KRUIHOF, M., “A Differentiated Approach”, pp. 105-162; MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, pp. 25s. y 91-96; MORALEJO, I., “Las nomas”, pp. 348-353; REDONDO TRIGO, F., “La nulidad”, pp. 633-635; REGADERA SÁENZ, J., “El consentimiento”, pp. 9-12; TAPIA HERMIDA, A., “Contratos bancarios”, p. 609 (respecto de la gestión de cartera); TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del inversor”, pp. 105s.; TEKINALP, Ü., “Investor Protection”, pp. 167s.; URÍA FERNÁNDEZ, F., “La aplicación”, pp. 58-60; y ZUNZUNEGUI, F., “Negociación”, pp. 666-668.

<sup>583</sup> V. CABALLERO NÚÑEZ, G., “Las obligaciones”, pp. 112 y 114; BARRY, S. y BRACHT, H., “The Implementation”, p. 1180; ESPÍN GUTIÉRREZ, C., “La clasificación”, p. 182 y “El conocimiento”, pp. 261 y 270s.; FLORES DOÑA, M<sup>a</sup>. de la S., “Naturaleza”, p. 6 (nota 10) y “Ejes”, p. 29; MORALEJO, I., “Las nomas”, pp. 352 y 363; NAVARRO GANCEDO-RODRÍGUEZ, F., “La información”, p. 82; y TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del inversor”, pp. 101 y 103. Mayores detalles acerca de las diferencias de tratamiento entre minoristas y profesionales en KRUIHOF, M., “A Differentiated Approach”, pp. 123-141.

<sup>584</sup> CUENCA GARCÍA, Á., “La protección”, p. 845; FLORES DOÑA, M<sup>a</sup>. de la S., “Ejes”, p. 29; y MORALEJO, I., “Las nomas”, p. 349.

experiencia, debiendo cerciorarse ella de que dichos clientes pueden adoptar sus propias decisiones de inversión y comprenden sus riesgos<sup>585</sup>. Esta posibilidad resulta cuestionable respecto de los clientes minoristas que sean consumidores, considerando que sus derechos son irrenunciables<sup>586</sup>.

El nº 4 prescribe que serán clientes minoristas los no profesionales, pudiéndose también tratar como tales a los profesionales, por iniciativa de la ESI o a solicitud del propio cliente (arts. 61.2.b RD 217/2008 y 28.3.b Directiva 2006/73)<sup>587</sup>.

El art. 78 *ter*.1 LMV indica quiénes se considerarán contrapartes elegibles, pudiéndose otorgar el tratamiento de profesional o minorista a una de ellas a iniciativa de la ESI o a solicitud del inversor (arts. 78 *ter*.2 (2) LMV, 61.2.a RD 217/2008 y 28.3.a y 50 Directiva 2006/73)<sup>588</sup>.

---

<sup>585</sup> Según señala la norma, “(a)l llevar a cabo la citada evaluación, la empresa deberá comprobar que se cumplen al menos dos de los siguientes requisitos:/ 1. que el cliente ha realizado operaciones de volumen significativo en el mercado de valores, con una frecuencia media de más de diez por trimestre durante los cuatro trimestres anteriores;/ 2. que el valor del efectivo y valores depositados sea superior a 500.000 euros;/ 3. que el cliente ocupe, o haya ocupado durante al menos un año, un cargo profesional en el sector financiero que requiera conocimientos sobre las operaciones o servicios previstos./ El Gobierno y, con su habilitación expresa, el Ministro de Economía y Hacienda o la Comisión Nacional del Mercado de Valores podrán determinar la forma de cálculo de las magnitudes señaladas en este apartado y fijar requisitos para los procedimientos que las entidades establezcan para clasificar clientes”. El art. 61.3 RD 217/2008 señala cuáles son los requisitos que deben cumplirse para que los minoristas puedan ser tratados como profesionales (petición, advertencia de las consecuencias por la ESI y declaración de conocimiento de las mismas por el cliente). La Directiva 2004/39 define ‘cliente profesional’ en el art. 4.1.11, que se remite al Anexo II, que contiene un listado cerrado de individuos (v. CUENCA GARCÍA, Á., “La protección”, pp. 849-851; y URÍA FERNÁNDEZ, F., “La aplicación”, pp. 59s.). La mencionada Directiva contrasta con la LMV porque esta, aparte del listado cerrado de profesionales, incorpora (lo que la Directiva no hace) una presunción de profesionalidad. Respecto de los clientes profesionales, v. BARRACHINA, E., *Derecho*, pp. 344-346; DI NELLA, L., “Profili”, pp. 240-243; FLORES DOÑA, M<sup>a</sup>. de la S., “Ejes”, p. 24; ESPÍN GUTIÉRREZ, C., “La clasificación”, pp. 176-178 y “El conocimiento”, pp. 273-276; FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., “La aplicación”, pp. 5s.; FERRANDO VILLALBA, L., KUSTER BOLUDA, I. y VILA LÓPEZ, N., *La protección*, pp. 115s.; KRUIHOF, M., “A Differentiated Approach”, pp. 116-120; MORALEJO, I., “Las normas”, pp. 351s.; TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del inversor”, pp. 105s.; y REGADERA SÁENZ, J., “El consentimiento”, pp. 9-11.

<sup>586</sup> DI NELLA, L., “Profili”, p. 246.

<sup>587</sup> El art. 4.1.12 Directiva 2004/39 define ‘cliente minorista’ como todo el que no es profesional. Respecto de estos clientes v. BARRACHINA, E., *Derecho*, p. 346; FLORES DOÑA, M<sup>a</sup>. de la S., “Ejes”, p. 24; ESPÍN GUTIÉRREZ, C., “La clasificación”, p. 176 y “El conocimiento”, pp. 272s.; DI NELLA, L., “Profili”, pp. 245s.; FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., “La aplicación”, pp. 6s. y 12s.; KRUIHOF, M., “A Differentiated Approach”, pp. 121s.; MORALEJO, I., “Las normas”, p. 352; y REGADERA SÁENZ, J., “El consentimiento”, p. 12.

<sup>588</sup> A tenor del art. 78 *ter*.1 LMV son contrapartes elegibles las ESI, las EC, las aseguradoras, las instituciones de inversión colectiva (y sus sociedades gestoras), los fondos de pensiones (y sus sociedades gestoras) y otras entidades financieras, los gobiernos nacionales y sus respectivos servicios, los bancos centrales, los organismos supranacionales, las comunidades autónomas y, en caso de solicitud, las empresas que cumplan los requisitos del art. 78 *bis*.3.e, referida a la solicitud de calificación de profesional por un minorista. V. también los arts. 58 RD 217/2008 y 24.2 Directiva 2004/39. Acerca de estos inversores v. BARRACHINA, E., *Derecho*, pp. 346s.; CUENCA GARCÍA, Á., “La protección”, p. 851; DI NELLA, L., “Profili”, pp. 243-245; FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., “La aplicación”, p. 6; ESPÍN GUTIÉRREZ, C., “La clasificación”, pp. 178-181 y “El conocimiento”, pp. 276-279 y 281-283; FERRANDO VILLALBA, L., KUSTER BOLUDA, I. y VILA LÓPEZ, N., *La protección*, p. 116; KRUIHOF, M., “A Differentiated Approach”, pp. 141-147; MORALEJO, I., “Las normas”, pp. 349s.; REGADERA SÁENZ, J., “El consentimiento”, pp. 11s.; TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del inversor”, p. 106; y URÍA FERNÁNDEZ, F., “La aplicación”, pp. 59s.

Adviértase que en la gran mayoría de los supuestos las sentencias en materia de servicios de inversión catalogan a los clientes personas físicas y PYMES como minoristas, entendiéndolos, por tanto, como destinatarios del máximo nivel de protección en materia informativa<sup>589</sup>. Ello, sin perjuicio de que en ocasiones también apliquen a las primeras la normativa sobre consumidores<sup>590</sup>.

#### 4. Requisitos de la información precontractual

**[114] Características, contenido y medio de transmisión de la información.** Las normas sobre información precontractual aplicables a las EC se estructuran sobre la base de los requisitos que ella debe cumplir. Aunque dichas normas no lo señalen expresamente, tales requisitos se descomponen en exigencias de características, contenido y medio de transmisión de la información<sup>591</sup>. Antes de abordar cada uno de estos extremos en particular en las diferentes normativas, deben tenerse en cuenta algunas cuestiones preliminares en relación con todos ellos.

**[115] Finalidad de los requisitos de la información precontractual.** Una primera cuestión consiste en que la regulación de los requisitos de la información está conectada con la consecución de las finalidades de la provisión de información contemplada por las respectivas disposiciones. Esto es, con la materialización de una adecuada declaración de voluntad por el cliente, al permitirle comparar y reflexionar sobre la pertinencia de contratar o no<sup>592</sup>.

**[116] Conexiones entre los diversos requisitos de la información precontractual.** En segundo término, los requisitos exigidos por las normas sobre información precontractual aplicables a las EC aparecen en ellas relacionados entre sí. Por esto es que, por ejemplo, el contenido de la información se encuentra directamente vinculado con las características exigidas normativamente, como las de veracidad, relevancia y

---

<sup>589</sup> Esta constatación puede ejemplificarse con algunas sentencias en materia de *swaps* de tipos de interés. Consideran como minorista a una persona física las SAP Jaén (3) 27-3-09 (FD 2); Lugo (1) 2-5-11 (FD 2) y 26-5-11 (FD 1); y Zaragoza (5) 20-6-11 (FD 4 y 7). Y entienden como tal a una empresa las SAP Asturias (5) 23-7-10 (FD 1 y 3) –otorga la aludida calificación a dos personas físicas y a una SL- y (7) 16-12-10 (FD 4) –condición atribuida por la EC-; Badajoz (2) 17-5-11 (FD 4 y 8) –condición atribuida por la EC- y (3) 26-1-12 (FD 3); Girona (1) 1-9-11 (FD 4); Las Palmas (5) 16-9-11 (FD 5) –habla de “cliente no profesional”- y 6-10-11 (FD 3) –teniendo en consideración los balances de situación abreviados de las empresas actoras-; León (1) 5-12-11 (FD 2) –calificación efectuada por la EC, consignándose que no se cumplen los presupuestos para que opere la renuncia a aquella condición, sin que pueda entenderse concurrente por la renuncia del test de conveniencia- y (2) 15-7-11 (FD 3), 8-11-11 (FD 2 y 3) y 14-12-11 (FD 2 y 3); Lugo (1) 8-2-11 (FD 2) y 27-9-11 (FD 2) –los actores eran una persona física y una SL-; Orense (1) 1-12-11 (FD 6) –con consideraciones acerca de que la empresa demandante no cumple con los presupuestos de la normativa MiFID para ser estimada como profesional-; Pontevedra (1) 7-4-10 (FD 8), 14-4-11 (FD 8) –se remite a la anterior- y 16-1-12 (FD 3); Santa Cruz de Tenerife (3) 2-6-11 (FD 4); Tarragona (1) 1-9-11 (FD 5); Valencia (9) 6-10-10 (FD 2) y 29-3-11 (FD 2) –que cita la anterior-; y Zaragoza (5) 28-3-11 (FD 6) –que, no obstante, no declara la nulidad (confirmando la sentencia de primera instancia), por haber existido una información adecuada-. También la mayor parte de la comercialización de participaciones preferentes se ha orientado a clientes minoristas. V. ALONSO ESPINOSA, F., “Participaciones preferentes”, p. 1. En este sentido, puede consultarse la SAP Córdoba (1) 30-1-13 (FD 3) –referida a unas participaciones preferentes de un banco extranjero-. V. también TAPIA HERMIDA, A., “La jurisprudencia reciente”, p. 326.

<sup>590</sup> V. MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, pp. 74-76 y 95s.

<sup>591</sup> Cfr. DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, p. 142; MAYORGA TOLEDANO, M<sup>a</sup>. C., “Los derechos”, pp. 14s.; NOVAL LAMAS, J., “El derecho”, p. 221. Un tratamiento pormenorizado de estos tres aspectos, en general, en GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, pp. 1466 y 1477-1482.

<sup>592</sup> GARCÍA VICENTE, J., “Comentario” (al art. 60), pp. 769s.

suficiencia de la misma (v. *gr.*, art. 60.1 TRLGDCU). Así, dicho contenido debe estar integrado por todos los datos que permitan revestir a la información de dichas cualidades, de manera de que se otorgue al cliente una oportunidad o posibilidad efectiva o real de conocer aquello respecto de lo cual se le ilustra<sup>593</sup>.

**[117] Tipo de cliente que debe servir como parámetro en la aplicación de las normas sobre información precontractual.** En tercer término, las normas sobre información precontractual aplicables a las EC no se pronuncian respecto del tipo de contratante que ha de operar como parámetro de comparación para determinar si la información proporcionada resulta adecuada. Es razonable concluir que dicho parámetro es el del consumidor o contratante medio. Esta solución se plasma, en materia de evaluación de los actos de competencia desleal, en el art. 4.2 LCD<sup>594</sup> y en la Directiva 2005/29<sup>595</sup>. Asimismo, es la solución recogida, a propósito de la publicidad, en el art. II-3:102 DCFR<sup>596</sup>.

La anterior conclusión también resulta válida al efecto de determinar si en su caso se han cumplido los requisitos de transparencia de las condiciones generales de la contratación, que, según avanzara, son exigencias de carácter informativo. Así, en materia de verificación del cumplimiento de dichos requisitos el parámetro de evaluación ha de ser el del adherente medio, esto es, el del individuo jurídicamente inexperto. No sería coherente, teniendo en cuenta la finalidad de racionalización económica asignada a las condiciones generales, que se tuvieran que examinar tales requisitos en relación con el adherente concreto y su efectivo bagaje de conocimientos. Lo cual no obsta a que, en orden a dicha evaluación, se pueda proceder a la formación de grupos de clientes y a la consideración de las cualidades del sector del tráfico de que se trate. Así, último término, el referido parámetro debe concretarse en atención a las circunstancias personales, de tiempo y de lugar en conformidad al art. 1104 CC. Ello llevaría a evaluar en definitiva, entre otros factores, el tipo de adherente (su nivel de conocimientos, experiencia o cualificación), el tiempo de que dispuso para la lectura del contrato y la extensión y complejidad del mismo<sup>597</sup>.

<sup>593</sup> GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1478.

<sup>594</sup> V. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J., “Artículo 5”, p. 137.

<sup>595</sup> El apartado 18 del preámbulo de la Directiva 2005/29, citando al Tribunal Europeo de Justicia, define “consumidor medio” (que es el sujeto tomado como referencia por ella) como aquel que “está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos”. V. CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario” (al art. 20), p. 281 y “Comentario” (a los arts. 60 y 61), p. 492; NASARRE AZNAR, S., “II-3:101-II-3:103”, pp. 207s. (que señala que resulta difícil asumir que tal definición se refiera a un consumidor medio, que habitualmente no dedica atención a los pormenores de la publicidad; agregando que la información que debe trasladarse al consumidor no solo es la publicitaria, sino una más amplia, como la relativa a los derechos y obligaciones); SÁNCHEZ RUIZ, M., “Comentario”, pp. 108s.; y TEJEDOR MUÑOZ, L., “Protección”, p. 707. Para mayor detalle acerca de la noción de “consumidor medio” (y de “consumidor vulnerable”) en dicha Directiva v. INCARDONA, R. y PONCIBÒ, C., “The Average Consumer”, pp. 26-31.

<sup>596</sup> V. NASARRE AZNAR, S., “II-3:101-II-3:103”, pp. 207s. En Cataluña debe tenerse en cuenta el art. 111-2.b. CCC, que define la noción de “Persona consumidora media”. Se trata de la “persona consumidora que, de acuerdo con un criterio de diligencia ordinaria, debería estar normalmente informada y ser razonablemente cuidadosa en las relaciones de consumo, en función de los factores sociales, culturales y lingüísticos”. Adicionalmente, el art. 121-4 establece que “(1)a protección general de las personas consumidoras debe tomar como referencia el concepto de persona consumidora media”.

<sup>597</sup> Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “La defensa”, pp. 193s.; DURANY PICH, S., (Comentario a los) “Artículos 5 y 7”, pp. 319s.; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J., “Artículo 5”, p. 139 (en relación con los actos de engaño); GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 7”, p. 240; LARROSA AMANTE, M., “Las condiciones”, p. 90; LLODRÀ GRIMALT, F., *El contrato*, p. 312;

La consideración del consumidor o adherente medio situado en las circunstancias del caso concreto como parámetro de evaluación de la aplicabilidad de las normas sobre información precontractual resulta particularmente relevante en la contratación con EC. En efecto, en este terreno los tribunales suelen tener en cuenta, al determinar si la información proporcionada al cliente cumplió con las características exigidas, el grupo de individuos a que pertenece (*v. gr.*, el de los minoristas en los servicios de inversión), así como el tipo de relaciones relevante. Ello desemboca en la práctica en que los tribunales frecuentemente realicen consideraciones sumamente específicas respecto del sujeto que contrata con una de dichas entidades. Entre otras, resultan significativas el grado de formación del cliente en materias financieras (conocimientos, experiencia o cualificación), el tiempo que tuvo para procesar la información proporcionada y la complejidad del contrato (*v. infra* III.7.b.ii.3).

Por lo que concierne a los clientes con una capacidad de entendimiento inferior a la del cliente medio, cabe apuntar que cuando no comprendan la información que se les suministra, podrían formular preguntas para aclarar sus dudas, que deberán ser respondidas por la EC otorgándoles las explicaciones adecuadas a su particular perfil<sup>598</sup>. En todo caso, considerando que estos individuos no siempre sabrán qué preguntar, podrán beneficiarse, al igual que todo cliente, de las reglas sobre vicios del consentimiento o de protección de los consumidores<sup>599</sup>.

En fin, debe tenerse presente que determinadas reglas sobre información precontractual aspiran a proteger a individuos en situación de especial desventaja informativa considerando el medio de contratación empleado o la distancia entre los contratantes y la naturaleza de la transacción. En estos supuestos la información a trasladar por las EC se incrementa, como acontece con los consumidores que contratan a distancia, sobre todo vía electrónica (*v. gr.*, arts. 7 LCDSFDC y 27 LSSICE), o fuera del establecimiento mercantil (arts. 107-113 TRLGDCU); y asimismo con los clientes que contratan productos más complejos de lo habitual (normativa MiFID y sobre préstamos hipotecarios)<sup>600</sup>. Piénsese, por ejemplo, en los clientes inversores que celebran un contrato marco para la gestión de valores mobiliarios, dentro del que se incardinan las órdenes de compraventa dadas por dichos clientes<sup>601</sup>. En supuestos como este, teniendo en cuenta que el cliente se encuentra inmerso en una relación caracterizada por un grado de complejidad que supera al habitual, el ordenamiento jurídico le favorece con un nivel

---

NIETO CAROL, U., “Contratación”, p. 194; PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones*, pp. 413s. y “Las condiciones”, p. 176; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las condiciones*, pp. 42-44 y “Los contratos”, pp. 1612s.

<sup>598</sup> V., en general, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, pp. 43s. En Cataluña debe tenerse en cuenta el art. 111-2.c. CCC, que define la noción de “Colectivos especialmente protegidos”. Se trata de “colectivos que, por la concurrencia de determinadas características, son especialmente vulnerables en cuanto a las relaciones de consumo. En cualquier caso, la protección especial debe darse teniendo en cuenta la persona consumidora media del colectivo en que se integra la persona consumidora. En particular, son colectivos especialmente protegidos: los niños y adolescentes, los ancianos, las personas enfermas, las personas con discapacidades y cualquier otro colectivo en situación de inferioridad o indefensión especiales”.

<sup>599</sup> LARROSA AMANTE, M., “Las condiciones”, p. 90. V. también el art. 4.3 LCD referido a la evaluación de la deslealtad concurrencial respecto de consumidores especialmente vulnerables, a cuyo respecto se debe tener en cuenta al miembro medio del grupo. Cfr. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J., “Artículo 5”, p. 138.

<sup>600</sup> Cfr. NASARRE AZNAR, S., “II-3:101-II-3:103”, pp. 214-217. CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, J. M., “La protección”, p. 137, refiriendo que en los contratos vía Internet la información debe ser minuciosa porque el cliente no ve ni al proveedor ni el establecimiento ni el producto.

<sup>601</sup> MATEU DE ROS, R., “El consentimiento”, p. 44.



de protección mayor que el otorgado normalmente a la generalidad de la clientela de las EC.

**[118] Imperatividad de las normas sobre información precontractual.** En cuarto lugar, las normas sobre información precontractual tienen el carácter de imperativas o irrenunciables<sup>602</sup>. Esto, porque los correspondientes textos así lo señalan (*v. gr.*, art. 27.2.a LSSICE) o porque contienen expresiones que apuntan a un contenido mínimo de la información a trasladar (*v. gr.*, art. 60 TRLGDCU)<sup>603</sup>. Y, asimismo, porque los ámbitos en los que se insertan aquellas disposiciones atribuyen a estas el referido carácter, como ocurre con la normativa sobre transparencia bancaria y, en particular, con la aplicable a la contratación con consumidores<sup>604</sup>. La imperatividad de las normas de protección de los clientes de las EC no rige respecto de los llamados “grandes clientes”<sup>605</sup>.

**[119] Características exigidas normativamente a la información precontractual.** Ahora bien, en cuanto a las características de la información precontractual que deben trasladar las EC a sus clientes, su enunciación normativa responde a la necesidad de que la información proporcionada cumpla con su objetivo fundamental: posibilitar una declaración de voluntad plena y con conocimiento de causa<sup>606</sup>. Por esto es que no basta con las enunciaciones normativas del contenido informativo que debe trasladarse a los clientes, resultando fundamental que el suministro de información satisfaga determinadas características, sobre todo, la de transparencia<sup>607</sup>. Asimismo, en el caso de la publicidad (que también constituye un vehículo de información precontractual), la información que se proporciona por su intermedio debe cumplir con el criterio de veracidad, que implica la represión de la falsedad, el engaño y la inducción a error<sup>608</sup>.

Por otra parte, en materia de características exigidas a la información precontractual cabe distinguir entre las que tornan comprensible la información para su destinatario en tanto mensaje o acto comunicativo (*v. gr.*, claridad, sencillez y eficacia) de las que permiten entenderla a la luz de la realidad en relación con la cual se proporciona (*v. gr.*, veracidad/falsedad y suficiencia).

---

<sup>602</sup> DOMÍNGUEZ-ALCAHUD GARCÍA-ATANCE, V., “El derecho”, pp. 404ss. (respecto del Derecho del consumo).

<sup>603</sup> GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1479 y “Comentario” (al art. 60), p. 776. V. también DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 281s.

<sup>604</sup> Diversas normativas referidas a los consumidores establecen la imperatividad de sus disposiciones o la irrenunciabilidad de derechos, so pena de nulidad (también en caso de fraude de ley). Así, los arts. 10 TRLGDCU, 5 LCCC y 3 LCDSFDC. Cfr., respecto del primero aplicado a los servicios financieros, FERRANDO VILLALBA, L., KUSTER BOLUDA, I. y VILA LÓPEZ, N., *La protección*, p. 103; de la LCCC, VELA TORRES, P., “Los contratos”, p. 222; de la LCDSFDC, GARCÍA-PITA Y LASTRES, J., “El Derecho imperativo”, pp. 397-416; MONTES RODRÍGUEZ, M<sup>a</sup>. P., “Novedades”, p. 886; PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, p. 428; y TAPIA HERMIDA, A., “La Ley 22/2007”, p. 282; y, de la irrenunciabilidad de los derechos de los consumidores en general, AA.VV., CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *El Derecho*, p. 307; y PEÑA LÓPEZ, F., “Comentario” (al art. 10), pp. 135ss. En Cataluña debe tenerse en cuenta el art. 112-3 CCC.

<sup>605</sup> De ello da cuenta la normativa sobre mercado de valores y sobre seguros (por “grandes riesgos”). ESPÍN GUTIÉRREZ, C., “El conocimiento”, p. 271.

<sup>606</sup> Cfr., en general, GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, pp. 1480s., con cita de los arts. 5.3 (“posibilidad efectiva de conocer”) y 7.a (permitir la “oportunidad real” de conocer su contenido) LCGC.

<sup>607</sup> V. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 30 (acerca de las condiciones generales de la contratación).

<sup>608</sup> PARDO LÓPEZ, M<sup>a</sup>. M., “Comentario”, p. 66.

Las características exigidas a la información en su condición de acto comunicativo (que implican la traslación de determinados datos al cliente), aspiran a que la información sea comprensible (*v. gr.*, art. 60.1 TRLGDCU) o cognoscible para su destinatario. De aquí que las diversas normas requieran que la información sea clara, sencilla, precisa, inequívoca (art. 80.1 TRLGDCU) o transparente (art. 5.5 LCGC). Adicionalmente, dichas normas rechazan la ambigüedad y los reenvíos a textos no puestos a disposición del cliente (arts. 80.1.b TRLGDCU y 5.1 y 3 LCGC). Estas características están indisolublemente ligadas a la forma en que se traslada la información. Por esto es que este otorgamiento de información debe hacerse de una manera accesible, legible, visible y en una lengua comprensible para el cliente (art. 60.1 TRLGDCU).

En cuanto a las cualidades exigidas normativamente para que el cliente comprenda la información en atención al contexto en que se proporciona, las diferentes normas disponen que dicha información sea veraz, objetiva y exacta o comprobable, en orden a que coincida con la realidad en relación con la cual se ilustra al cliente. En caso de no cumplir con estas características, la información será falsa, por oponerse frontalmente a la verdad o, al menos, por ser inexacta u omisiva<sup>609</sup>.

Adicionalmente, en materia de características exigidas a la información precontractual han de diferenciarse las cualidades relativas a la manera de transmitir la información de las referidas a la información en sí misma. Asimismo, no deben confundirse las primeras con el medio a través del cual se vehicula la información<sup>610</sup>.

En fin, debe tenerse presente que no existe homogeneidad entre las diversas regulaciones relevantes en lo que atañe a las características por ellas mencionadas. Las expresiones utilizadas por aquellas regulaciones son de la más variada índole y dispares en cantidad, sin perjuicio de la existencia de regímenes similares entre sí (*v. infra* § 217 y 218, en que desarrollo algunas consideraciones críticas respecto de este proceder).

**[120] Contenido exigido normativamente a la información precontractual.** En cuanto al contenido de la información precontractual que deben proporcionar las EC a sus clientes, cabe reparar en que también se disciplina teniendo en cuenta las finalidades básicas del traspaso de información, a saber, la formación de una voluntad negocial adecuada y la eficiencia en la competencia<sup>611</sup>.

A modo de regla general en materia de contenido de la información precontractual que deben suministrar las EC a sus clientes, conviene tener en presente que, considerando que los formularios con condiciones generales de la contratación redactados por dichas empresas son soportes de información precontractual, estas no deben incluir como

---

<sup>609</sup> Acerca de este párrafo y los dos anteriores *v.* GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, pp. 1466 (y nota 52) y 1480s.

<sup>610</sup> Acerca de la diferenciación entre forma de presentación de la información y modo de transmitirla *v.* DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, p. 143.

<sup>611</sup> V. GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1477 y “Comentario” (al art. 60), pp. 774s., señalando que la información debe estar referida a las condiciones principales del contrato para que pueda tener lugar la comparación, presupuesto de la competencia por eficiencia. En las pp. 770-772 de este último texto especifica que la finalidad de los deberes de información es ilustrar al cliente (consumidor) acerca del contenido del compromiso que proyecta celebrar (alcance económico y jurídico, cualidades, utilidades o fines del objeto del contrato, etc.).

contenido de un contrato condiciones de aquel tipo que el cliente adherente no haya tenido posibilidad de conocer por ser ilegibles o incomprensibles<sup>612</sup>.

Por lo que concierne a la fuente de determinación del contenido de la información precontractual, cabe señalar que suele estar representada por las diferentes disposiciones aplicables a la contratación con EC (*v. gr.*, TRLGDCU, LCCC, LCDSFDC y normativa sobre servicios de inversión). No obstante, también los tribunales pueden jugar un importante papel en la determinación de dicho contenido cuando la información conflictiva no aparece mencionada expresamente por la respectiva disposición. Es lo que ocurre, a modo de ejemplo, con ciertas normas generales acerca del contenido informativo que no especifican mayormente y que muchas veces se remiten a disposiciones reglamentarias (“deslegalización”)<sup>613</sup>. Lo mismo acontece con las propias normas reglamentarias (que resultan altamente relevantes en materia de información precontractual en la contratación con EC), que, en ocasiones, establecen prescripciones en materia de información precontractual sin señalar cuál es el contenido que debe cumplir dicha información. Un ejemplo destacado en este sentido es el de los contratos bancarios pasivos, ya que la normativa sobre servicios bancarios (Orden EHA/2899/2011 y Circular 5/2012), sin perjuicio de que exige en términos generales el suministro de información precontractual, no determina los específicos contenidos con que debe cumplir dicha información cuando se celebra alguno de aquellos contratos (*v. infra* § 158).

Cuando el contenido de la información precontractual se encuentra señalado en determinadas normas, resulta frecuente que estas lo fijen de forma más o menos pormenorizada. En términos generales, su grado de detalle depende del tipo de servicio, de las previsiones contractuales y de la modalidad de contratación empleada. Adicionalmente, cabe tenerse presente que la normativa sobre contratación con EC, en su afán por proteger la competencia en el mercado permitiendo a los clientes la mejor comparación entre las diversas ofertas, suele imponer una homogenización de la información precontractual que debe trasladarse a los clientes<sup>614</sup>.

Como la obligación de informar se extiende a los datos decisivos para el contrato (sin que la ausencia de revelación de los que no lo sean pueda afectarlo)<sup>615</sup>, los listados normativos a que deben ajustarse las EC se refieren a extremos determinantes (*v. gr.*, tipos de interés, comisiones y gastos<sup>616</sup>). En este sentido, las informaciones que las EC deben proporcionar a sus clientes son de dos tipos. Primero, las referidas a elementos esenciales del contrato (prestaciones principales). Segundo, las relativas a ciertos aspectos accesorios, que, aun cuando no referidos a la prestación principal, tienen una importancia capital en la suerte del contrato, al ser imprescindibles para conocer su alcance, gobernar sus vicisitudes o ser útiles para dar a conocer la titularidad de algunos derechos<sup>617</sup>. En síntesis, las informaciones a trasladar se reconducen a los datos determinantes para la formación adecuada de la voluntad negocial del cliente, así como

---

<sup>612</sup> *V.*, en general, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 34.

<sup>613</sup> *Cf.* GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, pp. 1478-1480.

<sup>614</sup> *V. Id.*, “Comentario” (al art. 60), pp. 773 y 770 (y nota 14), respectivamente. El autor menciona la anterior normativa sobre transparencia bancaria, aun cuando –señala– no siempre haya contemplado “deberes” en sentido estricto.

<sup>615</sup> BASOZABAL ARRUÉ, X., “En torno”, p. 657.

<sup>616</sup> MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., *Condiciones*, pp. 151s.

<sup>617</sup> *V.* GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1478 y “Comentario” (al art. 60), p. 775.

para permitirle conocer cuáles son los derechos que corresponden a la otra parte y los requisitos de validez del negocio<sup>618</sup>.

De modo específico, las determinaciones normativas del contenido informativo exigen proporcionar a los clientes datos referidos a la identidad de las partes, las cualidades del servicio, las condiciones jurídicas que rigen el contrato, sus consecuencias económicas y los derechos legales que asisten a dichos individuos<sup>619</sup>. Dentro estos datos sobresalen la determinación de la prestación y del precio y ciertos mecanismos legales destinados a hacer efectivos los derechos de los clientes<sup>620</sup>. Por consiguiente, debe destacarse que el contenido informativo que debe proporcionarse de modo imperativo cubre tanto los elementos esenciales del contrato como las condiciones generales a las que se somete la relación entre las partes.

Una cuestión fundamental en relación con el contenido de la información consiste en determinar si su desconocimiento por una EC debe traducirse en una eximente en caso de ausencia de revelación o de incorrecto otorgamiento. Considerando que las normas que exigen la transmisión de determinadas informaciones o sancionan la dispensa de datos incorrectos son de índole imperativa, los sujetos pasivos de tales obligaciones (las EC) se presume que conocen las correspondientes informaciones, debiendo, por tanto, trasladarlas al cliente en todo caso. Los empresarios sobre quienes recaen obligaciones de revelación de una información correcta deben conocerla o informarse para conocerla en orden a cumplir con la exigencia de proporcionar una de carácter adecuado (“informarse para informar”)<sup>621</sup>.

El referido deber de conocimiento recae con especial intensidad en empresas que desarrollan su actividad en ámbitos en los que se verifican altos niveles de asimetría informativa, como es habitualmente el caso de las EC. Por esto es que cierta parte de la normativa aplicable a dichas empresas ha optado por establecer la obligación de recabar antecedentes de los clientes con miras a ilustrarles de forma individualizada sobre los productos y servicios que les ofrecen. Esto, en orden a que las informaciones que deben otorgar a dichos clientes se acomoden en la mayor medida posible a su perfil. Así ocurre, señaladamente, en materia de servicios de inversión, en que la normativa pertinente instrumenta la obtención de información de parte del cliente a través de la exigencia de los tests de conveniencia e idoneidad. En este punto puede decirse que nos encontramos ante una nueva faceta del deber de “informarse para informar”, consistente en informarse acerca de las circunstancias de la clientela (v. *infra* II.8.c).

---

<sup>618</sup> GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, pp. 100ss.

<sup>619</sup> V. GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1466 y “Comentario” (al art. 60), p. 768. En este último (p. 771) adiciona, en relación con el sacrificio económico respecto del cual se debe informar al cliente, que no basta con ilustrarle acerca del precio, ya que existen partidas o prestaciones accesorias que pueden incidir determinadamente en el momento de contratar o ser modificadas (en los contratos de duración). Por esta razón se exige que se desagreguen los costes accesorios a la prestación principal (que deben formularse de un modo simple), en orden a posibilitar el conocimiento del verdadero alcance del contrato y la comparación (como ocurre con la expansión de la TAE en la contratación con EC) o el conocimiento de la extensión de otras prestaciones (como acontece con el art. 60.2.b TRLGDCU).

<sup>620</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 30 (respecto de los consumidores).

<sup>621</sup> V. AA.VV., CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *El Derecho*, p. 223 (aludiendo a un “deber de investigación” del empresario en orden a recabar información del consumidor); CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil*, p. 661; DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, p. 149; y STIGLITZ, R., “La obligación”, p. 49.

**[121] Medio de transmisión de la información precontractual normativamente exigido.** Finalmente, en cuanto al medio de transmisión de la información precontractual con que deben cumplir las EC, debe tenerse presente, en primer lugar, que la utilización de un mecanismo adecuado para que el cliente acceda a la información es fundamental para conseguir la transparencia informativa<sup>622</sup>.

No todas las normas sobre información precontractual indican cuál ha de ser dicho mecanismo. En general, suele imponerse la forma escrita o documental, razón por la cual se habla de un cierto regreso al formalismo, aunque sea con un propósito tuitivo (formalismo *ad luciditatem*)<sup>623</sup>. Así, la forma escrita o documental es habitualmente exigida a las informaciones precontractuales en la contratación con EC, incluidas las que deben publicarse como destinadas al público en general y la publicidad<sup>624</sup>. No obstante, según veremos, la Orden EHA/2899/2011 y la Circular 5/2012 contemplan, en paralelo, la exigibilidad de determinadas explicaciones al cliente, que bien pueden llevarse a efecto de manera verbal. Asimismo, las disposiciones pertinentes frecuentemente requieren mecanismos de traslación de información acordes con la modalidad de perfeccionamiento del contrato instrumentada en cada caso. Así acontece, señaladamente, en la contratación a distancia, en que las normas aplicables exigen que la información se proporcione en un “soporte duradero” (expresión definida por los arts. 7.1 LCCC, 2.b RD 217/2008 y 6.1 LCDSFDC)<sup>625</sup>.

---

<sup>622</sup> TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del inversor”, p. 108.

<sup>623</sup> V. GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1481; y MAYORGA TOLEDANO, M<sup>a</sup>. C., “Los derechos”, p. 13. TWIGG-FLESNER, CH., “Information Duties”, p. 492, constata, a propósito de las Directivas comunitarias que establecen deberes de información, que si bien exigen determinado formalismo, existe en ellas un grado de incoherencia e inconsistencia, al concurrir diferencias en cuanto a requerimientos de forma.

<sup>624</sup> Por lo demás, la forma escrita (folletos) es el vehículo habitual de transmisión de información precontractual. AA.VV., CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *El Derecho*, p. 224.

<sup>625</sup> V. TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del consumidor”, pp. 224s.

## 5. Información precontractual y condiciones generales de la contratación<sup>626</sup>

### a. Preliminar

[122] **Normativa y ámbito de aplicación.** Según adelantara, los formularios con condiciones generales que se exhiben a los clientes de las EC antes de la contratación y con miras a esta son soportes de información precontractual. Así, deben cumplir con los presupuestos informativos denominados “requisitos de incorporación”<sup>627</sup>. Estos requisitos están regulados por la LCGC (arts. 5 y 7)<sup>628</sup> y el TRLGDCU (art. 80.1.a y b)<sup>629</sup>. La primera se refiere específicamente a las mencionadas condiciones y el TRLGDCU a las cláusulas no negociadas individualmente, que pueden o no ser del primer tipo<sup>630</sup>.

La LCGC se aplica a los adherentes que celebran un contrato con un profesional predisponente (personas físicas o jurídicas que actúen dentro de su actividad profesional o empresarial, sean públicas o privadas), con independencia de si aquellos son consumidores o personas físicas o jurídicas, pudiendo incluso ser profesionales (art. 2 LCGC)<sup>631</sup>. Así, se trata de una ley aplicable a adherentes empresarios y

<sup>626</sup> El art. 1.1 LCGC define estas condiciones como “las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”. Se caracterizan por su contractualidad, predisposición, imposición, generalidad y por la condición de empresario del predisponente. Acerca del su concepto y características v. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones*, pp. 112- 147 y (Comentario al) “Artículo 1”, pp. 100ss.; ARROYO MARTÍNEZ, I., (Comentario al) “Artículo 1”, pp. 19-32; BALLUGERA GÓMEZ, C., *El contrato*, pp. 67ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Comentario al) “Artículo 1”, pp. 25ss.; DE SÁ, A., *Direito*, pp. 27-29; LARROSA AMANTE, M., “Las condiciones”, pp. 69-73; MARÍN LÓPEZ, J., “El ámbito”, pp. 124-140; MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., *Condiciones*, pp. 113-128; PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones*, pp. 230ss. y “Las condiciones”, pp. 170-174; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos”, pp. 1589-1599. En cuanto a las sentencias que se hacen eco de las características de las condiciones generales en la contratación con EC v. la STS (Sala de lo Civil, Pleno) 9-5-13 (FD 7, 2.1.136 a 138) –referida a la cláusula suelo en los préstamos con garantía hipotecaria a interés variable– (comentada en ACHÓN BRUÑÉN, M<sup>a</sup>. J., “Cláusulas”, s/p; CORDERO, E., “Nulidad” y “Cláusula”; GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup>. del C., “STS 9 de mayo de 2013”; PLAZA PENADÉS, J., “Delimitación”; y SÁNCHEZ MARTÍN, C., “El control”). Las señaladas condiciones pueden inscribirse en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (art. 11 LCGC). Su reglamento está en el RD 1828/1999, de 3-12 (BOE 23-12-99, nº 306). V. GÓMEZ GÁLLIGO, J., “Las condiciones”, pp. 252ss.; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos”, pp. 1677-1680.

<sup>627</sup> Que son “las exigencias de naturaleza formal que ha de cumplir quien utiliza condiciones generales, a fin de que estas se incorporen válidamente al contrato, o sea, formen parte de él”. PAGADOR LÓPEZ, J., “Requisitos”, p. 223. V. también, del mismo autor, “Las condiciones”, pp. 174s.

<sup>628</sup> El art. 5 LCGC regula los requisitos de inclusión en un sentido positivo y el 7 en uno negativo. V. DURANY PICH, S., (Comentario a los) “Artículos 5 y 7”, pp. 269s., quien valora críticamente esta opción, precisando que el segundo precepto completa al primero.

<sup>629</sup> También la LCS (art. 3) regula las condiciones generales y sus requisitos de inclusión. V. PAGADOR LÓPEZ, J., “La protección”, pp. 380ss.

<sup>630</sup> Lo serán cuando se han previsto para ser incorporadas a una pluralidad de contratos, pero no cuando se incorporan a uno en particular. En todo caso, ambos tipos coinciden en un amplio espectro de casos. V., respecto de la diferencia entre ambas figuras, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos”, pp. 1587-1589; y, específicamente respecto de las cláusulas no negociadas individualmente, MARÍN LÓPEZ, J., “El ámbito”, pp. 140-148.

<sup>631</sup> Cfr. CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, J. M., “La protección”, p. 125; DURANY PICH, S., (Comentario a los) “Artículos 5 y 7”, pp. 273s.; FERRANDO VILLALBA, L., KUSTER BOLUDA, I. y VILA LÓPEZ, N., *La protección*, p. 102; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 5”, pp. 144s.; LARROSA AMANTE, M., “Las condiciones”, pp. 61s. y 65-67; PAGADOR LÓPEZ, J.,

consumidores<sup>632</sup>, justificándose esta aplicabilidad en la desigualdad estructural existente en determinados ámbitos de la contratación, como sucede en el propio de los servicios financieros<sup>633</sup>.

El TRLGDCU se aplica, en relación con las cláusulas no negociadas individualmente, solo respecto de consumidores<sup>634</sup>. Adicionalmente, el art. 59.3 TRLGDCU prescribe que los contratos con consumidores que incorporen condiciones generales estarán sometidos, además, a la LCGC.

Debe tenerse en cuenta, a modo de ejemplo, que en la contratación con EC resultan trascendentes, en orden a determinar si una cláusula es o no una condición general, en el sentido de si ha sido negociada y si concierne a un elemento esencial del contrato, las resoluciones judiciales referidas a las cláusulas suelo<sup>635</sup> y de redondeo al alza de los intereses moratorios en los préstamos con garantía hipotecaria<sup>636</sup>.

---

*Condiciones*, p. 343; y SARAZÁ JIMENA, R., “La ley”, p. 50. V. también, respecto del ámbito subjetivo de la LCGC, ARROYO MARTÍNEZ, I., (Comentario al) “Artículo 2”, pp. 32-36; BADENAS CARPIO, J., (Comentario al) “Artículo 2”, pp. 37-92; DÍEZ-PICAZO, L., (Comentario al) “Artículo 2”, pp. 143s.; y MARÍN LÓPEZ, J., “El ámbito”, pp. 148ss.

<sup>632</sup> ALBIEZ DOHRMANN, K., *La protección*, p. 120. En las pp. 127ss. cuestiona que el control de incorporación se aplique en idénticos términos para ambos sujetos sin considerar las peculiaridades del tráfico económico, sobre todo teniendo en cuenta determinadas prácticas comerciales cotidianas. Otra crítica de este proceder en DURANY PICH, S., (Comentario a los) “Artículos 5 y 7”, pp. 273s., propiciando una interpretación literal para los contratos con consumidores y más flexible para los restantes.

<sup>633</sup> LARROSA AMANTE, M., “Las condiciones”, pp. 63s.

<sup>634</sup> Cfr. PAGADOR LÓPEZ, J., “Requisitos”, p. 224 (en relación con la LGDCU); y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos”, pp. 1587s.

<sup>635</sup> Los tribunales han entendido que se trata de una condición general de la contratación por reunir los caracteres propios de este tipo de condiciones (predisposición, imposición y destinación a una multiplicidad de contratos). Así, han descartado que se trate de estipulaciones negociadas por el cliente, incluso a pesar de que pudieran entenderse referidas a un elemento esencial del contrato. Asimismo, han desechado la inaplicabilidad de la LCGC ante el argumento de las EC consistente en que ella deriva de su art. 4 (2). Este indica que dicha ley no será aplicable a las condiciones generales “que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes”. La solución a que han llegado los tribunales se justifica en que “la normativa sectorial se limita a imponer determinados deberes de información sobre la incorporación de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario a que se refiere, pero no impone la existencia de cláusulas suelo, ni en defecto de pacto supone su existencia ni, finalmente, indica los términos en los que la cláusula viene expresada en el contrato”. V. las SAP Burgos (3) 2-2-12 (FD 3) y 23-3-12 (FD 2); y Cáceres (1) 24-4-12 (FD 3, 4 y 5) y 5-10-12 (FD 3, 4 y 5). Y también la STS (Sala de lo Civil, Pleno) 9-5-13 (FD 9, 2.1). Esta sentencia finalmente declara nulas por abusivas a consecuencia de falta de transparencia las cláusulas suelo del caso concreto (está comentada en ACHÓN BRUÑÉN, M<sup>a</sup>. J., “Cláusulas”, s/p; CORDERO, E., “Nulidad” y “Cláusula”; GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup>. del C., “STS 9 de mayo de 2013”; PLAZA PENADÉS, J., “Delimitación”; y SÁNCHEZ MARTÍN, C., “El control”). Acerca de estas cláusulas v. NASARRE AZNAR, S., “Malas prácticas”, pp. 2674-2683.

<sup>636</sup> Respecto de esta cláusula se han formulado similares consideraciones a las vertidas a propósito de las cláusulas suelo (v. LARROSA AMANTE, M., “Las condiciones”, pp. 115-121). Las STS 4-11-10, 29-12-10 y 2-3-11 declararon nulas por abusivas estas cláusulas, principalmente por el desequilibrio que causaban en los derechos y obligaciones de las partes (v. ACHÓN BRUÑÉN, M<sup>a</sup>. J., “Cláusulas”, s/p; CÁMARA LAPUENTE, S., “No puede calificarse”, pp. 9s.; y NASARRE AZNAR, S., “Malas prácticas”, p. 2671). La Disposición Adicional Duodécima Ley 44/2002, si bien permitió que se pacten dichas cláusulas, estableció límites a su forma de operar (v. PÉREZ TROYA, A., “Las medidas”, p. 191). Por su parte, en materia de consumo, el art. 87.5 TRLGDCU las considera expresamente como abusivas. V. también ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El control”, pp. 230-232. Otros ejemplos de condiciones generales que han generado conflictividad en la contratación con EC en NIETO CAROL, U., “Contratación”, pp. 197ss.

**[123] Requisitos de incorporación.** Los requisitos de incorporación que deben respetar las EC se traducen, por una parte, en el cumplimiento de exigencias sobre redacción o formulación de las condiciones generales (requisitos de transparencia) y, por otra, en el deber de que hagan referencia a su existencia y faciliten su texto (requisitos formales)<sup>637</sup>.

El cumplimiento de los requisitos que se exigen a las cláusulas predispuestas constituye una carga que recae sobre el empresario (las EC) en orden a que las condiciones generales pasen a integrar su oferta. No son, por tanto, requisitos formales del contrato mismo, sino presupuestos para la incorporación a él de dichas condiciones<sup>638</sup>.

Los aludidos requisitos deben cumplirse antes o en el instante de conclusión del contrato, no produciéndose la inclusión de las condiciones generales si se cumplen después, sin perjuicio de que aquel sea válido aunque carente de ellas<sup>639</sup>.

**[124] Función de los requisitos de incorporación.** Respecto de la función de los requisitos de incorporación, las dos grandes tesis que pretenden explicarla les atribuyen un papel asociado con la información a los adherentes, a pesar de diferir acerca de su rol respecto del consentimiento contractual<sup>640</sup>. En todo caso, independientemente de la tesis que se siga, la cognoscibilidad de las condiciones generales representa *prima facie* una garantía de la justicia contractual<sup>641</sup>.

Para la tesis contractualista los requisitos de incorporación desempeñan una función de transparencia. Para esta tesis, tales requisitos permitirían al adherente tomar una decisión libre y consciente acerca de si contratar o no, al saber que el negocio jurídico estará gobernado por condiciones generales y *poder* conocer su contenido. El control de incorporación garantizaría que el adherente “conozca efectivamente” que el contrato estará regulado por condiciones generales y “pueda conocer de forma razonablemente fácil” el contenido de las mismas, en virtud de su puesta a disposición. Así, trataría de preservar la libertad de decisión contractual<sup>642</sup>.

En similar dirección, se indica que por intermedio de dichos requisitos se busca dar vigencia al principio de buena fe, erigiéndose el control a ellos asociado en límite de la libertad contractual y en paliativo ante la ausencia de tratos previos. De manera que aquel control estaría destinado a hacer viable el justo equilibrio de las prestaciones, con

---

<sup>637</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, J., “Las condiciones”, p. 243. V., acerca de esta sistematización, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 5”, pp. 141ss. y “Comentario” (al art. 80), pp. 916ss. Los requisitos de transparencia se exigen en la mayor parte de los ordenamientos comunitarios, por ejemplo, en el alemán, el italiano y el portugués. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 34.

<sup>638</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 5”, p. 148 y “Comentario” (al art. 80), p. 916.

<sup>639</sup> DURANY PICH, S., (Comentario a los) “Artículos 5 y 7”, p. 291. Agrega que las partes pueden convenir una incorporación con posterioridad a la conclusión del contrato o una modificación de las condiciones generales en los contratos de tracto sucesivo. Pero en estos supuestos igualmente deben cumplirse los requisitos de inclusión (pp. 291s.). Debe tenerse en cuenta que el art. 23.2 LCGC obliga a los notarios a velar por el cumplimiento de los requisitos de incorporación de los arts. 5 y 7 en los documentos que autoricen.

<sup>640</sup> Una explicación de dichas tesis en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 5”, pp. 148s.; LLODRÀ GRIMALT, F., *El contrato*, pp. 259ss.; y PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones*, pp. 359ss.

<sup>641</sup> ALBIEZ DOHRMANN, K., *La protección*, p. 119.

<sup>642</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones*, p. 362 y “Requisitos”, p. 226 (nota 12).



la finalidad de que el adherente pueda adoptar una decisión libre y consciente; considerándose inexistentes las condiciones que no cumplan con los mencionados requisitos<sup>643</sup>.

Para la denominada teoría declarativista, la función de los requisitos de incorporación es en realidad de publicidad. Para esta tesis, los requisitos de inclusión no asegurarían, al celebrarse el contrato, un consentimiento efectivo del contenido de las condiciones generales en orden a que puedan estimarse plenamente consentidas, sino solo la posibilidad de que el adherente sepa que aquel estará regido por unas determinadas reglas<sup>644</sup>. Ello, más aun considerando que no es nada habitual la lectura o comparación a consciencia de las condiciones generales por los adherentes, proceder que, por lo demás, estaría explicado por la racionalidad económica<sup>645</sup>.

**[125] Los requisitos de incorporación como requisitos de información.** Con independencia de si los requisitos de incorporación que deben cumplir las EC aseguran o no la libertad de decisión negocial, lo cierto es que están radicalmente imbricados con la obligación precontractual de informar. En efecto, mediante su cumplimiento dichas empresas *informan* al adherente acerca de la existencia de las condiciones generales y le otorgan la *posibilidad de informarse* sobre de su contenido. Así, dichos requisitos aspiran a paliar la asimetría informativa existente en los contratos de adhesión, sobre todo a través de la exigencia de transparencia<sup>646</sup>.

---

<sup>643</sup> LLODRÀ GRIMALT, F., *El contrato*, pp. 264s. También consideran que el control de incorporación busca la correcta formación de la voluntad negocial del adherente o se encuentra referido al consentimiento FELIÚ REY, I., (Comentario al) “Artículo 5”, p. 55; y GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 5”, pp. 142s.

<sup>644</sup> V. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones*, pp. 93-107 y 192-202; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, pp. 34 y 66-68 y “Los contratos”, pp. 1600s. En la p. 1601 de este último texto el autor agrega: “los requisitos de incorporación fijan las condiciones en presencia de las cuales, puede estimarse que una condición general pasa a formar parte de un contrato que ha sido válidamente celebrado. Cumplen una función de integración del acto negocial o, lo que es lo mismo, legitimadora de la contractualidad de las condiciones generales. En este sentido, son una fuente de integración del contenido del contrato que se añade al consentimiento y a la buena fe, los usos y el derecho dispositivo del art. 1258 CC. En cualquier caso, los requisitos de incorporación son una fuente de integración contractual distinta del consentimiento, fundada en una serie de formalidades rituales de carácter objetivo que solamente permiten conocer al adherente que el contrato se disciplina mediante condiciones generales y le posibilitan que conozca el contenido de las mismas, pero no garantizan una correcta formación de la voluntad”. Añade, de acuerdo a lo señalado, que dichos requisitos no tienen que ver con el control del equilibrio de las condiciones generales, en orden a garantizar una decisión consciente del adherente sobre su aceptación. Este control se posterga para el juicio de abusividad. V también, respecto del TRLGDCU, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentario” (al art. 80), p. 916.

<sup>645</sup> DURANY PICH, S., (Comentario a los) “Artículos 5 y 7”, p. 274. Aun cuando pueda ser verdad que el clausulado no se lee, igualmente las condiciones generales contienen aspectos que resultan determinantes en orden a contratar o no, extremos en los cuales es perfectamente posible que el adherente centre su atención. Por esto es que se impone al predisponente el ofrecimiento de un clausulado transparente a fin de salvaguardar la libre formación de la voluntad. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 5”, pp. 182s.

<sup>646</sup> Conectan directa o indirectamente el deber precontractual de informar con los requisitos de incorporación (en general o en la contratación con EC) AA.VV., CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *El Derecho*, pp. 301s.; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones*, pp. 192s.; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “Responsabilidad”, p. 182; CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario” (a los arts. 60 y 61), pp. 491s.; DURANY PICH, S., (Comentario a los) “Artículos 5 y 7”, pp. 274s. (señalando que dichos requisitos tienen una función de publicidad que se vincula con la información acerca de las condiciones generales en el momento de celebración del contrato y con el –eventual- conocimiento de las mismas en el de ejecución); FELIÚ REY, I., (Comentario al) “Artículo 5”, pp. 55s.; FLORES DOÑA, M<sup>a</sup>. de la S., “Naturaleza”, pp. 8s. (vinculando los deberes de información con las condiciones generales); GARCÍA

Eso sí, debe tenerse en cuenta que aun cuando la normativa sobre información precontractual suele estructurarse en derredor de sus características, contenido y medio de transmisión, los requisitos de incorporación inciden solo en el primer y tercer extremo, sin que a través de ellos se exija determinado contenido, quedando el control de este reservado para el juicio de abusividad.

## b. Redacción de las condiciones generales<sup>647</sup>

**[126] Síntesis y finalidad de los requisitos de redacción.** A tenor del art. 5.5 LCGC, el cumplimiento de los requisitos de formulación de las condiciones generales por las EC se traduce en que su redacción debe ajustarse “a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”<sup>648</sup>. También el TRLGDCU se refiere a ellos. Su art. 80.1.a y b indica, respecto de las cláusulas no negociadas individualmente, que estas deben cumplir con las exigencias de concreción, claridad y sencillez en la redacción. Asimismo, con las de accesibilidad y legibilidad, a efectos de permitir al consumidor el conocimiento previo a la celebración del contrato de la existencia y contenido de aquellas cláusulas<sup>649</sup>.

---

VICENTE, J., “La contratación”, pp. 1480s.; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al “Artículo 5”, pp. 146 y 186 y “Comentario” (al art. 80), p. 928 (apuntando que la mayor trascendencia del requisito formal de transparencia no se relaciona con la posibilidad de que el consumidor conozca su posición jurídica en la vida contractual, sino con las cláusulas referidas a la descripción, determinación y modificación de los elementos esenciales, que deberían conocerse y comprenderse en el momento de contratar, propósito a cuya consecución se enderezan las disposiciones sobre información precontractual y contenido mínimo de los documentos contractuales); LARROSA AMANTE, M., “Las condiciones”, pp. 73 y 76; LLEBARÍA SAMPER, S., “Protección”, p. 15 (refiriendo que el cumplimiento de la transparencia sobre la que se apoya el control de incorporación implica el de la normativa en materia de otorgamiento de información); MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., *Condiciones*, pp. 147ss.; NASARRE AZNAR, S., “II-3:101-II-3:103”, pp. 199 y 216; PASQUAU LIAÑO, M., (Comentario a los “Artículos 9 y 10”, p. 281 -nota 16- (apuntando que si las condiciones generales no son inteligibles o razonablemente cognoscibles es como si se infringe un deber de información); PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, pp. 30s.; PETIT LAVALL, M<sup>a</sup>. V, *La protección*, p. 166; PLAZA PENADÉS, J., “Delimitación”, s/p; SARAZÁ JIMENA, R., “La ley”, p. 51; y TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del consumidor”, p. 223. En Cataluña debe tenerse presente que el art. 123-3 CCC consagra, en la etapa precontractual, el derecho de los consumidores “a que se les entregue, con un tiempo suficiente y razonable, un modelo de contrato con las condiciones generales previstas”.

<sup>647</sup> El art. 7 LCGC regula los casos de no incorporación de estas condiciones, mencionando, en su literal b., hipótesis vinculadas con defectos en la formulación de las mismas. A su vez, agrega algunas exigencias de formulación distintas de las prescritas por el art. 5.5. Así, para determinar el contenido de las exigencias de claridad, concreción y sencillez recogidas por el art. 5.5 LCGC, este debe ponerse en relación con el art. 7.b (PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos”, pp. 1610s.). Por esto es que este último precepto es relevante para el punto que desarrollo a continuación. Sin embargo, considerando que el art. 7 se relaciona con la infracción de las normas sobre información precontractual, doy cuenta de él *infra* III.8.c.

<sup>648</sup> Se trata de requisitos aplicables a todo contrato, sea que se vaya a celebrar por escrito, de forma verbal, a distancia o electrónicamente. DURANY PICH, S., (Comentario a los “Artículos 5 y 7”, p. 315; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos”, p. 1610.

<sup>649</sup> El art. 5 Directiva 93/13 (referida a las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores) prescribe que las cláusulas escritas propuestas al consumidor por el profesional “deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible”. A pesar de contener una norma sobre redacción de las cláusulas, dicha Directiva no cuenta con una disposición expresamente referida a los requisitos de incorporación en general. V. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 5”, p. 140. Acerca de la exigencia de transparencia en el art. 5 de la señalada Directiva v. EBERS, M., “Unfair”, pp. 245-251 (con referencia a la LCGC en esta última p.); y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, pp. 46-55.

Los requisitos de formulación aspiran a que los formularios con condiciones generales sean redactados por las EC de manera comprensible (“con posibilidad de comprensión directa” dice el art. 80.1.a TRLGDCU)<sup>650</sup>. Así, su finalidad general es que adherente cuente con la posibilidad efectiva de conocer las condiciones generales<sup>651</sup>. De modo más específico, persiguen variados propósitos. Primero, que el predisponente proceda a una redacción comprensible y perceptible de las condiciones generales a fin de que el cliente adherente pueda conocer los derechos y obligaciones emanados del contrato. Segundo, que el primero evite redacciones ambiguas en orden a que no se generen dudas en el adherente acerca del sentido de las cláusulas. Tercero, que el predisponente destaque especialmente las cláusulas con que no podía contar el adherente y que puedan sorprenderle. Cuarto, que este último, en su caso, pueda conocer exactamente, antes de contratar, el precio total y su relación con la contraprestación<sup>652</sup>.

Las características que debe cumplir la redacción de las condiciones generales pueden reducirse a las exigencias de legibilidad (perceptibilidad o posibilidad de lectura) y comprensibilidad<sup>653</sup> o, más sintéticamente, a la de transparencia<sup>654</sup>. En relación con esta última, teniendo en cuenta que al predisponente asiste la facultad de predisposición, el fundamento del principio de transparencia se halla en la buena fe. Así, aquel asume frente al adherente una suerte de posición de garante, en orden a evitar, en virtud de una redacción transparente, los efectos nocivos que se puedan generar para el adherente a consecuencia de la asimetría informativa derivada de la predisposición. Con esto se logra el traslado de los costes informativos desde el adherente al predisponente<sup>655</sup>.

Para determinar el alcance de las exigencias de claridad, concreción y sencillez del art. 5.5 LCGC, este debe ponerse en relación con el art. 7.b. Este último indica que no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que sean “ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles”. La claridad debe ponerse en relación con la legibilidad, la concreción con la ambigüedad y con la oscuridad y la sencillez con la comprensibilidad. Así, los requisitos de incorporación que deben cumplir las EC son los de legibilidad (claridad), concreción y comprensibilidad (sencillez)<sup>656</sup>. Como el TRLGDCU también habla de concreción, claridad y sencillez, las siguientes consideraciones le resultan igualmente aplicables.

---

<sup>650</sup> LLODRÀ GRIMALT, F., *El contrato*, pp. 311s. (con referencia a la LGDCU, que no varía en el TRLGDCU en este aspecto).

<sup>651</sup> DURANY PICH, S., (Comentario a los) “Artículos 5 y 7”, pp. 315s. (en relación con la LCGC); y PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones*, p. 398.

<sup>652</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, pp. 32s.

<sup>653</sup> DURANY PICH, S., (Comentario a los) “Artículos 5 y 7”, pp. 316s.; y PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones*, pp. 395s. y “Las condiciones”, pp. 175s. (agregando la concreción).

<sup>654</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 5”, pp. 185-192 y “Comentario” (al art. 80), pp. 926-929; LARROSA AMANTE, M., “Las condiciones”, p. 73; PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones*, pp. 405s.; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, pp. 33, 66 y 68 y “Los contratos”, p. 1610.

<sup>655</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, pp. 31s.

<sup>656</sup> V. PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones*, pp. 401ss.; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 68 y “Los contratos”, pp. 1610s. Para GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 5”, p. 188, que reconduce todas las exigencias a la de transparencia, también deben vincularse ambos preceptos, generando la falta de transparencia oscuridad, siendo manifestaciones de la misma la ilegibilidad, la ambigüedad y la incomprensibilidad. DURANY PICH, S., (Comentario a los) “Artículos 5 y 7”, p. 317, advierte que el art. 7.b merece críticas. Repite algunas de las exigencias del art. 5.5; confunde supuestos propios de las reglas de incorporación (legibilidad y comprensibilidad) con otros de las de interpretación (ambigüedad y oscuridad); y contradice lo dispuesto por el art. 6.2, al sancionar con la no incorporación las cláusulas oscuras, en circunstancias de que aquel se decanta por la interpretación *contra proferentem*.

En lo que sigue procedo a la explicación general de los requisitos de redacción de las condiciones generales desde la perspectiva de la contratación con EC. En el Capítulo III, que trata acerca de las consecuencias de la infracción de la obligación precontractual de informar de aquellas empresas, abordo los diversos casos de no incorporación. El lector encontrará en dicho lugar variados supuestos de cláusulas que no cumplen con los señalados requisitos, por ejemplo, por resultar faltas de transparencia, incomprensibles, inconcretas u oscuras.

**[127] Legibilidad o claridad.** La legibilidad o claridad apunta a la manera de presentación del contrato, la sistematización de su texto y el lenguaje empleado<sup>657</sup>. Así, es uno de los presupuestos de la comprensibilidad<sup>658</sup>. Las condiciones impuestas por las EC pueden ser ilegibles o faltas de la claridad necesaria por el insignificante tamaño de la letra, la deficiente calidad de la impresión o la ubicación en un lugar secundario del documento contractual<sup>659</sup>.

**[128] Concreción.** La concreción en la redacción de las condiciones generales con las que deben cumplir las EC supone una acabada delimitación del extremo al que una cláusula se refiere en cuanto a su contenido y efectos. Particularmente en el sentido de que las que le otorguen derechos al predisponente o hagan recaer obligaciones sobre el adherente deben presentar contornos correctamente delineados. Con esta exigencia se busca evitar que el primero obtenga ventajas de la elaboración de las cláusulas derivadas de su vaguedad o imprecisión. Este sería el caso, *v. gr.*, de la formulación genérica de un supuesto de hecho que abarca una multiplicidad de hipótesis<sup>660</sup>.

De modo específico, la exigencia de concreción implica que las condiciones generales no deben ser ni oscuras ni ambiguas. La verificación de la ausencia de estas notas debe realizarse no en abstracto o no solo desde la perspectiva de la comprensibilidad aislada de las cláusulas, sino teniendo en consideración cómo han incidido en la decisión de contratar y en el posterior devenir del contrato<sup>661</sup>.

**[129] Comprensibilidad.** La exigencia de comprensibilidad aspira a que la redacción de las condiciones generales por las EC esté elaborada de manera que permita al cliente

---

<sup>657</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 5”, p. 189 (con mención de ejemplos de falta de claridad); LARROSA AMANTE, M., “Las condiciones”, pp. 74s.; y LLODRÀ GRIMALT, F., *El contrato*, p. 311.

<sup>658</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones*, p. 401; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 69.

<sup>659</sup> V., en general, DURANY PICH, S., (Comentario a los) “Artículos 5 y 7”, p. 318; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 5”, p. 188 (señalando que la claridad implica que el texto debe ser legible y entendiendo que no debe considerarse facilitado el ejemplar de las condiciones generales si no es legible en manera alguna o que concurre una conducta contraria a la buena fe si la ilegibilidad se traduce en esconder el contenido de una estipulación típicamente relevante para el caso enjuiciado) y “Comentario” (al art. 80), pp. 926s. (señalando que la legibilidad es exigida por la transparencia); LARROSA AMANTE, M., “Las condiciones”, p. 89; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 69 y “Los contratos”, p. 1611 (con mención de otras razones); y PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones*, pp. 401s.

<sup>660</sup> V. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 5”, pp. 190s. (asimilando falta de claridad y de concreción -ejemplificando con las cláusulas sobre intereses en los contratos de préstamos o de financiación- y señalando que una cláusula no concreta podría ser ambigua -en cuanto a la descripción del supuesto de hecho o a la consecuencia jurídica derivada de él-) y “Comentario” (al art. 80), p. 927 (en que señala que la concreción es una exigencia de la transparencia); LARROSA AMANTE, M., “Las condiciones”, p. 75; PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones*, pp. 415-417; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 71 y “Los contratos”, p. 1614.

<sup>661</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 7”, p. 241.

conocer la reglamentación contenida en ellas sin necesidad de un esfuerzo intelectual desmesurado ni de recurrir a terceros o recabar documentación extra<sup>662</sup>. Así, una cláusula será incomprensible cuando no pueda ser conocida por el cliente o cuando pueda interpretarse de variadas formas<sup>663</sup>. Adicionalmente, este requisito implica que las condiciones generales deben constar por escrito o, por lo menos, en un soporte duradero<sup>664</sup>.

La comprensibilidad de las condiciones redactadas por las EC debe evaluarse en relación con cada cláusula individualmente considerada y con el clausulado en su integridad. Una cláusula puede resultar incomprensible en atención a su redacción o a la manera en que se inserta en el clausulado o se relaciona con otras cláusulas del negocio. Y puede resultar el contrato globalmente considerado por estar configurado en términos excesivamente complejos o intrincados<sup>665</sup>.

**[130] Transparencia y cláusulas sorprendentes.** La transparencia, exigida adicionalmente por la LCGC, se encuentra ligada a la información que deben proporcionar las EC a sus clientes en situación de asimetría, así como al funcionamiento del mercado. Su propósito es satisfacer la aspiración de previsibilidad de los efectos jurídicos del contrato. De modo preferente, esta se traduce en la represión de las cláusulas sorprendentes o insólitas<sup>666</sup>.

---

<sup>662</sup> V., en general, PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones*, p. 406; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 69 y “Los contratos”, p. 1611.

<sup>663</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 69 y “Los contratos”, p. 1611.

<sup>664</sup> LLODRÀ GRIMALT, F., *El contrato*, pp. 314s. Otras cuestiones relacionadas con la comprensibilidad son la de las “cláusulas salvatorias” o “sanatorias” (que son las que rezan “sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes”) y la del idioma en que se redactan las condiciones generales (principalmente teniendo en cuenta la gran presencia de contratos celebrados por extranjeros y de contratación electrónica). V., en relación con ambas temáticas, DURANY PICH, S., (Comentario a los) “Artículos 5 y 7”, pp. 319s. y 324-326, respectivamente; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, pp. 70s. (y nota 131) y “Los contratos”, p. 1612; y, en relación con la primera, PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones*, pp. 409-413.

<sup>665</sup> Cfr. DURANY PICH, S., (Comentario a los) “Artículos 5 y 7”, p. 319; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 5”, p. 188 y “Comentario” (al art. 80), p. 927 (hablando en ambos textos de la transparencia); LARROSA AMANTE, M., “Las condiciones”, p. 89; PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones*, pp. 400s. y 406; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, pp. 69s. y “Los contratos”, pp. 1611s. En este último texto el autor estima que habrá incomprensibilidad en relación con el clausulado en su globalidad en caso de “ausencia de orden y clasificación, de tal manera, que las cláusulas no vayan precedidas de rótulos que faciliten su búsqueda o se incluyan bajo epígrafes que no se corresponden con su contenido, o de la pluralidad de remisiones internas innecesarias de unas a otras, o de la extensión excesiva del clausulado para el tipo de contrato celebrado” (siguiendo a Alfaro). Y la habrá en relación con una cláusula individualmente considerada “cuando sea redactada en una lengua extranjera, cuando pueda ser interpretada en una pluralidad de sentidos, cuando contenga perífrasis innecesarias, o cuando por el lenguaje utilizado no permita al cliente conocer la regulación contractual que contiene, por tener la palabras en el contexto del contrato, un significado distinto al del uso normal, o por ser de carácter excesivamente técnico”. Adicionalmente, distingue la incomprensibilidad (sancionada con la no incorporación, al ser un supuesto más grave de *oscuridad*) de la *ambigüedad*. Una cláusula presenta esta última característica “cuando su contenido se comprende y por eso ha quedado incorporada al contrato, pero resulta dudosa en algún punto que puede interpretarse en dos sentidos distintos”. Esta hipótesis da lugar a la interpretación contra el redactor.

<sup>666</sup> V., en general, LARROSA AMANTE, M., “Las condiciones”, pp. 73s.; LLODRÀ GRIMALT, F., *El contrato*, p. 313 (en la p. s., además, relaciona la transparencia en estas cuestiones con aquella de que se habla en materia de interpretación contractual); y GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentario” (al art. 80), p. 927s. (que también relaciona transparencia e interdicción de las cláusulas sorprendentes, vinculándola, asimismo, con la legibilidad, la concreción y el conocimiento de las cláusulas referidas a la descripción, determinación y modificación de los elementos esenciales del contrato y del objeto y valor económico de las prestaciones).

Dichas cláusulas son las que van contra las razonables expectativas del adherente medio, a pesar de que sean claras e incluso usuales (si resultan completamente inesperadas para el grupo al que pertenece el cliente). Si bien no fueron expresamente consideradas por el legislador (el proyecto de LCGC sí lo hizo), puede defenderse su interdicción con base en la exigencia de transparencia o buena fe. Constituye una manifestación de la interdicción de dichas cláusulas el art. 61 TRLGDCU, que, en los contratos de consumo, establece la regla sobre integración contractual de la publicidad. El sentido de esta prescripción es evitar que se defrauden las legítimas expectativas del consumidor en caso de no conformarse estas con las cualidades del producto o servicio. Asimismo y según veremos *infra* § 301, la represión de las cláusulas insólitas, cuando han superado el control de incorporación, puede llevarse a cabo considerando que, en su caso, pueden ser abusivas por falta de transparencia conforme al art. 82.1 TRLGDCU o contrarias al art. 1258 CC.

El proceso destinado a determinar cuándo una cláusula es sorprendente se compone de tres fases: evaluación de las legítimas expectativas del adherente acerca del contenido del contrato; análisis del contenido de la respectiva cláusula; y determinación de si el grado de discordancia entre aquellas expectativas y dicha cláusula es suficiente para asumir que el cliente no hubiera podido tener razonablemente en cuenta su existencia.

En la contratación con EC una cláusula podrá ser sorprendente en consideración a las circunstancias de la contratación (factor subjetivo) o a la naturaleza del negocio jurídico (factor objetivo). La defraudación de las razonables expectativas del cliente podrá emanar, en el caso de las primeras, de la discordancia entre la publicidad o la oferta (que integran los contratos) y el producto o servicio efectivamente prestado; de su contradicción con las negociaciones preliminares o con la información precontractual proporcionada; de las relaciones negociales previas de la misma índole; del clausulado (*v. gr.*, el precio fijado); de la presentación del mismo en el caso de las cláusulas invisibles u ocultas; del motivo de celebración del contrato; o de las prestaciones típicas del producto o servicio. Por lo que concierne a la naturaleza del contrato, dicha defraudación podrá provenir de las cláusulas que alteran sustancialmente el contrato (transformándolo en otro o acabando con su condición de sinalagmático); destruyen el carácter recíproco de las prestaciones, al tener que cumplir el adherente con las suyas aunque no lo haga el predisponente; resultan ajenas o extrañas a la clase de contrato; chocan con la autonomía del mismo (al ligar al adherente más allá de los límites del que aparentemente celebra); o alteran el precio acordado. Para que la respectiva condición no se estime sorprendente, la EC predisponente, en orden a la garantizar el consentimiento del cliente, deberá informarle adecuadamente acerca de la divergencia de dicha condición con sus razonables expectativas, mediante el empleo de fórmulas que lo destaquen en la medida necesaria<sup>667</sup>.

En concreto y a modo de ejemplo, en un contrato de depósito concluido por iniciativa de una EC, sería sorprendente la cláusula que señalase que la rentabilidad será variable, si el cliente tenía previamente contratado un depósito de renta fija, en tanto defrauda las legítimas expectativas de aquel, amparadas en las relaciones previas con la entidad.

---

<sup>667</sup> Cfr., respecto de este párrafo y el anterior, DURANY PICH, S., (Comentario a los) “Artículos 5 y 7”, pp. 320-324 (en la p. 322 apunta, en cuanto a las posibles confusiones con las cláusulas abusivas, que el juez, en caso de concurrir ambas circunstancias -lo que es frecuente-, deberá determinar si la cláusula es objeto del control de inclusión o del de contenido); GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 7”, pp. 256-258 y “Comentario” (al art. 80), p. 927; y, principalmente, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, pp. 61s. y 193-215 y “Los contratos”, pp. 1641-1644.

También sería sorprendente la cláusula que en un contrato de depósito supedita su rentabilidad a la evolución del valor de cierto tipo de acciones o índices similares cuando la EC sabe que el cliente es reticente a asumir riesgos. En fin, sería sorprendente la cláusula en la que, al otorgarse al cliente una determinada facilidad financiera con el aval de un tercero, dispone que dicho aval garantiza todas las deudas presentes o futuras que el cliente haya asumido o pueda asumir con la entidad<sup>668</sup>.

**[131] Colofón.** En síntesis, la información precontractual facilitada al cliente de las EC a través de las condiciones generales debe ser transparente para un cliente medio colocado en las circunstancias de que se trate. El deber de transparencia en la redacción de las condiciones generales se traduce en que el predisponente carga con obligaciones de claridad, comprensibilidad, perceptibilidad e inequívocidad<sup>669</sup>.

En definitiva, lo que se busca con las exigencias de redacción es que el cliente adherente tenga la posibilidad de conocer y comprender el contenido del contrato y que este responda a sus legítimas expectativas<sup>670</sup>. Y, en concreto, se pretende impedir la incorporación no solo de las condiciones que no podían conocerse o que solo podían serlo mediante un sacrificio fuera de lo común, sino igualmente la de aquellas que sean ambiguas o incomprensibles. Así, se impone al predisponente, en última instancia, el deber de “hablar claro”<sup>671</sup>.

En resumen, sobre las EC, como sobre cualquier empresa, recaen deberes relacionados con el tipo de lenguaje que vayan a emplear, con la cantidad de información que vayan a proporcionar en el clausulado del contrato y con la manera de presentación del mismo. Estos extremos se traducen en la necesidad de evitar la utilización de elementos que impidan u obstaculicen el conocimiento del cliente adherente del contenido del contrato. Así, por ejemplo, de términos y expresiones técnicas, con un significado desconocido e inaccesible para un adherente medio o con uno inhabitual no expresado, y de perífrasis innecesarias<sup>672</sup>. Con todo, debe tenerse presente que la omisión por las EC del debido lenguaje técnico podría ir en detrimento de la concreción. Pero igualmente deben evitarse las expresiones que solo puedan ser entendidas por expertos. En el supuesto contrario, podría no concurrir la sencillez exigida por el art. 5 LCGC, redundando esta ausencia en incomprensibilidad, a tenor del art. 7.b<sup>673</sup>. Se trata de alcanzar un punto de equilibrio entre todos los factores expresados.

En fin, el propósito más trascendente de los requisitos de transparencia en la redacción de las condiciones generales se traduce en que el predisponente debe destacar en particular las cláusulas con un contenido imprevisible o sorprendente y no alterar de manera subrepticia, a través de condiciones oscuras, la relación entre el precio y la contraprestación sobre los que ha consentido el adherente<sup>674</sup>.

---

<sup>668</sup> Ejemplos mencionados por PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos”, p. 1643.

<sup>669</sup> *Id.*, *Las cláusulas*, p. 32.

<sup>670</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 5”, p. 188; LARROSA AMANTE, M., “Las condiciones”, p. 74; y SÁNCHEZ MARTÍN, C., “El control”, s/p.

<sup>671</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 7”, p. 239.

<sup>672</sup> V., PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones*, pp. 406s.

<sup>673</sup> V. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 5”, pp. 189s.; LARROSA AMANTE, M., “Las condiciones”, p. 75; y MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., *Condiciones*, p. 184.

<sup>674</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 32.

Como síntesis de las anteriores ideas resulta ilustrativa la STS 22-12-09 (FD 1), que da por infringidos los arts. 5.4 LCGC y 10.1.a LGDCU. La sentencia señala, respecto de la cláusula que los vulnera, que “se sitúa en el anexo, que está en letra pequeña, su extensión es considerable, utiliza un lenguaje financiero específico, es de comprensión compleja para quien no se encuentra habituado al manejo de los términos lingüísticos financieros que se utilizan; utiliza indebidamente la palabra comisión para referirse a la traslación al cliente de parte de las pérdidas generadas en la compraventa de valores; dice que el importe de la imposición será abonado, cuando el capital no se garantiza; la presentación del anexo invita a su firma sin lectura; únicamente se resaltan en mayúsculas el nombre de las acciones de sociedades extranjeras a cuya evolución se vincula, la expresión depósitos de alta rentabilidad (...)”<sup>675</sup>.

### c. Información de la existencia de condiciones generales y facilitación de las mismas

#### i. Contratación por escrito<sup>676</sup>

[132] **Síntesis y normativa aplicable.** Para que se entienda que el adherente ha aceptado la incorporación de las condiciones generales al contrato, aparte de la aceptación en sí misma, la EC debe informarle expresamente acerca de la existencia de dichas condiciones y facilitarle un ejemplar que las contenga (art. 5.1 (2) LCGC)<sup>677</sup>. Por su parte, el art. 80.1.a y b TRLGDCU establece que las cláusulas no negociadas individualmente deben ser susceptibles de “comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual”. Asimismo, deben ser accesibles, en orden a permitir al consumidor el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre la existencia de dichas cláusulas.

---

<sup>675</sup> La sentencia está reseñada en MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Inversiones”; y TAPIA HERMIDA, A., “Doctrina jurisprudencial”, pp. 260-266.

<sup>676</sup> A esta se aplica el art. 5.1 LCGC. El nº 3 de este art. se refiere a los contratos que no deben formalizarse por escrito (cuando el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contraprestación recibida). Así, el ámbito del nº 1 quedaría circunscrito, en principio, al de los contratos que *deben* formalizarse por escrito, no rigiendo para los que se hacen constar de esta manera *voluntariamente*. Sin embargo, el nº 3 se aplica solo a los contratos que no debiendo constar por escrito, no lo hacen, sin que se aplique a los que a pesar de que no deban formalizarse de aquella manera consten igualmente por escrito. Por tanto, el nº 1 se refiere tanto a los contratos que forzosamente deben formalizarse por escrito como a los que las partes voluntariamente hayan escriturado (PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos”, pp. 1602 y 1606). Habría sido preferible que el nº 1 señalara que se aplica a “los contratos habitualmente celebrados por escrito” y el 3 a “los contratos habitualmente celebrados de manera oral” (DURANY PICH, S., (Comentario a los) “Artículos 5 y 7”, p. 282). V. también GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 5”, pp. 152s. y “Comentario” (al art. 80), p. 918. En síntesis, el nº 3 no se aplicaría a la contratación con EC, en cuanto los contratos celebrados con estas generalmente constan por escrito (sin perjuicio de la contratación a distancia).

<sup>677</sup> FERRANDO VILLALBA, L., KUSTER BOLUDA, I. y VILA LÓPEZ, N., *La protección*, pp. 1002s.; y GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 5”, p. 154. El párrafo primero exige para la incorporación la aceptación de esta por el adherente (que no necesariamente coincidirá con la aceptación del contrato) y la firma del contrato, que generalmente irán de la mano. A su vez, para que la aceptación sea válida deberá concurrir, según indica el segundo párrafo, el aviso de existencia de las condiciones generales y la facilitación de un ejemplar de las mismas. DURANY PICH, S., (Comentario a los) “Artículos 5 y 7”, pp. 282s. En los servicios de pago resulta relevante el art. 7 Orden EHA/1608/2010, referido a la facilitación de las condiciones relativas a operaciones de pago singulares. V. NOVAL LAMAS, J., “El derecho”, p. 235 (y nota 50).



Téngase presente que no basta *per se* con que el cliente de una EC declare conocer y haber recibido las aludidas condiciones o todas las aclaraciones del caso. Lo que importa, planteado el conflicto, es que pueda verificarse que en la realidad de los hechos tuvo la posibilidad razonable de conocerlas<sup>678</sup>.

**[133] Aviso expreso como requisito informativo.** El aviso expreso de la existencia de las condiciones generales que deben dar a sus clientes las EC es un requisito que cumple una función informativa<sup>679</sup>. El mencionado aviso se refiere a la existencia de tales condiciones, mas no a su contenido, puede ser verbal o escrito, pero en todo caso claro y nítido, y debe ser reconocible por cualquier adherente medio<sup>680</sup>.

Si las condiciones generales figuran en la oferta escrita, el aviso expreso acerca de su existencia se debe contener en la propia oferta (lo que es habitual) y si lo hacen en un documento aparte, también se debe insertar en la oferta dicho aviso haciendo referencia a las aludidas condiciones<sup>681</sup>.

**[134] Incorporación por referencia.** La incorporación por referencia se contempla por el art. 5.1 (1), segunda parte, LCGC y por el 80.1.a TRLGDCU. El supuesto más frecuente será el señalamiento de los elementos esenciales en el documento principal y de las demás cláusulas en un anexo. Así, cuando las condiciones generales no constan en la oferta o documento contractual, sino, por ejemplo, en un anexo, para que el adherente se entienda informado de su existencia, en aquel instrumento deberá figurar una cláusula de referencia expresa a aquel otro en que se contienen (y que deberá serle facilitado)<sup>682</sup>. Ello, con el propósito de asegurar que el adherente tenga consciencia de

---

<sup>678</sup> DE SÁ, A., *Direito*, pp. 39s.

<sup>679</sup> Cfr. DURANY PICH, S., (Comentario a los) “Artículos 5 y 7”, p. 285; FELIÚ REY, I., (Comentario al) “Artículo 5”, p. 56; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 5”, p. 154; LARROSA AMANTE, M., “Las condiciones”, p. 76; y LLODRÀ GRIMALT, F., *El contrato*, pp. 278-280. En la contratación con empresarios se ha resaltado que la exigencia del referido aviso puede constituir un freno para la agilidad de las transacciones. ALBIEZ DOHRMANN, K., *La protección*, p. 125.

<sup>680</sup> DURANY PICH, S., (Comentario a los) “Artículos 5 y 7”, p. 286, señalando que se excluyen los avisos tácitos o presuntos (p. 285). FELIÚ REY, I., (Comentario al) “Artículo 5”, p. 56, opina que también se debe informar acerca del contenido de las condiciones generales.

<sup>681</sup> V. DURANY PICH, S., (Comentario a los) “Artículos 5 y 7”, p. 287, con desarrollo adicional, en esta p. y la s., de los supuestos de oferta formulada por el adherente. En la p. 291 puntualiza que si la oferta es vinculante y el aviso previo es posterior a ella, este será válido solo cuando la vinculación a la oferta primitiva expire o el adherente manifieste su conformidad con tal modificación (pudiendo el predisponente variar la oferta que no sea vinculante en cualquier momento). PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., “Los contratos”, p. 1602, opina que cuando las condiciones generales se encuentran contenidas en el contrato mismo y antes de la firma, no resulta necesaria una referencia expresa a su existencia, ya que su inserción dentro de aquel constituye suficiente garantía del conocimiento de dicha existencia por el adherente, entendiéndose facilitadas aquellas condiciones por la entrega del contrato. En el mismo sentido, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 5”, p. 154, agregando que el aviso expreso se requiere, aparte de cuando las condiciones generales se contienen en un documento anexo, cuando figuran después de la firma.

<sup>682</sup> V. LLODRÀ GRIMALT, F., *El contrato*, pp. 289-291, añadiendo que la cláusula de remisión (que generalmente será una condición general) debe ser expresa, aparente, clara y precisa, suficientemente visible, contenerse en el texto o documento concreto del contrato y constar por escrito. Concluye, en la p. 291, que “no se produce la incorporación *por referencia* cuando no se entrega al adherente todas las cgc del contrato o no se ponen a su disposición; cuando no se alude ni se hace referencia expresa a las cgc en el documento contractual, aunque éstas estén inscritas en un registro jurídico-privado; cuando en el documento contractual (contrato celebrado por escrito) sólo hay una referencia a tablonos, carteles o avisos al público; ni cuando no se hace referencia expresa a las mismas en el documento contractual aunque figuren en otros documentos no firmados ni conocidos íntegramente por el adherente”. V. también

que el contrato se regirá por dichas condiciones y de cuáles son estas, considerando que no figuran en el documento que suscribirá<sup>683</sup>.

**[135] Facilitación de las condiciones generales como requisito informativo.** La facilitación al adherente de las condiciones generales por las EC también tiene un afán informativo<sup>684</sup> y aspira a que aquel pueda conocer su contenido. El requisito se cumple con la entrega de un ejemplar completo que contenga las referidas condiciones, lo más tarde en el instante de formalización del contrato. En todo caso, dichas condiciones pueden encontrarse impresas en la oferta. En los casos dudosos, se ha señalado que una aplicación no excesivamente rigurosa del mencionado requisito supondría entender que se satisface si el adherente ha tenido la razonable posibilidad de conocer dicho contenido<sup>685</sup>.

No obstante lo anterior, tratándose de consumidores, la referida facilitación debe consistir en una *entrega* anterior o simultánea a la celebración del contrato. Esto, porque el art. 63.1 TRLGDCU exige la entrega del documento que acredita la operación, con inclusión de las condiciones generales (aceptadas y firmadas)<sup>686</sup>. Adicionalmente, a tenor del art. 80.1.a, está proscrita la remisión a anuncios (*v. gr.*, de comisiones y gastos

---

DURANY PICH, S., (Comentario a los) “Artículos 5 y 7”, pp. 288s. (agregando que la referencia puede recogerse en una “cláusula general” y considerando que aunque resulta discutible que deba hacerse por escrito, lo más prudente es que así sea); LARROSA AMANTE, M., “Las condiciones”, p. 77; PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones*, pp. 438-446 y “Las condiciones”, p. 177; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos”, p. 1603.

<sup>683</sup> DURANY PICH, S., (Comentario a los) “Artículos 5 y 7”, p. 288.

<sup>684</sup> V., en general, FELIÚ REY, I., (Comentario al) “Artículo 5”, p. 56; y LARROSA AMANTE, M., “Las condiciones”, p. 76.

<sup>685</sup> V. DURANY PICH, S., (Comentario a los) “Artículos 5 y 7”, pp. 289s.; y GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 5”, p. 155 (apuntando que la entrega material debe equipararse con la puesta a disposición en tiempo oportuno, por ejemplo, cuando se remite al adherente al contenido de folletos o impresos con los que puede contar en el mismo instante y lugar de celebración del contrato); y LLOBET I AGUADO, J., *El deber*, p. 95 (señalando que en caso de ser el adherente un profesional las condiciones recogidas en un anexo no facilitado en el momento de concluirse el contrato le serán oponibles cuando, de acuerdo a su oficio o profesión, debería conocerlas, siempre que en el documento principal se contenga una cláusula de remisión expresa al correspondiente anexo). Acerca de este requisito en el TRLGDCU v. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentario” (al art. 80), pp. 918s.

<sup>686</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos”, pp. 1604s. En sentido contrario, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentario” (al art. 80), pp. 917s. (nota 97), opina que la entrega de las condiciones generales exigida por el art. 63.1 TRLGDCU no es un requisito de inclusión, sino un deber cuyo cumplimiento puede demandar el consumidor luego de celebrado el contrato, tendiendo, por tanto, a garantizar la prueba del contrato ya concluido y de su contenido. DURANY PICH, S., (Comentario a los) “Artículos 5 y 7”, p. 290, plantea que si el predisponente remite al adherente a las condiciones generales que se encuentran en su local comercial no se cumpliría con el aludido requisito, al no tratarse de una entrega ni de una conducta que satisfaga la exigencia de posibilidad razonable de conocimiento. Agrega que esta conclusión resulta dudosa en los casos de remisión al local comercial en razón del significativo volumen de las condiciones generales o de las particulares complejidades técnicas. En esta hipótesis debe estimarse cumplido el requisito si el local resulta de fácil acceso para el adherente. Pero esta solución no debería operar en los supuestos contractuales reglamentados por una regulación especial, como la de defensa del consumidor. Adicionalmente, señala que el requisito de entrega de las condiciones generales no implica la facilitación de los textos legales a que ellas se remiten, en atención a la presunción general de conocimiento del Derecho del art. 6.1 CC. V. también, en este último sentido, PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones*, p. 439, agregando (en la nota 194) que si el predisponente inserta una modificación del Derecho dispositivo, la claridad y comprensibilidad imponen que acote y explique su alcance.

repercutibles publicados por las EC), folletos o páginas de Internet y a todo texto que no se facilite oportunamente<sup>687</sup>.

## ii. Contratación a distancia

### 1. LCGC y RD 1906/1999

**[136] Normativa aplicable.** En materia de contratación telefónica y electrónica con EC se aplica el art. 5.4 LCGC. Este precepto señala que en los casos en que aquella tenga lugar “se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma”<sup>688</sup>. Este requisito también se encuentra en el art. 80.1.b (2) TRLGDCU, que permite que la justificación de la contratación, previa opción expresa del consumidor, pueda ser enviada en un soporte duradero adecuado a la técnica de comunicación a distancia empleada<sup>689</sup>.

**[137] El envío de justificación escrita de la contratación no es un requisito precontractual de información.** El anterior requisito no implica, como en la contratación por escrito, una facilitación de las condiciones generales anterior a la contratación. Así, el cumplimiento de la obligación de enviar al consumidor justificación escrita del contrato celebrado, en la que consten dichas condiciones, no aspira a una correcta formación de su voluntad, sino a la prueba del contenido del contrato ya celebrado, sin que sea, en consecuencia, un requisito de incorporación<sup>690</sup>. Por tanto, no tiene relevancia en términos de obligación *precontractual* de informar.

**[138] Aplicación de los requisitos generales de la LCGC a la contratación telefónica y electrónica con EC.** Sin perjuicio de lo anterior, en la contratación telefónica y electrónica con EC también operan los requisitos generales del art. 5.1 LCGC, si bien con variaciones.

---

<sup>687</sup> V. DURANY PICH, S., (Comentario a los) “Artículos 5 y 7”, p. 290; y GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentario” (al art. 80), pp. 918s. En fin, en relación con los requisitos formales de inclusión que deben cumplir las EC deben tenerse presente dos ideas. Primero, que si en el contexto de una negociación se convino la incorporación de determinadas condiciones generales cumpliéndose las prescripciones legales, ellas no pueden entenderse vigentes para nuevos contratos entre las partes, salvo que hayan suscrito un acuerdo marco que otorgue validez a dichas condiciones para posteriores contratos (DURANY PICH, S., (Comentario a los) “Artículos 5 y 7”, p. 292). Segundo, que los señalados requisitos no se entienden cumplidos por el hecho de que el predisponente efectúe una remisión a la inscripción de dichas condiciones en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 5”, p. 163, reflexionando acerca del art. 18 RD 1828/1999, declarado no conforme a Derecho y anulado por la STS 12-2-02 -v. también *Íd.*, “Comentario” (al art. 80), p. 919-).

<sup>688</sup> Esta norma solo se aplicaría al consumidor. No obstante, cierto sector doctrinal entiende que el legislador cometió una incorrección, en tanto que la LCGC se aplica a los adherentes en general. V. JUSTE MENCÍA, J., (Comentario al) “Artículo 5.4”, p. 342; y PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones*, p. 430. Y, en relación con las distintas interpretaciones a este respecto, DURANY PICH, S., (Comentario a los) “Artículos 5 y 7”, pp. 312s. (decantándose por aplicarla solo al consumidor); y GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J., “La contratación”, p. 1707.

<sup>689</sup> V. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentario” (al art. 80), p. 924.

<sup>690</sup> Cfr. DURANY PICH, S., (Comentario a los) “Artículos 5 y 7”, p. 312 (para quien, además, tiene función de información); GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J., “La contratación”, p. 1708 (agregando que el cumplimiento de esta obligación implica que debe procederse a la remisión por el predisponente, sin que baste con la mera puesta a disposición) -ambos en relación con la LCGC-; y GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentario” (al art. 80), p. 922 (en relación con el TRLGDCU).

El aviso expreso de las condiciones generales procede en ambas modalidades (en la telefónica sería oral). Pero no así la facilitación de un ejemplar de las mismas, por imponer el art. 5.4 la entrega del contrato con posterioridad a su celebración. No obstante, sí rige el deber de otorgar al adherente la posibilidad real de conocer las referidas condiciones. En la contratación electrónica, permitiéndole el acceso en pantalla a las condiciones generales (por ejemplo, mediante un *link* en el contrato) y la posibilidad de imprimirlas o poniendo en su poder un catálogo, prospecto o instrumento semejante con las cláusulas impresas. En la contratación telefónica, enviándole justificación escrita de la contratación realizada con todos sus términos<sup>691</sup>.

En la contratación a distancia con consumidores la información acerca de la existencia de las condiciones generales y su puesta a disposición con antelación suficiente a la conclusión del contrato por las EC ha de ser completa y estar referida a todos los extremos contenidos en la oferta. Dicha información se debe facilitar en soporte papel o en otro duradero que sea accesible al adherente, en orden a que pueda almacenar y reproducir las condiciones generales. Si estas se han proporcionado con anterioridad (por ejemplo, en un catálogo), al empresario bastará con comunicar a los consumidores que la oferta las incorpora. En la contratación vía telefonía vocal, la información puede circunscribirse a los caracteres esenciales, debiéndosele comunicar al consumidor que tiene derecho a esta información previa y otorgársela con antelación en caso de que la solicite<sup>692</sup>.

**[139] Aplicación del art. 2 RD 1906/1999 a los servicios financieros.** Los arts. 5.4 LCGC y 80.1.b (2) TRLGDCU contienen una remisión a normas reglamentarias que tienen relevancia en materia de información precontractual<sup>693</sup>.

El art. 2 RD 1906/1999 (“Deber de información previa”) contiene especiales previsiones respecto de los requisitos de incorporación en la contratación a distancia o sin presencia física simultánea de los contratantes<sup>694</sup>. No obstante, el art. 1.3 de dicho RD excluye de

---

<sup>691</sup> Cfr. DURANY PICH, S., (Comentario a los) “Artículos 5 y 7”, pp. 310-315; y GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J., “La contratación”, p. 1706.

<sup>692</sup> V., en general, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentario” (al art. 80), pp. 922s. (y nota 118), que se apoya en los arts. 60, 97 y 98 TRLGDCU, 27.4 LSSICE y 7.1 y 2 y 9.1 LCDSFDC. Precisa que en la contratación vía telefonía, si el consumidor quiere contratar sin dicha información, se le debe señalar que cuenta con un plazo para desistir libremente, computable desde que, luego de la conclusión del contrato, recibe las condiciones contractuales (esgrimiendo para esta última solución el art. 10.1 LCDSFDC). En relación con la contratación bancaria v. RAMOS HERRANZ, I., “Contratos”, pp. 381s. (con referencias a la anterior normativa sobre transparencia).

<sup>693</sup> Resulta criticable el tratamiento de la contratación telefónica y electrónica en un mismo numeral del art. 5 LCGC y en una misma normativa reglamentaria. Mientras la segunda sobresale por la facilidad para incluir las condiciones generales, la primera está lejos de ofrecer esta posibilidad (GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J., “La contratación”, p. 1707). Así, la obligación contemplada por la LCGC se aviene con la contratación telefónica, al no haber en ésta documento firmado ni, en muchas ocasiones, documentación escrita de las condiciones generales. Pero no con la electrónica, en que existen formas de garantizar la llegada del mensaje enviado, sin perjuicio de que aquella obligación pueda cumplirse si se habilita para hacerlo electrónicamente (DURANY PICH, S., (Comentario a los) “Artículos 5 y 7”, p. 299 -en las pp. 301-303 argumenta en detalle a favor de un tratamiento diferenciado-).

<sup>694</sup> Se trata de un precepto que morigera los requisitos de incorporación en materia de puesta a disposición de las condiciones generales, lo cual ha sido corroborado por el art. 27.4 LSSICE. Según el art. 2 RD 1906/1999, antes de la celebración del contrato y con la antelación necesaria (mínimo de tres días naturales anteriores a ella) se deberá facilitar al adherente, de manera veraz, eficaz y completa, información acerca de todas las cláusulas contractuales (sean o no condiciones generales). Además, se le deberá enviar, a través de cualquier mecanismo adecuado a la técnica de comunicación a distancia empleada, el texto íntegro de las condiciones generales. Con esta obligación se estaría incorporando un

su ámbito de aplicación los contratos de servicios financieros (bancarios y de inversión, entre otros)<sup>695</sup>. Empero, agrega que en esta hipótesis deberá quedar constancia documental de la contratación realizada (en forma escrita o en registros magnéticos o informáticos), de conformidad con la normativa específica aplicable en cada supuesto. A falta de esta, debe enviarse inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde consten todos los términos de la misma. Así, en este último punto repite lo señalado por el art. 5.4 LCGC<sup>696</sup>. En síntesis, a los contratos excluidos por el RD se aplican solo las reglas de la LCGC<sup>697</sup>.

---

nuevo deber de información (así lo trata JUSTE MENCÍA, J., (Comentario al) “Artículo 5.4”, pp. 350ss.) o un derecho a la información (MATEU DE ROS, R., “El consentimiento”, p. 37). El citado RD merece variadas críticas. Primero, no desarrolla las formas de aceptar las condiciones generales según exige el art. 5.4 LCGC. Segundo, se aleja del ámbito de habilitación de la ley, al contemplar obligaciones informativas que no figuran en ella. Tercero, el plazo de tres días que establece se opone a la dinámica de la contratación electrónica (v. MAYORGA TOLEDANO, M<sup>a</sup>. C., “Los derechos”, p. 15), sin que lo haya contemplado ni la LSSICE ni la LCDSFDC (v. ILLESCAS ORTIZ, R., “La Ley”, p. 19; y NOVAL LAMAS, J., “El derecho”, p. 234) ni la normativa sobre servicios de inversión (v. TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del inversor”, p. 107). El art 27.4 LSSICE se limita a señalar que el prestador de servicios, antes del inicio del procedimiento de contratación, deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales, de forma que puedan ser almacenadas y reproducidas por dicho destinatario. Por su parte, la normativa sobre servicios de inversión (LMV y RD 217/2008) se limita a establecer que la información precontractual deberá otorgarse con “antelación suficiente”. Así, el referido plazo de tres días debería entenderse derogado por la LSSICE, la LCDSFDC y la normativa sobre servicios de inversión (v. ILLESCAS ORTIZ, R., “La Ley”, pp. 19s.; y TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del consumidor”, pp. 236s. y “Protección del inversor”, p. 107). De modo que bastaría con que el predisponente incorpore en su página de Internet las condiciones generales en los términos de la LSSICE (MIRANDA SERRANO, L. “La contratación”, p. 173). En razón de las referidas críticas la doctrina opina a favor de la nulidad radical del aludido RD. V. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J., “La contratación”, p. 1709 (para quien, en todo caso, el plazo de tres días a que se refiere el RD debe computarse en relación al tiempo en que las condiciones generales eran accesibles en el sitio de Internet del predisponente y no desde que fueron consultadas o remitidas); GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 5”, pp. 170s. y “Comentario” (al art. 80), p. 921 (quien lo entiende tácitamente derogado por ilegal); y GUIADO MORENO, Á., “Contratación a distancia”, p. 309 (que lo entiende derogado por resultar inconciliable con la LSSICE y la LCDSFDC). Debe tenerse presente que conforme a la Disposición Final Quinta LSSICE, el mencionado RD debería haberse modificado, a fin de adaptar su contenido a dicha ley. Y, asimismo, que existe un anteproyecto de ley de modificación del TRLGDCU, de 24-7-12, que contempla la derogación del referido RD. Puede consultarse en [www.msc.es](http://www.msc.es).

<sup>695</sup> V. AA.VV., CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *El Derecho*, p. 363; GUIADO MORENO, Á., “Contratación a distancia”, p. 309; LARROSA AMANTE, M., “Las condiciones”, p. 81 (entendiendo desnaturalizado el art. 5.4 LCGC, al extenderse las exclusiones del RD más allá de la ley, sin justificación manifiesta); MARTÍN SALAMANCA, S., “Los derechos”, p. 94; MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., *Condiciones*, p. 146; MATEU DE ROS, R., “El consentimiento”, p. 35; MIRANDA SERRANO, L. “La contratación”, pp. 172s.; y TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del consumidor”, p. 236. La razón de esta exclusión, que no figura en la LCGC, estriba en que se ha seguido el art. 3 Directiva 97/7, que también margina de su ámbito de aplicación (en el n° 1) a los servicios financieros. V. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 5”, p. 173; y JUSTE MENCÍA, J., (Comentario al) “Artículo 5.4”, pp. 346s. (criticando el camino seguido reglamentariamente sin justificación, por perjudicar al adherente).

<sup>696</sup> V. MATEU DE ROS, R., “El consentimiento”, p. 35; MIRANDA SERRANO, L. “La contratación”, p. 173; y TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del consumidor”, p. 245. Sin embargo, esta segunda obligación se supedita al incumplimiento de la anterior, con lo que se limita el alcance de la ley, que prevé el deber de envío en todos los supuestos por excesivo que parezca. JUSTE MENCÍA, J., (Comentario al) “Artículo 5.4”, p. 348.

<sup>697</sup> Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 5”, p. 174. Agrega que en estos supuestos igualmente debe permitirse al adherente el conocimiento de las condiciones generales en el momento de la conclusión del contrato de manera adecuada al medio de comunicación utilizado, pudiendo corresponderse dicha “manera adecuada” con la contemplada por el art. 2 RD 1906/1999. De seguirse esta posibilidad, debe tenerse presente que, no obstante el tenor literal de esta disposición, su acomodo a la dinámica de la contratación en masa implica interpretarlo en el sentido de que la facilitación

## 2. LSSICE y LCDSFDC

[140] **Síntesis.** En materia de contratación a distancia con EC también resultan relevantes los arts. 27.4 LSSICE (“Obligaciones previas a la contratación”) y 9.1 y 2 LCDSFDC (“Comunicación de las condiciones contractuales y de la información previa”)<sup>698</sup>.

[141] **LSSICE.** El primero prescribe que antes del inicio del procedimiento de contratación el prestador de servicios debe poner a disposición del destinatario las condiciones generales de forma que pueda almacenarlas y reproducirlas. Esta información se debería facilitar en el sitio de Internet del prestador de servicios<sup>699</sup>. La norma impone un deber de información que no pretende reemplazar el control de incorporación previsto por la normativa general. De esta suerte, la referida puesta a disposición implica que el prestador de servicios debe *informarle* al destinatario acerca de las condiciones generales para que pueda almacenarlas y reproducirlas<sup>700</sup>.

[142] **LCDSFDC.** El art. 9.1 LCDSFDC exige que el proveedor le comunique todas las condiciones contractuales al consumidor (en soporte papel o en otro duradero accesible) antes de que este asuma cualquier obligación mediante un contrato a distancia o una oferta<sup>701</sup>. El n° 2 indica que el proveedor puede cumplir con las obligaciones del n° 1 inmediatamente después de la formalización del contrato en caso de haberse celebrado a solicitud del consumidor mediante una técnica de comunicación a distancia que no permita proporcionar las condiciones contractuales o la información preceptiva con antelación suficiente a la asunción de obligaciones. Así ocurre, *v. gr.*, en la telefonía

---

de las cláusulas del contrato a que se refiere debe entenderse como una puesta a disposición del público en general (y no de cualquier potencial adherente). Esta idea, en la contratación electrónica, podría traducirse en la inclusión del texto de las condiciones generales en un sector de sencilla accesibilidad del sitio de Internet del profesional. En la contratación telefónica (en que no media un soporte material), dicha puesta a disposición debería llevarse a efecto mediante la posibilidad de un conocimiento efectivo de aquellas condiciones. Por ejemplo, a través de su inserción en el medio en que se haya efectuado la oferta de contratación telefónica (catálogos, impresos, publicidad escrita, correo electrónico, sitios de Internet, etc.). O, en el supuesto de no ser esto posible (publicidad televisiva o radiofónica) o no haber mediado oferta al público, a través del ofrecimiento al eventual contratante de la posibilidad de no celebrar el contrato sino hasta que se le remita el texto de aquellas condiciones. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos”, pp. 1609s.

<sup>698</sup> Naturalmente, en la contratación a distancia de servicios financieros también cabe aplicar en lo que proceda la LCGC. De hecho, la misma la LCDSFDC, en su art. 9.2, señala que el cumplimiento de las obligaciones en materia de comunicación de las condiciones contractuales e información previa rigen sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos de incorporación. V. MARTÍN SALAMANCA, S., “Los derechos”, p. 94.

<sup>699</sup> V. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentario” (al art. 80), pp. 922s. (y notas 116 y 118); MIRANDA SERRANO, L. “La contratación”, p. 178; y TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del consumidor”, p. 235. Este art. es aplicable a todo tipo de contratos con condiciones generales, sea que se celebren con consumidores o entre empresarios (exceptuados los excluidos por la misma ley). GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J., “La contratación”, p. 1705.

<sup>700</sup> V. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J., “La contratación”, p. 1711. Sustenta esta idea en los siguientes argumentos. Primero, en atención a lo genérico de las obligaciones impuestas por la LSSICE. Segundo, en el uso de la fórmula “poner a disposición”, que significa “informar”. Tercero, en la ubicación del precepto junto a otros deberes de información, Cuarto, en la ausencia de sanciones civiles (pero no administrativas) para la infracción del mencionado deber.

<sup>701</sup> V. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentario” (al art. 80), pp. 922s. (y notas 116 y 118); GUIADO MORENO, Á., “Contratación a distancia”, p. 307; TAPIA HERMIDA, A., “La Ley 22/2007”, pp. 284s.; y TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del consumidor”, pp. 235 y 239. NOVAL LAMAS, J., “El derecho”, p. 235, repara en que es contradictorio que el proveedor deba otorgar información precontractual sobre *aspectos* del contrato y, además, comunicar *todas* las condiciones contractuales.

vocal y en la contratación mediante mensajes de texto telefónicos. De este modo, considerando que la regla general es que la información sea anterior a la celebración del contrato, el art. 9.2 LCDSFDC constituye una notable excepción. En todo caso, igualmente se aplican en estos supuestos los requisitos de incorporación de las condiciones generales<sup>702</sup>.

#### d. Información adicional.

**[143]La obligación de transparencia va más allá del cumplimiento de los requisitos de incorporación de las condiciones generales.** Según vimos, las EC deben informar a sus clientes adecuadamente acerca de las presuposiciones contractuales. Por esto es que el cumplimiento por parte de aquellas empresas de los requisitos de incorporación de las condiciones generales no agota su obligación precontractual de informar.

No basta a dichas entidades con el mero ofrecimiento al cliente adherente de la posibilidad de conocer las condiciones generales. Las EC deben proporcionarle un cúmulo mayor de información: todo el que demande el principio de buena fe. Este les exige dar cumplimiento a la obligación de transparencia, que va más allá de aquella posibilidad. La obligación de transparencia implica, en primer lugar, que, a pesar de que una cláusula sea comprensible, si es de dudosa interpretación (ambigua), deba aplicarse la regla *contra proferentem*. Adicionalmente, la buena fe demanda que en ciertos casos, aun cuando una cláusula sea transparente (comprensible, legible y no ambigua), es decir, haya superado el control de inclusión, el predisponente, para garantizar la integridad de la voluntad del adherente, deba informarle acerca del contenido del contrato, sin que este esté obligado, en dichos casos, a conocer o recabar información acerca de las condiciones generales. De lo que se trata es de asegurar el conocimiento efectivo por parte del adherente de los extremos que resultan determinantes en su decisión de contratar. Por esto es que el predisponente también debe otorgarle la información relativa al contenido económico del contrato (precio y contraprestación). La transparencia de dicho contenido constituye un presupuesto esencial para el buen funcionamiento de la competencia, considerando que permite conocer, sopesar y comparar las prestaciones principales del negocio. Asimismo, el predisponente debe proporcionar al adherente la información relativa a las cláusulas sorprendentes, en tanto que estas se apartan de las razonables expectativas del adherente, derivadas de las circunstancias o naturaleza del contrato.

La precedente conclusión se justifica en que para que el adherente pudiera acceder a un conocimiento acabado de dichas condiciones tendría que incurrir en elevados costes de información (de lectura, comprensión y comparación), sobre todo considerando la extensión y complejidad de los formularios que las contienen, lo que conllevaría que tuviese que asesorarse. Además, la exigencia al adherente de una conducta de aquella índole implicaría una ralentización del tráfico económico, que es justamente lo que aspiran a evitar las condiciones generales<sup>703</sup>.

---

<sup>702</sup> V. CARRIAZO PÉREZ DE GÚZMAN, T., “El incumplimiento”, p. 304; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentario” (al art. 80), p. 924 (nota 122); MONTES RODRÍGUEZ, M<sup>a</sup>. P., “Novedades”, p. 887; TAPIA HERMIDA, A., “La Ley 22/2007”, p. 285; y TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del consumidor”, p. 236. Y también los apartados 1 y 2 del art. 5 Directiva 2002/65.

<sup>703</sup> V., en general, respecto de este párrafo y el anterior, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, pp. 35-39 y 131-133.

Así, considerando que la obligación de informar acerca de la existencia de las condiciones generales forma parte de los deberes informativos, cuyo fundamento último es la buena fe, su cumplimiento podrá implicar que la EC predisponente deba transmitir al adherente una información más detallada acerca de dicha existencia y del consiguiente contenido de la reglamentación negocial en la que se traduce. El predisponente debe trasladarle al adherente, en cualquier caso y sin excepciones, toda la información exigible y necesaria para que pueda formular adecuadamente su voluntad negocial. Aquella información debe versar acerca de la existencia de las referidas condiciones y, sobre todo, del contenido del contrato, especialmente sobre las cláusulas potencialmente abusivas o insólitas<sup>704</sup>.

Veremos *infra* § 282 que las anteriores consideraciones se traducen en que la verificación del cumplimiento del deber de transparencia que recae sobre las EC puede llevarse a cabo a través del control de inclusión de las condiciones generales o mediante el control de transparencia en orden a determinar la posible abusividad de una cláusula. Ambos controles pueden conducir a la ineficacia de la respectiva cláusula o, incluso, de todo el contrato. En este sentido, veremos *infra* § 302 que tiene una importancia determinante la STS 9-5-13 (Sala de lo Civil, Pleno), referida a las cláusulas suelo en los préstamos con garantía hipotecaria a interés variable.

Por último, cabe apuntar que si bien en la mayor parte de los supuestos la información acerca de las condiciones contractuales será escrita, cuando no quepa otra forma de transmitirla podrá ser verbal, sin perjuicio de la existencia de casos en que la información escrita deba ser complementada con información verbal<sup>705</sup>. La posibilidad de que la información acerca de las condiciones contractuales sea verbal encuentra un fundamento en el art. 9 Orden EHA/2899/2011 (aplicable solo a los clientes personas físicas). Este precepto impone a las EC el deber de proporcionar a sus clientes explicaciones adecuadas y suficientes para que puedan comprender los aspectos esenciales del servicio bancario ofrecido y adoptar una decisión informada, considerando sus necesidades y situación financiera. Dichas explicaciones deben extenderse a aclarar el contenido de la información que debe otorgarse a los clientes y a advertirles de las consecuencias que la celebración del contrato puede conllevarles.

## **6. Información precontractual en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios**

**[144] Normativa aplicable.** En la contratación entre las EC y sus clientes consumidores resultan relevantes los arts. 8.d, 18, 20.1, 60, 61.1 y 65 TRLGDCU. Los tres primeros se encuentran en el Título I del Libro I. El art. 8.d está en el Capítulo II (“Derechos básicos de los consumidores y usuarios”); el 18 en el Capítulo IV (“Derecho a la información, formación y educación”); y el 20.1 en el Capítulo V (“Protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios”). Los arts. 60, 61.1 y 65 se sitúan en el Libro II, en el Capítulo I del Título I, referido a las disposiciones generales de los contratos con consumidores<sup>706</sup>.

---

<sup>704</sup> Cfr. LLOBET I AGUADO, J., *El deber*, pp. 34 y 40; y LLODRÀ GRIMALT, F., *El contrato*, pp. 278 y 280.

<sup>705</sup> LLOBET I AGUADO, J., *El deber*, p. 65.

<sup>706</sup> En Cataluña deben tenerse en cuenta los arts. 123-3 y 211-3 CCC. A los arts. 61 y 65 TRLGDCU me refiero *infra* § 331. El art. 97 TRLGDC, que se refiere a la información precontractual en los contratos celebrados a distancia, no se aplica a los servicios financieros (en virtud del art. 93.1.c).



El TRLGDCU apunta tanto a la dimensión positiva de la obligación precontractual de informar (traslación de determinados datos al consumidor) como a la negativa (abstención de proporcionar información defectuosa)<sup>707</sup>.

**[145] Art. 8.d. TRLGDCU.** En términos generales, el derecho a la información de los clientes consumidores de las EC emana del art. 8.d TRLGDCU. Este menciona como uno de los derechos básicos de aquellos la información acerca de los bienes y servicios que son objeto del contrato<sup>708</sup>. De modo específico, la norma exige que la información sea correcta, lo que se traduce en que debe ser veraz<sup>709</sup>. Asimismo, señala la finalidad del derecho a contar con ella: “facilitar el conocimiento” acerca del “adecuado uso, consumo o disfrute” de los bienes y servicios en cuestión.

El precepto recoge un principio instrumental que aspira a conseguir la satisfacción del principio sustantivo de protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores -contenido en el art. 8.b-, concretándolo. Esto se lleva a la práctica a través de la imposición a los empresarios de una variedad de deberes informativos<sup>710</sup>. Así ocurre, destacadamente, con las EC.

De manera que aun cuando el precepto menciona la información como uno de los “derechos básicos” de los consumidores, no consagra un derecho subjetivo de estos a exigir información al empresario o al profesional sobre todas las circunstancias que influyan en la celebración del contrato. Para ello se requiere de la mediación legal. Así, la disposición solo tendría carácter “programático”, careciendo de eficacia directa o inmediata. En consecuencia, el consumidor no podría alegar el referido “derecho” ante el empresario o profesional en los casos en que no se hayan previsto específicos deberes informativos o no se haya precisado el contenido de estos o el modo de satisfacerlos, sin perjuicio de que pueda procederse a su configuración judicial en aplicación del principio de buena fe<sup>711</sup>.

**[146] Art. 18 TRLGDCU.** El art. 18 TRLGDCU se aplica, en lo que aquí importa, a la “presentación” de servicios y se ubica en el libro referido a los contratos con consumidores (el II), siendo relevante en la contratación con EC. El precepto hace referencia a las características y contenido de la información que debe suministrarse a

---

<sup>707</sup> DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, p. 137.

<sup>708</sup> V. MIRANDA SERRANO, L. y PANIAGUA ZURERA, M., “La protección de los consumidores y usuarios”, p. 92; PAÑOS PÉREZ, A., *Derechos*, pp. 17s.; PEÑA LÓPEZ, F., “Comentario” (al art. 8), pp. 125s. (señalando, en la p. 115, que el art. se encuentra emparentado con el 51 CE y, por extensión, con el 153 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea); y ZURILLA CARIÑANA, M<sup>a</sup>. Á., “El derecho”, p. 4.

<sup>709</sup> GARCÍA VICENTE, J., “Comentario” (al art. 60), p. 774.

<sup>710</sup> PEÑA LÓPEZ, F., “Comentario” (al art. 8), pp. 125s. Acerca de la distinción entre derechos o principios instrumentales y fundamentales o sustantivos en este terreno v. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “La protección”, p. 26.; y GARCÍA CANTERO, G., “Comentario” (al art. 8), p. 207.

<sup>711</sup> V. GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1463 (extendiendo esta idea al art. 17.1). En similar sentido, PEÑA LÓPEZ, F., “Comentario” (al art. 8), pp. 116-122, opinando que los “derechos básicos” son principios generales, sin perjuicio de lo cual igualmente ostentan gran importancia. Representan los objetivos cardinales a alcanzar por el poder público en el Derecho del consumo (en los ámbitos legislativo, ejecutivo y judicial). Asimismo, configuran los parámetros basales para interpretar cualquier norma de dicho ordenamiento. Agrega que su cumplimiento forzoso no se puede exigir frente a los poderes públicos en el supuesto de vulneración, salvo cuando se hayan concretado en un verdadero derecho. V. también, en términos generales, GARCÍA CANTERO, G., “Comentario” (al art. 8), p. 206.

dichos sujetos en el momento de efectuarse la puesta a disposición de los servicios<sup>712</sup>. A pesar de que la norma no indica quiénes se encuentran obligados a suministrar información, no hay duda de que son los empresarios<sup>713</sup>.

La disposición apunta a la información como garantía del consumidor, definiendo los requisitos que deben cumplir los bienes y servicios en el mercado, sin que se refiera *stricto sensu*, por tanto, a la que se debe otorgar en la esfera de la contratación, a cuyo tratamiento se avoca el art. 60. En términos específicos, la norma concreta el derecho que tienen los consumidores a recibir información (recogido en el art. 17) acerca de las características esenciales de un servicio por el solo hecho de ostentar dicha calidad en el mercado, es decir, con independencia de que tengan la intención de contratar. Los arts. 60 y ss. rigen en caso de que se decidan por esta última posibilidad. En conclusión, la información a que se refiere el art. 18 no es, en rigor, información precontractual, sino información de interés público. Resulta criticable, considerando su título, que el precepto omita el desarrollo del derecho a la información de los consumidores en el instante de la puesta a disposición de los bienes y servicios en el mercado, pasando por alto la prescripción de un contenido mínimo de la obligación correlativa de quienes llevan a cabo dicha puesta a disposición. Este proceder contrasta con la reestructuración del derecho a la información efectuada por el TRLGDCU, que justificaba el señalamiento expreso del deber general de informar de los empresarios, que en el precepto aparece difuminado por la exigencia de una determinada forma de presentar los servicios. Así, el art. 18 pone el acento en este último aspecto y no en aquel derecho, que es lo principal.

Por lo que atañe a la forma de presentación de los servicios, el precepto exige, en primer lugar, que la información sea de tal naturaleza que no induzca a error al consumidor en relación con el respectivo servicio. Especialmente: a) sobre sus características (naturaleza, identidad, cualidades y duración); b) atribuyéndole efectos o propiedades que no posea; y c) sugiriendo que ostenta características particulares cuando todos los similares presentan las mismas. Se trata de una mención no taxativa. Adviértase, además, que algunas de las hipótesis que menciona la norma aparecen señaladas como parte del contenido de las características esenciales del servicio a cuyo respecto se debe otorgar información<sup>714</sup>. Lo importante, en todo caso, es que el precepto consagra el principio de veracidad, en tanto que la presentación de los servicios no debe inducir a error al consumidor<sup>715</sup>.

En segundo término, la disposición exige, respecto de la información referida a servicios, el cumplimiento de determinadas características, así como de cierto contenido, sin perjuicio de las exigencias reglamentarias que procedan en cada caso.

---

<sup>712</sup> El art. 18 es un precepto que, concretando el principio instrumental de información, aspira a la protección de la salud y la seguridad, que es el principio sustantivo. PEÑA LÓPEZ, F., “Comentario” (al art. 8), p. 126.

<sup>713</sup> PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup>. Á., “Comentario” (al art. 18), p. 263.

<sup>714</sup> Acerca de este párrafo y el anterior v. ÁLVAREZ LATA, N., “Comentario” (al art. 18), pp. 228s., 231s. y 237s. En la p. 229 critica que el mencionado art. trate uniformemente la presentación de bienes y servicios. Señala que sus reglas están pensadas más bien para los primeros, resultando dificultosa su aplicación a los segundos en materia de presentación (por lo menos en términos literales), así como de contenido mínimo de la información.

<sup>715</sup> PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup>. Á., “Comentario” (al art. 18), p. 264.

En cuanto a las características exigidas a la información, el art. 18 distingue entre la forma de presentación de la misma y sus cualidades. En el primer sentido, la información debe ser incorporada, acompañada o permitida de manera clara y comprensible. En el segundo, debe ser veraz, eficaz y suficiente sobre las características esenciales del servicio, en particular sobre las mencionadas a continuación por el precepto<sup>716</sup>.

Según puede apreciarse, aparte de que las cualidades exigidas a la información concretan la exigencia de corrección establecida en el art. 8.d, resultan redundantes. Así, considerando que la veracidad busca evitar el error o la falsedad en la presentación de los servicios, el precepto reitera lo expresado con antelación en el sentido de que la información no debe inducir a error al consumidor. Por su parte, la eficacia y la suficiencia implican que la información ha de ser completa, en el sentido de que debe satisfacer las indicaciones obligatorias mencionadas a continuación por el precepto y tener en cuenta también el servicio de que se trate, con el elemento adicional de que su interpretación debe realizarse conforme al carácter finalista de la información, recogido en el art. 8.d (adecuado uso o disfrute de los servicios).

En cuanto al contenido de la información, el art. 18 indica cuáles son las características esenciales acerca de las que se debe informar en particular. Por lo que atañe a los servicios, consisten en la categoría o denominación usual o comercial; y la indicación de advertencias y riesgos previsibles. Se trata de un listado que constituye un *numerus apertus*, tanto porque las menciones se establecen sin perjuicio de las concretas prescripciones reglamentarias como porque se puntualizan las características esenciales acerca de las que se debe informar *en particular*. De manera que para que la información concreta cumpla con las notas de veracidad, eficiencia y suficiencia es perfectamente posible que el empresario deba proporcionar información sobre otras características esenciales diversas de las apuntadas por la norma<sup>717</sup>.

**[147] Art. 20.1 TRLGDCU.** Luego, la información necesaria de la oferta comercial formulada por una EC ante un cliente consumidor se rige por el art. 20.1 TRLGDCU. Este precepto desarrolla exclusivamente el contenido exigible a la información, sin dar cuenta, por lo menos de forma directa, de las características que debe cumplir. Su propósito es evitar prácticas comerciales engañosas en la formulación de ofertas

---

<sup>716</sup> V. DÍEZ BALLESTEROS, J., “Obligaciones”, p. 62; y PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup>. Á., “Comentario” (al art. 18), p. 266.

<sup>717</sup> V., acerca de este párrafo y el anterior, ÁLVAREZ LATA, N., “Comentario” (al art. 18), pp. 239s. En relación con el contenido de la información agrega que la mencionada es la mínima, sin que quepa al empresario, en aplicación del principio *favor consumatoris*, determinar discrecionalmente cuál habrá de proporcionar dependiendo del bien o servicio de que se trate. Adicionalmente, en la nota 24, critica que la norma no exija que la información conste por escrito, sin perjuicio –agrega– de que a tenor del art. 63 TRLGDCU se exija la entrega de un documento acreditativo con las condiciones esenciales de la operación, incluidas, en su caso, las condiciones generales aceptadas y firmadas por el consumidor. En fin, debe tenerse presente que el art. 18 TRLGDC establece que las indicaciones obligatorias en materia de presentación de servicios comercializados en España deberán figurar al menos en castellano, sin perjuicio de las excepciones legales o reglamentarias. Esto implica tener en cuenta la regulación de la cuestión idiomática, en su caso, por las Comunidades Autónomas (v. gr., Cataluña, Galicia y País Vasco). V. *Ib.*, pp. 233-235. Y, también, acerca del contenido de la información en el precepto, PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup>. Á., “Comentario” (al art. 18), p. 266.

comerciales por los empresarios<sup>718</sup>, las que, según he señalado, constituyen un instrumento de información precontractual.

Establece el precepto que las prácticas comerciales que, de un modo adecuado al medio de comunicación utilizado, incluyan información sobre las características del servicio y su precio, posibilitando que el consumidor tome una decisión sobre la contratación<sup>719</sup>, deberán contener, si no se desprende ya claramente del contexto, al menos la información por él mencionada<sup>720</sup>. Se trata de la siguiente: a) los datos de identificación del empresario; b) las características esenciales del servicio de una forma adecuada a su naturaleza y al medio de comunicación utilizado; c) el precio final completo<sup>721</sup>; d) los procedimientos de pago, plazos de entrega y ejecución del contrato y el sistema de tratamiento de las reclamaciones, cuando se aparten de las exigencias de la diligencia profesional (que es la definida por el art. 4.1 LCD); y e) la existencia, en su caso, del derecho de desistimiento<sup>722</sup>. Se trata de informaciones similares a las exigidas por el art. 60<sup>723</sup>, que comento a continuación.

**[148] Art. 60 TRLGDCU.** La norma fundamental que rige la información precontractual que deben otorgar las EC a sus clientes consumidores es el art. 60 TRLGDCU, que determina los extremos que debe abarcar la oferta comercial<sup>724</sup>. Se trata de la regla general en materia de información precontractual, en derredor de la cual se pueden estructurar otros preceptos del TRLGDCU u otras disposiciones referidas a dicho tipo de información<sup>725</sup>.

Aun cuando el precepto no lo indica, la finalidad de la entrega de información es permitir al consumidor la adopción de una decisión racional en orden a contratar o no<sup>726</sup>. En este sentido, se trata de una norma que establece una obligación de informar

---

<sup>718</sup> V. CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario” (al art. 20), p. 283; MORALES MENÉNDEZ, I., “Artículo 7”, p. 193; y MIRANDA SERRANO, L. y PANIAGUA ZURERA, M., “La protección de los consumidores y usuarios”, p. 92.

<sup>719</sup> O, en términos de la LCD, que adopte una decisión acerca de su conducta económica con el conocimiento de causa debido. CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario” (al art. 20), p. 284; y MIRANDA SERRANO, L. y PANIAGUA ZURERA, M., “La protección de los consumidores y usuarios”, p. 92.

<sup>720</sup> El precepto recoge, así, los principios de veracidad y proporcionalidad. CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario” (al art. 20), p. 285.

<sup>721</sup> O su base de cálculo, cuando, debido a la naturaleza del servicio, no pueda fijarse con exactitud en la oferta. Se deben incluir los impuestos y desglosarse, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos aplicables a la oferta y los gastos adicionales repercutibles al consumidor (o, cuando no puedan ser calculados de antemano por razones objetivas, la información de que existen y, si se conoce, de su importe estimado). V. NASARRE AZNAR, S. y SIMÓN MORENO, H., “II-3:104-II-3:108”, p. 233.

<sup>722</sup> V. MORALES MENÉNDEZ, I., “Artículo 7”, p. 193; y MIRANDA SERRANO, L. y PANIAGUA ZURERA, M., “La protección de los consumidores y usuarios”, pp. 92s.

<sup>723</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario” (al art. 20), p. 282 (mencionando las diferencias entre ambos preceptos).

<sup>724</sup> *Id.*, “Comentario” (a los arts. 60 y 61), p. 490.

<sup>725</sup> DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, p. 142 (en referencia al art. 60.1). Debe distinguirse el deber de información precontractual establecido por esta disposición de las obligaciones genéricas de informar. Asimismo, debe tenerse en cuenta que aun cuando el precepto busca articular un estatuto común para los deberes precontractuales de información, su finalidad queda altamente diluida por la existencia de otras varias normas que los disciplinan con exhaustividad, tanto en el TRLGDCU como en leyes especiales (v. gr., LCDSFDC y normativas que establecen el contenido de las ofertas vinculantes, como en el crédito al consumo). GARCÍA VICENTE, J., “Comentario” (al art. 60), pp. 766s. V. también CARRASCO PERERA, A., “La defensa”, p. 2 y “Texto refundido”, p. 2217.

<sup>726</sup> GARCÍA VICENTE, J., “Comentario” (al art. 60), p. 766.

en términos amplios, al referirse a toda información relevante (circunscrita por los elementos de contenido que menciona el nº 2), sin que fije parámetros delimitadores<sup>727</sup>.

**[149] Características exigidas a la información precontractual por el art. 60 TRLGDCU.** En cuanto a las características de la información precontractual, del art. 60.1 y 3 TRLGDCU se infiere, primero, que existe determinada manera de trasladarla. Las EC deben ponerla a disposición de los clientes consumidores, con antelación a la celebración del contrato<sup>728</sup>, de manera “clara, comprensible y adaptada a las circunstancias” y “de forma gratuita”<sup>729</sup>. Y, segundo, que la información debe ser “relevante, veraz y suficiente”.

Por lo que concierne al primer aspecto de la cuestión, cabe apuntar que las exigencias de claridad y comprensibilidad concretan el principio de transparencia<sup>730</sup>. Ellas posibilitan que el consumidor acceda a la información y la aprehenda sin un sacrificio desmedido<sup>731</sup>. Ambas las he desarrollado al referirme a los requisitos de incorporación de las condiciones generales (v. *supra* § 127 y 129).

La exigencia que ahora resulta relevante es la consistente en que la información debe ser puesta a disposición del consumidor por las EC de forma adaptada a las circunstancias. Así se concreta el principio de proporcionalidad<sup>732</sup>. Su propósito es posibilitar que los tribunales determinen cuál es la mejor forma de transmisión de la información en cada caso, en tanto que no resulta posible dar cuenta en una norma de la multiplicidad de circunstancias presentes en todos los supuestos. En este sentido, los jueces deberían sopesar factores como el nivel de formación del cliente consumidor, el mecanismo de contratación empleado, el grado de complejidad del producto o servicio y el nivel de riesgos del contrato<sup>733</sup>.

En la contratación con EC, probablemente dicha exigencia sea la más trascendente. La adaptación de la información a las circunstancias debe operar en sentido objetivo y subjetivo. En términos objetivos, las circunstancias están representadas por las del respectivo producto o servicio. Así, las EC deben informar a sus clientes consumidores acerca de las características, complejidad, nivel de riesgo y otras cualidades del producto o servicio que les permitan conocer las obligaciones contraídas y sus derechos y expectativas. En términos subjetivos, la información debe acomodarse a los

---

<sup>727</sup> NASARRE AZNAR, S., “II.-3:101-II.-3:103”, p. 198.

<sup>728</sup> Esto es, con tiempo suficiente y antes de que el consumidor asuma cualquier obligación en virtud de la oferta o contrato (MIRANDA SERRANO, L. y PANIAGUA ZURERA, M., “La protección de los consumidores y usuarios”, p. 93) o con una antelación suficiente que permita el cumplimiento de los objetivos de la obligación de informar, considerando los imperativos de la buena fe (CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario” (a los arts. 60 y 61), pp. 489s.).

<sup>729</sup> V. DÍEZ BALLESTEROS, J., “Obligaciones”, p. 66.

<sup>730</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario” (a los arts. 60 y 61), p. 491; y MIRANDA SERRANO, L. y PANIAGUA ZURERA, M., “La protección de los consumidores y usuarios”, p. 93. Veremos *infra* § 282 que el incumplimiento de la exigencia de transparencia resulta fundamental en orden a la declaración de no incorporación de las condiciones generales de la contratación o a la de abusividad por falta de transparencia. En este sentido, veremos *infra* § 302 que tiene una importancia determinante la STS 9-5-13 (Sala de lo Civil, Pleno), referida a las cláusulas suelo en los préstamos con garantía hipotecaria a interés variable.

<sup>731</sup> V. DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, p. 152.

<sup>732</sup> MIRANDA SERRANO, L. y PANIAGUA ZURERA, M., “La protección de los consumidores y usuarios”, p. 93.

<sup>733</sup> V. DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, p. 152.

conocimientos y experiencia del cliente en el específico ámbito de la contratación. Esta constatación –según hemos visto- implica que las EC cargan con la obligación general de informar, que se traduce en el deber de aconsejar o asesorar a los clientes cuyos conocimientos, experiencia o cualificación les impiden comprender cabalmente una operación y que generalmente serán consumidores. En virtud de este deber, las EC, cuando no exista una norma que lo haya establecido, deben prevenir a dichos clientes, por ejemplo, acerca de los riesgos patrimoniales o económicos que entraña el producto o servicio, cuando sepan o razonablemente puedan saber que aquellos los ignoran<sup>734</sup>.

En cuanto a las características que debe cumplir la información en sí misma a tenor del art. 60 TRLGDCU (veracidad, relevancia y suficiencia<sup>735</sup>), cabe referir que resultan obvias y por ello redundantes. La veracidad se presupone, al ser un requerimiento que emana de las reglas generales sobre interdicción de la falsedad, que incluso puede ser sancionada penal y civilmente (estafa y dolo, respectivamente)<sup>736</sup>. También la relevancia y la suficiencia resultan reiterativas. La primera implica que la información facilitada al cliente debe permitir que su voluntad comercial nazca de forma adecuada, lo que es igual que decir que aquella debe ser suficiente. Así, habría bastado con esta última exigencia<sup>737</sup>. En todo caso, se ha señalado que una posible utilidad de distinguir entre ambas exigencias estribaría en considerar que, interpretadas de manera complementaria, conducirían a que no se debe proporcionar al consumidor una información demasiado exhaustiva (en orden a evitar que se confunda y tenga dificultades de comprensión de la misma), sino solo la que le resulte indispensable para manifestar una voluntad plena<sup>738</sup>. Pero la verdad es que cabe insistir en que a este efecto resultaba bastante la exigencia de suficiencia.

La suficiencia debe conectarse con la finalidad de la obligación de informar. De esta suerte, implica proporcionar al consumidor toda la información que resulte precisa para satisfacer dicha finalidad, en el sentido de que su decisión de contratar se sustente razonablemente en la información relevante<sup>739</sup>.

**[150] Contenido exigido a la información precontractual por el art. 60 TRLGDCU.** Por lo que respecta al contenido de la información precontractual, este, según el art. 60.1 TRLGDCU, debe versar acerca de las “características esenciales del contrato, en

---

<sup>734</sup> V. FERRANDO VILLALBA, L., KUSTER BOLUDA, I. y VILA LÓPEZ, N., *La protección*, pp. 104s.

<sup>735</sup> La primera concreta el principio de veracidad y las otras dos el de proporcionalidad. CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario” (a los arts. 60 y 61), pp. 492s.; y MIRANDA SERRANO, L. y PANIAGUA ZURERA, M., “La protección de los consumidores y usuarios”, p. 93.

<sup>736</sup> ORTÍ VALLEJO, A., “Comentario” (al art. 13.1 LGDCU), p. 411.

<sup>737</sup> V. DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 150s. O a través de la LCD (CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario” (a los arts. 60 y 61), p. 493).

<sup>738</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario” (a los arts. 60 y 61), p. 493.

<sup>739</sup> GARCÍA VICENTE, J., “Comentario” (al art. 60), p. 774. En cuanto a la gratuidad del otorgamiento de la información exigida por el art. 60.3, basta con remitirse a la exposición de motivos del TRLGDCU, que indica que dicha “previsión tiene por objeto evitar prácticas lesivas, conforme a las cuales el cumplimiento de las obligaciones legales de los empresarios no sólo suponen costes adicionales a los consumidores, sino una retribución adicional al operador, mediante la utilización de las nuevas tecnologías. Nuevas tecnologías que, por otra parte, permiten la prestación gratuita de la información mínima exigible, conforme ya está previsto en algunos ámbitos de la actividad económica”. En relación con esta gratuidad en los servicios financieros v. FERRANDO VILLALBA, L., KUSTER BOLUDA, I. y VILA LÓPEZ, N., *La protección*, p. 105. En todo caso, no resultaba imprescindible establecer la gratuidad porque todo obligado debe solventar los deberes que recaen sobre él. GARCÍA VICENTE, J., “Comentario” (al art. 60), p. 767.

particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los (...) servicios objeto del mismo”. El nº 2 establece cuáles son las informaciones que en concreto se deben trasladar al consumidor por el empresario<sup>740</sup>. Dicho numeral comienza puntualizando que, aparte de las normas sobre información contenidas en el TRLGDCU (v. gr., art. 18<sup>741</sup>), también son relevantes las demás que resulten de aplicación. Así, por ejemplo, la LCCC y la LCDSFDC<sup>742</sup>, así como la LMV y sus disposiciones de desarrollo<sup>743</sup>.

El contenido informativo exigido por el art. 60 es similar al disciplinado por el art. 20.1 en relación con la oferta comercial<sup>744</sup>. Esta constatación ratifica la tesis aquí sustentada que asimila, en términos generales, oferta e información precontractual.

A tenor del referido precepto, la información precontractual que debe trasladarse al cliente consumidor por las EC es la siguiente: a) datos de identificación de la empresa; b) precio completo de los servicios o presupuesto; c) fecha de entrega, ejecución del contrato y duración; d) procedimiento de que dispone aquel para poner fin al contrato; e) garantías ofrecidas; f) lengua en la que podrá formalizarse el contrato cuando no sea la de la información precontractual; g) datos relativos al eventual derecho de desistimiento a favor del consumidor (existencia, plazo y forma de ejercitarlo); y h) dirección completa en la que este puede presentar sus quejas y reclamaciones, así como, en su caso, la información sobre el sistema extrajudicial de resolución de conflictos prevista en el art. 21.4<sup>745</sup>.

Adicionalmente, conforme al art. 61.1 TRLGDCU la oferta dirigida a consumidores y asimismo la publicidad y la promoción (asumidas aquí como soportes de información

---

<sup>740</sup> Aun cuando no existe una disposición que obligue a trasladar el contenido informativo prescrito por el art. 60 al contrato (el art. 63.1 solo obliga a entregar un documento acreditativo del contrato con las condiciones esenciales de la operación, que serían las jurídicas y económicas a tenor del art. 61.1), dicho contenido habrá de ser exigible en conformidad al art. 61. GARCÍA VICENTE, J., “Comentario” (al art. 60), p. 774.

<sup>741</sup> ALVAREZ LATA, N., “Comentario” (al art. 18), p. 238; y MIRANDA SERRANO, L. y PANIAGUA ZURERA, M., “La protección de los consumidores y usuarios”, p. 93.

<sup>742</sup> DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, p. 144.

<sup>743</sup> CABALLERO NÚÑEZ, G., “Las obligaciones”, p. 112.

<sup>744</sup> MIRANDA SERRANO, L. y PANIAGUA ZURERA, M., “La protección de los consumidores y usuarios”, p. 93.

<sup>745</sup> Acerca del contenido de la información en el art. 60 TRLGDCU v. CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario” (a los arts. 60 y 61), pp. 494-508; CAVANILLAS MÚGICA, S., “El Real Decreto Legislativo”, p. 2149; DÍEZ BALLESTEROS, J., “Obligaciones”, pp. 68-71; FERRANDO VILLALBA, L., KUSTER BOLUDA, I. y VILA LÓPEZ, N., *La protección*, p. 104; GARCÍA VICENTE, J., “Comentario” (al art. 60), pp. 777s.; MIRANDA SERRANO, L. y PANIAGUA ZURERA, M., “La protección de los consumidores y usuarios”, p. 93; NASARRE AZNAR, S., “II.-3:101-II.-3:103”, pp. 198s.; y NASARRE AZNAR, S. y SIMÓN MORENO, H., “II.-3:104-II.-3:108”, pp. 232 y 234. Respecto de la letra b), cabe precisar que el precio completo debe incluir los impuestos. Asimismo, se debe hacer referencia en toda información acerca del precio (incluida la publicidad) al precio final completo y desglosar el importe de los incrementos o descuentos aplicables y de los gastos que se repercutan al consumidor (incluidos los adicionales por servicios accesorios, financiación u otras condiciones de pago similares). En relación con la letra g) cabe advertir que el empresario, a tenor del art. 69.1, debe informarle al consumidor por escrito en el documento contractual en términos claros, comprensibles y precisos acerca de la existencia del derecho de desistimiento, de sus requisitos y de las consecuencias de su ejercicio. Asimismo, debe proporcionarle un documento de desistimiento que cumpla con los requisitos señalados en aquel precepto. En fin, en relación con la letra h), que remite al art. 21.4, cabe apuntar que en virtud de este, en su caso, los empresarios, en las ofertas comerciales en que presenten sus servicios de manera detallada, deben señalar el sistema extrajudicial de resolución de conflictos que ofrecen a los consumidores, de forma que puedan conseguir información acerca de sus características y la forma de acceder a él.

precontractual) deberán acomodarse a la naturaleza, características, utilidad o finalidad de los servicios, así como a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación<sup>746</sup>.

**[151] Medio de transmisión de la información precontractual exigido por el art. 60 TRLGDCU.** En cuanto al medio de transmisión de la información, el art. 60 TRLGDCU no establece una regla específica, conformándose solo con exigir que la información sea proporcionada de manera adaptada a las circunstancias. Así, la información habrá de suministrarse de una forma adecuada al medio de comunicación empleado, sin perjuicio de que siempre deba ser claramente perceptible<sup>747</sup>. Eso sí, el art. 69.1 obliga al empresario a informar por escrito al consumidor acerca de que dispone del derecho de desistimiento<sup>748</sup>.

## 7. Información precontractual en la normativa sobre servicios bancarios

### a. Preliminar

**[152] Normativa aplicable.** La información precontractual en los servicios bancarios está disciplinada, en general, por la Orden EHA/2899/2011 (que reemplaza y deroga la 12/12/1989) y por la Circular 5/2012 (que hace lo propio con la 8/1990)<sup>749</sup>. Ambas se aplican solo a las personas físicas<sup>750</sup>. Además, la regulan de modo especial en los préstamos hipotecarios, anteriormente regidos por la Orden 5/5/1994, también derogada por la Orden hoy en vigor. Asimismo, existen otras normativas con reglas sobre información precontractual en relación con contratos bancarios específicos y a las cuales se remite la Orden EHA/2899/2011. Sobresalen las dictadas en materia de crédito al consumo (LCCC) y servicios de pago (LSP y Orden EHA/1608/2010)<sup>751</sup>. En fin, conviene tener en cuenta que, aparte de las disposiciones generales de las aludidas regulaciones, estas no contienen prescripciones específicas para los contratos bancarios pasivos (v. gr., depósitos a la vista o a plazo fijo).

La Orden EHA/2899/2011 se dictó en virtud de la habilitación de los arts. 48.2 LDIEC y 29.2 Ley 2/2011 y ha sido desarrollada por la Circular 5/2012 en virtud de la habilitación de su Disposición final tercera. Su importancia radica en que contiene novedosas normas sobre información precontractual si se le compara con la Orden anteriormente en vigor<sup>752</sup>. Recuérdese, por lo demás, que la aludida normativa sobre servicios bancarios solo se aplica respecto de clientes personas físicas.

---

<sup>746</sup> Se trata de una regla que, junto a la del nº 2, implica que las aseveraciones publicitarias integran el contenido del contrato y ligan al empresario o al profesional. GARCÍA VICENTE, J., “Comentario” (al art. 61), pp. 780s. Me refiero con mayor detalle al art. 61 TRLGDCU *infra* § 331.

<sup>747</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario” (a los arts. 60 y 61), pp. 491-493.

<sup>748</sup> V. NASARRE AZNAR, S. y SIMÓN MORENO, H., “II.-3:104-II.-3:108”, p. 231.

<sup>749</sup> V. PINILLOS LORENZANA, Á., “La protección”, pp. 84-86.

<sup>750</sup> Acerca de la Orden EHA/2899/2011 v. CARRASCO PERERA, Á., “Novedades”; DEFENSOR DEL PUEBLO, *Crisis*, pp. 76ss.; DÍAZ RUIZ, E., “Crédito”, pp. 224-228; GOMÁ LANZÓN, F., “Análisis”; MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Nuevo régimen”; MARTÍNEZ PÉREZ-ESPINOSA, A., “Orden”, pp. 279-284; y SÁNCHEZ MONJO, M., “El nuevo”.

<sup>751</sup> V. PINILLOS LORENZANA, Á., “La protección”, pp. 86s.; y SÁNCHEZ MONJO, M., “El nuevo”, p. 290 (mencionado también la LCDSFDC -nota 8- y la Orden EHA/1718/2012 -nota 9-).

<sup>752</sup> Según el art. 1 Orden EHA/2899/2011 su objetivo es “garantizar el adecuado nivel de protección de los clientes de entidades de crédito, mediante la implantación de medidas de transparencia en la prestación de servicios financieros bancarios”. Así, la justificación de su dictación es la mejor protección del cliente, en atención a la ampliación de la contratación con EC, la implementación de nuevos instrumentos financieros y la utilización de nuevas tecnologías (PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V.,



## b. En la generalidad de los contratos

### i. Información a clientes

[153] **Síntesis.** La norma matriz de la Orden EHA/2899/2011 en materia de información precontractual es el art. 6<sup>753</sup>. Junto a este destacan las disposiciones referidas a explicaciones y comunicaciones a clientes (arts. 9 y 11). Además, en cuanto los formularios contractuales que se exhiben a aquellos constituyen vehículos de información precontractual, también tiene importancia el art. 7, relativo al contenido al que deben ajustarse los contratos. Adicionalmente, se contemplan en la Orden preceptos sobre información general al público en materia de comisiones, gastos y tipos de interés (arts. 3.2 y 4.2).

[154] **Información precontractual.** El art. 6 Orden EHA/2899/2011 se refiere específicamente a la información precontractual. La finalidad de su otorgamiento es que el cliente pueda “adoptar una decisión informada y comparar ofertas similares”.

Por lo que concierne a las características exigidas a la información, resulta que debe ser gratuita, clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa. Además, debe proporcionarse “con la debida antelación en función del tipo de contrato u oferta” y, en todo caso, antes de que el cliente quede jurídicamente vinculado. En cuanto al contenido de la información, el precepto señala que se le debe otorgar al cliente toda la legalmente exigible<sup>754</sup>. Los contenidos informativos aplicables en relación con diversas operaciones se concretan en la Norma sexta de la Circular 5/2012<sup>755</sup>.

---

“La protección”, p. 417). Asimismo, resaltan determinadas directrices provenientes de la UE en orden al mejoramiento de la transparencia bancaria, principalmente por lo que atañe a las comisiones (SÁNCHEZ MONJO, M., “El nuevo”, p. 289 -y notas 2 y 3-, con mención de dos documentos de la Comisión Europea en que se hicieron presentes las deficiencias del ordenamiento español en estas cuestiones).

<sup>753</sup> La regulación de la información precontractual en la Orden es escasa, considerando el tratamiento de la misma en materia de servicios de pago, crédito al consumo y comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores. SÁNCHEZ MONJO, M., “El nuevo”, p. 293. Cabe tener en cuenta que el art. 18 de la Orden impone a las EC, antes de que los clientes celebren un contrato de crédito o préstamo, el deber de evaluar la solvencia de aquellos para cumplir con las obligaciones emanadas del mismo, teniendo en cuenta la información suficiente recabada por mecanismos idóneos a tal efecto (*v. gr.*, información proporcionada por los clientes a requerimiento de la EC). Esta obligación presenta cierta similitud con la de obtener información de parte del cliente contemplada por la normativa sobre servicios de inversión destinada a recomendarles a los clientes productos y servicios adecuados a su perfil. *Ib.*, p. 289 (respecto del art. 18 de la Orden *v. las pp.* 298s.).

<sup>754</sup> V., respecto del art. 6 de la Orden, MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Nuevo régimen”, p. 8; MARTÍNEZ PÉREZ-ESPINOSA, A., “Orden”, p. 280; MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P., “Nulidad”, p. 12; PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, p. 419; y SÁNCHEZ MONJO, M., “El nuevo”, p. 293.

<sup>755</sup> V. PINILLOS LORENZANA, Á., “La protección”, p. 86 (nota 26). En el apartado 2 de la Circular se regulan con elevado nivel de detalle los referidos contenidos informativos en relación con las siguientes operaciones: 1. depósitos a la vista y de ahorro; 2. depósitos a plazo con garantía del principal; 3. créditos al consumo sujetos a la LCCC; 4. créditos y préstamos hipotecarios en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o en los que la finalidad de la persona física prestataria sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir; 5. créditos excluidos de las dos menciones anteriores; 6. negociación de cheques; 7. avales, fianzas y garantías prestados por la entidad; y 8. servicios bancarios comercializados a distancia (remitiéndose a la LCDSFDC). V. también el art. 12 de la Orden, relativo a la obligación de informar en la comercialización de servicios bancarios vinculados a la contratación de otro servicio. Cfr. SÁNCHEZ MONJO, M., “El nuevo”, p. 298.

**[155] Explicaciones que deben dar las EC a sus clientes.** En materia de explicaciones a los clientes, el art. 9 Orden EHA/2899/2011 exige su otorgamiento bajo determinadas condiciones. La norma se vincula con la información precontractual porque esta suele trasladarse al cliente por las EC, aparte de por medio de los documentos típicamente informativos, mediante las explicaciones que empresas le proporcionan a través de sus comerciales.

En cuanto a las características exigidas a las explicaciones que deben facilitarse a los clientes, habrán de ser adecuadas y suficientes. Por lo que respecta al contenido exigido, dichas explicaciones deben extenderse a la aclaración del contenido de la información y de las comunicaciones disciplinadas por la Orden, y a indicarle al cliente las consecuencias que la celebración de un contrato puede acarrearle. El propósito de estas explicaciones es que el cliente pueda “comprender los términos esenciales de todo servicio bancario ofertado y adoptar una decisión informada, teniendo en cuenta sus necesidades y su situación financiera”<sup>756</sup>.

El deber de explicar que recae sobre las EC está desarrollado en la Norma quinta de la Circular 5/2012. Su nº 1 apunta que dicho deber opera antes del inicio de cualquier relación contractual, incluyéndose las operaciones y servicios en que no se haya contemplado legalmente una información precontractual en particular. A continuación, precisa las concretas explicaciones que deben darse al cliente en relación con determinadas operaciones. El nº 2 señala los productos y servicios ofrecidos al cliente respecto de los cuales la diligencia en las explicaciones debe extremarse (por ejemplo, los que impliquen riesgos especiales o involucren obligaciones onerosas). Esto último, con la finalidad de que el cliente pueda comprender las características de aquellos y de que sea capaz de proceder a una decisión informada y evaluar, en conformidad a sus conocimientos y experiencia, la adecuación a sus intereses. Al mencionado efecto, las EC habrán de recabar del cliente los datos adecuados acerca de sus necesidades y situación financiera, debiendo acomodar las informaciones que le proporcionen a dichos datos. Así, las EC, para ilustrar correctamente a sus clientes en relación con determinados productos o servicios, deberán informarse para informar<sup>757</sup>.

---

<sup>756</sup> Cfr. MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Nuevo régimen”, p. 12; MARTÍNEZ PÉREZ-ESPINOSA, A., “Orden”, p. 281; MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P., “Nulidad”, p. 12; PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, pp. 421s.; y SÁNCHEZ MONJO, M., “El nuevo”, pp. 297s.

<sup>757</sup> En las operaciones de activo, pasivo o servicios contempladas por el anejo 1 de la Circular 5/2012 (referido a la información trimestral sobre comisiones y tipos practicados u ofertados de manera más habitual en las operaciones más frecuentes con los perfiles de clientes más comunes que sean personas físicas), las explicaciones deberán versar sobre la existencia de dicho anejo, su contenido y el lugar en que puede consultarse. En los préstamos o créditos, las explicaciones deberán contemplar datos que permitan al cliente entender la forma de cálculo de las cuotas y de otros posibles costes o penalizaciones, y, también, una clara descripción de las obligaciones asumidas por aquel y de las consecuencias derivadas de su incumplimiento. En el caso de los avalistas de tales contratos, se debe informar a estos detalladamente del contenido de sus obligaciones y de las responsabilidades que asumen. Los casos en que la diligencia en las explicaciones debe extremarse son los de productos o servicios: “a) que impliquen riesgos especiales, como, por ejemplo, el de una remuneración nula en los depósitos estructurados o híbridos con garantía del principal, o el de un potencial aumento significativo del coste del préstamo como consecuencia de sus características específicas; b) o que, para su correcta apreciación por parte del cliente, requieran la evaluación de múltiples aspectos, tales como la evolución (pasada o futura) de índices de referencia o del precio de productos vinculados cuya contratación resulte necesaria; c) o que, como resultado de su cuantía y duración, entrañen obligaciones para el cliente que puedan resultar especialmente onerosas; d) o cuya comercialización se acompañe de una recomendación personalizada, especialmente en el caso de campañas de distribución masiva de productos o servicios mencionados en las letras precedentes”. Adicionalmente, el art. 8 Orden EHA/2899/2011 regula las comunicaciones a los

**[156] Información exigida como contenido de los formularios contractuales.** El art. 7 Orden EHA/2899/2011 se refiere a la información contractual. Debe tenerse en cuenta, una vez más, que las EC, antes de la contratación, suelen exhibir a los clientes los formularios contractuales que pueden terminar siendo suscritos por ellos, de manera que dichos formularios operan como instrumento de información precontractual, así como oferta de contrato.

El nº 3 del art. menciona con detalle los contenidos que deben cumplir los contratos relativos a captación de fondos reembolsables (destacadamente, depósitos) y de concesión de crédito y préstamo. Estas menciones resultan aplicables también, en la medida en que proceda y conforme a las precisiones que pueda establecer el BdeE, a los demás contratos regulados por la Orden<sup>758</sup>.

La Norma décima de la Circular 5/2012 desarrolla con detalle el contenido mínimo de los contratos bancarios, salvo el de los de crédito al consumo (que se rigen por la LCCC y supletoriamente por la Orden y la Circular), servicios de pago y crédito y préstamo

---

clientes. Esta cuestión se vincula con el tema de la información precontractual porque, aun cuando dicho precepto no lo expresa, dentro de tales comunicaciones pueden hallarse algunas que sean remitidas con anterioridad a la celebración de un contrato, sobre todo a clientes concretos que ya tengan contratados servicios o productos con la respectiva EC. El nº 1 del precepto contempla los requisitos que deben cumplir las comunicaciones dirigidas a los clientes en los términos previstos por la normativa pertinente. Ellos se traducen en la materialización de determinadas características, positivas y negativas. En cuanto a las primeras, la información trasladada al cliente por medio de una comunicación debe ser, primero, *clara y fiel*, por lo que atañe a los términos en que se desarrollan los servicios. Segundo, debe ser *suficiente*, en orden a la comprensión adecuada de los términos esenciales del servicio por el destinatario más habitual de la misma. En cuanto a las negativas, la información proporcionada mediante una comunicación no debe descartar beneficios potenciales del servicio ocultando los riesgos inherentes al mismo ni omitir o desnaturalizar información relevante. Cfr. CARRASCO PERERA, Á., “Novedades”, p. 3; MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Nuevo régimen”, pp. 10s. (consignando la mayor amplitud de la Orden en relación con la anterior, al regular el contenido de toda comunicación y no solo el documento explicativo de las liquidaciones de intereses); MARTÍNEZ PÉREZ-ESPINOSA, A., “Orden”, p. 281; MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P., “Nulidad”, pp. 12s.; y SÁNCHEZ MONJO, M., “El nuevo”, pp. 292s.

<sup>758</sup> Las referidas menciones son las siguientes: “a) El tipo de interés nominal, la TAE u otra expresión equivalente del coste o remuneración total efectivos en términos de intereses anuales, conforme a lo que a estos efectos establezca el Banco de España teniendo en cuenta, en su caso, el valor pecuniario de toda remuneración en especie./ b) La periodicidad con que se producirá el devengo de intereses, las fechas de devengo y liquidación de los mismos, la fórmula o métodos utilizados para obtener, a partir del tipo de interés nominal o de los otros factores del coste o la remuneración que resulten pertinentes, el importe de los intereses devengados y, en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo de dicho importe./ c) Las comisiones y gastos repercutibles que sean de aplicación, con indicación concreta de su concepto, cuantía, fechas de devengo y liquidación, así como, en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo del importe de tales conceptos./ d) La duración del depósito o préstamo o crédito y, en su caso, las condiciones para su prórroga./ e) Las normas relativas a las fechas valor aplicables./ f) Los derechos y obligaciones que correspondan a la entidad de crédito para la modificación del tipo de interés pactado, o para la modificación de las comisiones o gastos repercutibles aplicados; y los derechos de que, en su caso, goce el cliente cuando se produzca tal modificación./ g) Los derechos y obligaciones del cliente en cuanto a la cancelación del depósito o préstamo o al reembolso anticipado del mismo y el coste total que el uso de tales facultades supondrían./ h) Las consecuencias para el cliente del incumplimiento de sus obligaciones, especialmente, del impago en caso de crédito o préstamo./ i) Los demás que establezca el Banco de España”. V. CARRASCO PERERA, Á., “Novedades”, p. 2; MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Nuevo régimen”, pp. 8-10; MARTÍNEZ PÉREZ-ESPINOSA, A., “Orden”, pp. 280s.; PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, pp. 419s.; y SÁNCHEZ MONJO, M., “El nuevo”, pp. 299s. Adicionalmente, el art. 17.2 de la Orden obliga a las EC a informar en los documentos contractuales sobre servicios bancarios de depósito acerca del Fondo de Garantía de Depósitos. V. también el art. 16, relativo al contenido de los “Depósitos a plazo con garantía del principal”. Cfr. PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, p. 422.

hipotecario. El precepto está en el capítulo referido a la información precontractual, lo que avala la idea de que, antes de la formación del consentimiento, los documentos contractuales deben ser considerados como soporte informativo.

A tenor de la referida norma, el contenido de los contratos debe constar de forma clara y explícita. Además, deberán redactarse de manera clara y comprensible para el cliente. Asimismo, serán un reflejo fiel de las estipulaciones que resulten necesarias en orden a una regulación correcta de la respectiva relación. A su vez, evitarán la utilización de tecnicismos, debiendo explicarse adecuadamente su significado en caso de no ser posible. Y, en fin, no incorporarán conceptos innecesarios o irrelevantes a efectos de su correcta aplicación e interpretación.

**[157] Regla general para informaciones, documentos y comunicaciones.** El art. 11 Orden EHA/2899/2011 se aplica a todas las informaciones, documentos y comunicaciones dirigidos a los clientes, debiendo también cumplirse, por tanto, cuando sean precontractuales. El precepto agrega algunos requisitos en materia de características y medio de transmisión de la información.

En cuanto a las primeras, las informaciones, documentos y comunicaciones deberán estar redactados de manera fácilmente comprensible y de forma claramente legible, en alguno de los idiomas mencionados en la disposición. El medio de otorgamiento de la información debe consistir en un papel, un formato electrónico u otro soporte duradero. Finalmente, se contempla la posibilidad de que el BdeE exija el empleo de un formato, tipo de letra o comunicación especialmente resaltada en orden a destacar a los clientes los elementos esenciales de las informaciones referidas a comisiones, tipos de interés, publicidad e información precontractual<sup>759</sup>.

La Norma séptima de la Circular 5/2012 señala las informaciones que se deben resaltar. En la información sobre las operaciones a cuyo respecto la Circular regula específicos contenidos informativos (señalados en la Norma sexta), deben destacarse todos los conceptos y datos mencionados en el anejo 3, sin que puedan resaltarse otros. Corresponde a las EC decidir, según las características físicas o virtuales de la información, la mejor forma de hacerlo, a fin de llamar la atención del cliente. La correspondiente información debe resaltarse del mismo modo (sin que pueda utilizarse idéntico medio para resaltar otra), incluir una advertencia en la cabecera del documento acerca de que la destacada es especialmente relevante y utilizar un tamaño apropiado de letra.

**[158] Información precontractual en los contratos bancarios pasivos.** Ahora bien, considerando que ni la Orden EHA/2899/2011 ni la Circular 5/2012 contienen disposiciones específicas acerca de la información precontractual que deben otorgar las EC a sus clientes personas físicas en los contratos bancarios pasivos (el art. 7 solo regula la información contractual), a ellos deberían aplicarse las reglas generales previamente estudiadas.

No existe inconveniente para aplicar a dichos contratos las normas sobre explicaciones a clientes y formularios contractuales, así como la regla común en materia de

---

<sup>759</sup> V., respecto del art. 11 de la Orden, CARRASCO PERERA, Á., “Novedades”, p. 3; MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Nuevo régimen”, p. 13; MARTÍNEZ PÉREZ-ESPINOSA, A., “Orden”, p. 281; y SÁNCHEZ MONJO, M., “El nuevo”, pp. 292s.

informaciones, documentos y comunicaciones. El problema se presenta con la regla general en materia de información precontractual: el art. 6 Orden EHA/2899/2011. Según vimos, este precepto, aun cuando exige determinadas características a la información, no establece cuál debe ser su contenido, señalando únicamente que se deberá proporcionar al cliente toda la información legalmente exigible. En aplicación del precepto, en el caso de los clientes consumidores habrán de regir las normas del TRLGDCU previamente estudiadas y en el de los consumidores que contraten a distancia, las de la LCDSFDC. Así, el problema queda circunscrito al caso de los clientes personas físicas que no sean consumidores, círculo de sujetos que no cuenta con una ley que regule la información precontractual en los contratos bancarios pasivos. A su vez, cabe recordar que la Orden EHA/2899/2011 y la Circular 5/2012 no resultan aplicables a los clientes personas jurídicas, a cuyo respecto no existe una normativa que discipline la información precontractual en materia de contratos bancarios y, por lo tanto, de contratos bancarios pasivos, sin perjuicio de la aplicación del TRLGDCU respecto de los clientes que sean consumidores.

Teniendo en cuenta lo apuntado *supra* § 41, tratándose de clientes cuyos conocimientos, experiencia o cualificación les impidan comprender satisfactoriamente una operación, sean personas físicas o jurídicas, las EC deberán informarles acerca de las presuposiciones contractuales, principalmente sobre los aspectos económicos del negocio jurídico. Así, en los contratos de depósito a la vista (cuentas corrientes y de ahorro) deberán informarles acerca de las comisiones aplicadas (de mantenimiento y administración) y de la remuneración de los mismos. Y en los contratos de depósito a plazo fijo deberán informarles acerca del plazo de los mismos, su rentabilidad, la periodicidad de la liquidación de intereses y su liquidez.

## ii. Información general al público

### **[159] Conexión entre información general al público e información precontractual.**

Los arts. 3.2 y 4.2 Orden EHA/2899/2011 disciplinan las informaciones a proporcionar respecto de comisiones y tipos de interés, respectivamente. Se trata de normas referidas a informaciones que deben estar a disposición del público en general en todo momento. Así, en sentido estricto, no constituyen reglas sobre información precontractual, ya que la correspondiente información no es que deba entregarse con miras a la celebración de un contrato en concreto, sino que debe mantenerse permanentemente a disposición del público.

Sin embargo, las menciones referidas por tales preceptos se relacionan con la información precontractual porque se trata de datos que, aparte de deber estar a disposición de los clientes en tanto que información dirigida al público en general, deben estarlo cuando en concreto los clientes personas físicas los requieran con miras a la celebración de un contrato. En efecto, se trata de informaciones cuyo otorgamiento resulta exigible por variadas normas legales que disciplinan la entrega de datos acerca de las cuestiones más relevantes del contrato cuya celebración se proyecta, sobre todo acerca de los costes totales del mismo (*v. gr.*, art. 60.2 TRLGDCU).

En el anterior sentido, el art. 6 de la Orden EHA/2899/2011 exige a las EC proporcionar a sus clientes toda la información requerida legalmente, a fin de que estos puedan proceder a una decisión informada y comparar ofertas similares. Adicionalmente, la ilustración a los clientes en torno a los referidos extremos resulta exigible con arreglo al

art. 9 de la mencionada Orden, que, según vimos, disciplina las explicaciones que deben otorgarse a aquellos. Luego, a tenor del art. 7, los datos relativos a comisiones, gastos y tipos de interés deben figurar en los documentos contractuales, que suelen exhibirse a los clientes antes de la contratación y gracias a los cuales ellos pueden conocer el régimen al que eventualmente se someterán.

Adviértase, adicionalmente que, aun cuando por lo general los conceptos que permiten determinar el coste total del un producto o servicio financiero (*v. gr.*, los intereses remuneratorios) no deben ser objeto ni del control de incorporación ni del de contenido (al ser parte de los elementos esenciales del contrato), sí pueden serlo de la evaluación de la transparencia de las respectivas cláusulas en orden a determinar si resultan abusivas o no. En este sentido, resulta relevante tener en cuenta que la STS (Sala de lo Civil, Pleno) 9-5-13 declara abusiva la cláusula suelo en unos contratos de préstamo con garantía hipotecaria a interés variable por falta de transparencia derivada de la ausencia de una información suficiente<sup>760</sup>.

**[160] Requisitos de la información sobre comisiones y gastos.** En materia de comisiones cobradas por las EC a las personas físicas, la Orden EHA/2899/2011 se aplica solo a las “habitualmente percibidas por los servicios que prestan con mayor frecuencia”<sup>761</sup>. En cuanto a los gastos, se aplica a los repercutidos en dichos servicios.

Considerando la relevancia de las comisiones y gastos a los efectos de la celebración de un contrato, la información respecto de los conceptos no referidos por el mencionado precepto debería proporcionarse igualmente a las personas físicas, en atención a lo prescrito por el art. 9 (sobre explicaciones adecuadas). Adicionalmente, tratándose de clientes personas físicas que sean consumidores, resulta aplicable el TRLGDCU, así como la LCCC y la LCDSFDC, que contienen detalladas exigencias sobre información precontractual en relación con los costes totales de un servicio. Por lo demás, la información relativa a comisiones les permite a los clientes valorar todas las circunstancias relevantes y decisivas en su voluntad de contratar<sup>762</sup>.

En cuanto a las características de la información relativa a comisiones y gastos, debe ser gratuita, actualizada, permanente e incorporar, de manera sencilla y que facilite la comparación entre entidades, determinado contenido. En cuanto a este, las EC deben informar a sus clientes acerca de los extremos que devengan comisión, su periodicidad de aplicación y su importe (de forma desagregada por período). El medio de transmisión de la información debe consistir en un formato unificado en conformidad a los términos requeridos por el BdeE. Dicho formato debe estar permanentemente a disposición de los clientes en los establecimientos comerciales de las EC, en sus páginas electrónicas y en la del BdeE<sup>763</sup>.

---

<sup>760</sup> La sentencia está comentada en ACHÓN BRUÑÉN, M<sup>a</sup>. J., “Cláusulas”, s/p; CORDERO, E., “Nulidad” y “Cláusula”; GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup>. del C., “STS 9 de mayo de 2013”; PLAZA PENADÉS, J., “Delimitación”; y SÁNCHEZ MARTÍN, C., “El control”.

<sup>761</sup> V. PINILLOS LORENZANA, Á., “La protección”, p. 85. Resulta criticable que las EC puedan cumplir con la norma poniendo a disposición del cliente solo las referidas comisiones, mas no las concretas que cobran o le vayan a cobrar, sin que aquel pueda enterarse previamente de su cuantía exacta. GOMÁ LANZÓN, F., “Análisis”, s/p.

<sup>762</sup> V. MENDOZA LOSANA, A., “Información precontractual”, p. 25 (respecto de las comisiones relativas a los medios de pago).

<sup>763</sup> Anteriormente, la Orden 12-12-1989 (art. 6) y la Circular 8/1990 (Norma tercera) concedían al BdeE la facultad de verificar que las tarifas de comisiones fuesen redactadas de manera clara, concreta y

**[161] Requisitos de la información sobre tipos de interés.** En materia de información acerca de los tipos de interés proceden, a tenor de la Orden EHA/2899/2011, consideraciones idénticas a las vertidas a propósito de la información relativa a comisiones y gastos. Por esto es que respecto de su ámbito de aplicación (clases de tipos de interés), de las características de la información y del medio de transmisión de la misma, doy por reproducidas dichas consideraciones. Por lo que respecta al contenido de la información, este ha de referirse a los tipos de interés. En relación con estos se debe informar, en particular, acerca de la TAE, debiendo explicitarse la fórmula utilizada para obtener la correspondiente información en este sentido<sup>764</sup>.

**[162] Aplicación de la información general al público en relación con los clientes que sean personas jurídicas.** En el caso de los clientes que sean personas jurídicas (a quienes, como sabemos, no se aplica la Orden EHA/2899/2011), en cuanto a comisiones, gastos y tipos de interés, no existe una norma general que obligue a entregarles información respecto de tales conceptos, salvo cuando se estime que con arreglo al TRLGDCU ostentan la condición de consumidores, en cuyo caso se aplica el propio TRLGDCU. Adicionalmente, suponiendo que la información sobre tales aspectos sea proporcionada a una persona jurídica (de forma espontánea o previa solicitud del cliente) serán aplicables, en su caso, los requisitos de incorporación de la LCGC.

De manera que queda la duda acerca de si las EC deben proporcionar a las personas jurídicas que no sean consumidores la información referida a las comisiones, gastos y tipos de interés. En mi opinión, la circunstancia de que las personas jurídicas no hayan sido protegidas ni por la Orden EHA/2899/2011 ni por la normativa sobre consumo no impide que las EC les deban informar acerca de tales extremos a aquellas cuyos

---

fácilmente comprensible para los clientes, cuando las EC se las remitieran antes de aplicarlas. Acerca de las comisiones en la Orden EHA/2899/2011 v. CARRASCO PERERA, Á., “Novedades”, p. 1s.; MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Nuevo régimen”, pp. 5s.; MARTÍNEZ PÉREZ-ESPINOSA, A., “Orden”, pp. 279s.; PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, pp. 418s.; y SÁNCHEZ MONJO, M., “El nuevo”, pp. 291s.

<sup>764</sup> Respecto de los tipos de interés en la Orden v. CARRASCO PERERA, Á., “Novedades”, p. 2; MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Nuevo régimen”, pp. 6s.; PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, p.419; y SÁNCHEZ MONJO, M., “El nuevo”, p. 292. La Norma tercera de la Circular 5/2012 desarrolla la cuestión de la información pública sobre tipos de interés y comisiones. Establece que las EC deberán publicarlos, en relación con las operaciones desarrolladas en cada trimestre natural, en el formato contenido en el anejo 1. La publicación debe llevarse a cabo en los establecimientos comerciales y en las páginas de Internet, en conformidad a los requisitos formales establecidos a continuación por la disposición. Las informaciones acerca de tipos de interés y comisiones distintos de los referidos expresamente no se incluirán en la publicación, sin perjuicio de que se reflejen en los contratos y de lo prescrito legalmente en materia de explicaciones adecuadas e información precontractual. Si la entidad ofrece habitualmente otros productos o servicios podrá elaborar una adenda complementaria al respecto, siempre que lo haya comunicado previamente al BdeE. La Norma sexta segundo párrafo de dicha Circular establece que antes de la prestación de un servicio bancario las EC deberán indicar a los clientes “de forma clara y gratuita, el importe de las comisiones que se le adeudarán por cualquier concepto y de todos los gastos que se le repercutirán”. Agrega que en los préstamos, en el caso de comisiones o gastos de estudio, tramitación u otros semejantes, generados por su concesión, que no se incluyan en una única comisión de apertura, deberán desglosarse de forma precisa los diversos conceptos a los que correspondan y sus montantes. En relación con la información sobre tipos de interés, comisiones y recargos aplicables en caso de EC que permitan descubiertos tácitos en sus cuentas de depósito o excedidos tácitos en las de crédito v. el art. 4.3 Orden EHA/2899/2011 y la Norma tercera apartados 2 y 3 de la Circular; con la información al público sobre tipos de cambio, la Norma cuarta de la Circular; y con la información sobre comisiones en servicios prestados a través de un medio de comunicación a distancia, un cajero automático u otro dispositivo similar, el art. 3 apartado 3 de la Orden.

conocimientos, experiencia o cualificación (en rigor, los de sus representantes) les impidan comprender las repercusiones de la respectiva operación, en aplicación de los principios jurídicos y económicos que fundamentan la obligación precontractual de informar<sup>765</sup>. Recuérdese que respecto de tales clientes he defendido en este trabajo la existencia de la obligación general de informar de las EC acerca de las presuposiciones contractuales. No obstante, lo óptimo sería, en orden a dar vigencia al principio de seguridad jurídica, que existieran disposiciones que impongan expresamente a las EC la obligación de informar acerca de los mencionados extremos a las personas jurídicas que se encuentren en la referida situación.

### c. Préstamo hipotecario<sup>766</sup>

#### i. Información general

**[163] Síntesis. FIPRE y FIPER.** Uno de los servicios bancarios sometidos a una mayor exigencia de detalle en materia de información precontractual es el de los créditos y préstamos hipotecarios, atendida la situación de especial desventaja informativa en que, por lo común, se encuentran los clientes que los contratan<sup>767</sup>.

La Orden EHA/2899/2011 disciplina esta cuestión centrándose en la regulación del medio de transmisión de la información<sup>768</sup>. Así, impone la obligación de trasladarla a los clientes a través de determinadas “fichas”: FIPRE -art. 21- y FIPER -art. 22-<sup>769</sup>. Estos preceptos determinan las características de la información que deben proporcionar las EC a sus clientes mediante aquellas fichas, mientras que los anexos referidos a cada una de estas mencionan su contenido. La FIPRE se refiere a la información que debe proporcionarse al cliente antes de que entregue los antecedentes respecto de sus

---

<sup>765</sup> V. RODRÍGUEZ MASEDA, J. C., “Las operaciones bancarias”, pp. 606s., basándose en la buena fe y en las buenas prácticas bancarias.

<sup>766</sup> La Ley 2/2009, de 31-3, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito (BOE 1-4-09, nº 79) también contiene disposiciones relativas a información precontractual (arts. 4, 5, 6, 12, 13, 14, 19 y 20). Sin embargo, por disponerlo su art. 1.2, no se aplica a las EC. Así, se presenta el contrasentido de que los contratos del señalado tipo celebrados con estas empresas, que son la mayoría, no se rigen por la mencionada normativa. V. a su respecto MONTES RODRÍGUEZ, M<sup>a</sup>. P., “Novedades”, pp. 900-907; PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, p. 426; y PETIT LAVALL, M<sup>a</sup>. V., “El régimen”, (especialmente las pp. 914-921, en que trata la información precontractual).

<sup>767</sup> NASARRE AZNAR, S., “II-3:101-II-3:103”, pp. 216s.

<sup>768</sup> La Orden solo se aplica, en conformidad a su art. 19.1, a los préstamos celebrados con personas físicas “en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir”. Así, se dejan fuera, sin justificación, los celebrados con pequeñas sociedades y con personas físicas que realicen actividades empresariales, que también se encuentran en posición de desigualdad frente a las EC. En todo caso, el nº 4 del mencionado art. señala que el BdeE podrá adaptar los requerimientos informativos a otros préstamos diversos de los del apartado 1 que tampoco estén incluidos en la LCCC. V. PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, p. 423.

<sup>769</sup> Adicionalmente, el art. 20 señala que el BdeE debe confeccionar una “*Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario*”, a objeto de que los clientes cuenten, antes de la formalización del contrato, con información adecuada para proceder a sus decisiones de financiación. Dicha guía debe estar disponible en todos los establecimientos comerciales de las EC, en sus páginas electrónicas y en la del BdeE, y encontrarse a disposición de los clientes en todo momento de forma gratuita. Cfr. PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, p. 423. V. también el art. 32.c. de la Orden (“*Guía de Acceso a la Hipoteca Inversa*”). Cfr. SÁNCHEZ MONJO, M., “El nuevo”, p. 294.



necesidades de financiación, situación financiera y preferencias. La FIPER concierne a la que se le debe otorgar una vez que haya facilitado dichos antecedentes<sup>770</sup>.

**[164] Características exigidas a la información.** En cuanto a las características exigidas a la información, la que debe proporcionarse en la FIPRE debe ser clara y suficiente (en relación con los préstamos que se ofrecen), gratuita y encontrarse a disposición de los clientes en todos los canales de comercialización. Se trata de una información de carácter orientativo. A su vez, la que debe otorgarse en la FIPER ha de ser la necesaria para dar contestación a la solicitud de crédito del cliente. La finalidad del otorgamiento de información a través de ella es que el cliente pueda comparar los distintos préstamos disponibles en el mercado, sopesar sus implicaciones y tomar una decisión fundada acerca de la contratación. Además, la información debe ser gratuita y proporcionada “con la debida antelación y, en todo caso, antes de que el cliente quede vinculado por cualquier contrato u oferta”.

**[165] Contenido exigido a la información.** Por lo que respecta al contenido de las aludidas fichas, el de la FIPRE lo señala el Anexo I de la Orden y el de la FIPER, el II. Ambos están detallados de manera exhaustiva<sup>771</sup>.

El contenido de la FIPRE debe estar referido a los datos concernientes a la EC, las características del préstamo, el tipo de interés, los productos o servicios vinculados, los gastos preparatorios, la TAE (que permite apreciar el coste efectivo de la operación), el coste total del préstamo y la amortización anticipada.

El contenido de la FIPER debe estar referido a los mismos extremos de forma particularizada en relación con el respectivo cliente. Y, asimismo, a la periodicidad y número de pagos, el importe de cada cuota hipotecaria, el derecho de subrogación (en caso de que proceda), el Departamento de Atención al Cliente, el SRBE, las consecuencias para el cliente de los incumplimientos de los compromisos vinculados con el préstamo, la información adicional en caso de contratación a distancia y los riesgos y advertencias relativos al préstamo hipotecario.

En relación con cada uno de los extremos a cuyo respecto se debe informar en cada ficha se mencionan una serie de datos específicos. En el anejo 3 de la Circular 5/2012 (1.4 apartados 1, 2 y 3) se señalan las informaciones que deben resaltarse en ambas fichas.

Por otra parte, el art. 29.1 Orden EHA/2899/2011 dispone que los documentos contractuales de formalización de los préstamos hipotecarios deberán contener, separadas de las demás, las cláusulas financieras cuyo contenido mínimo deberá ajustarse al de la FIPER. El precepto confirma que los documentos contractuales que se exhiben al cliente antes de la formación del consentimiento constituyen un soporte informativo<sup>772</sup>.

---

<sup>770</sup> V. PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, pp. 423s.

<sup>771</sup> V. GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup>. del C., “STS 9 de mayo de 2013”, p. 12 (respecto del Anexo II).

<sup>772</sup> El art. 30.2 le concede al cliente el derecho para examinar la escritura pública de préstamo en el despacho del notario durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento. Este precepto confirma nuevamente que antes de su suscripción el formulario contractual opera como información precontractual. Adicionalmente, en conformidad al art. 30.3, también incumben a los notarios obligaciones de carácter informativo antes del contrato. En relación con la normas de la Orden sobre información en materia de préstamos hipotecarios (precontractual y contractual) v. CARRASCO PERERA, Á., “Novedades”, pp.

**[166] Medio de transmisión de la información.** En cuanto al medio de transmisión de la información, aparte de la preceptiva utilización de las correspondientes fichas, toda información adicional que se facilite al cliente ha de figurar en un documento separado que debe adjuntarse a la FIPER (art. 22.3 Orden EHA/2899/2011)<sup>773</sup>.

## ii. Información y oferta vinculante

**[167] Oferta vinculante como soporte de información precontractual.** El art. 23 Orden EHA/2899/2011 se refiere a la oferta vinculante del préstamo hipotecario. El cliente tiene derecho a solicitar su entrega una vez cumplidos determinados requisitos (en el caso de la hipoteca inversa la entrega es obligatoria aunque no se solicite -art. 32.a-)<sup>774</sup>. Considerando que la oferta es un soporte de información precontractual, resulta clara la relevancia del aludido precepto. Por lo demás, el art. se encuentra dentro de la sección de la Orden relativa a la información precontractual en materia de préstamo hipotecario.

La oferta vinculante se debe proporcionar al cliente en una FIPER (distinta de la general) que debe dar cumplimiento a los contenidos mencionados en el Anexo II de la Orden. En ella se debe especificar, además, que se trata de una oferta de tal tipo, así como su plazo de vigencia. Si la oferta vinculante se hace al mismo tiempo que se facilita la FIPER general y coincide íntegramente con su contenido, puede entregarse en un único documento. Toda información adicional facilitada al cliente en la oferta vinculante debe constar en un documento separado que se adjuntará a la FIPER<sup>775</sup>. En caso de que la EC haya entregado al cliente una oferta vinculante, cuyas condiciones, por cualquier motivo legalmente admisible, fuesen discrepantes con las del documento

---

1s.; MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Nuevo régimen”, pp. 5s.; MARTÍNEZ PÉREZ-ESPINOSA, A., “Orden”, pp. 279s.; PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, pp. 423-426; y SÁNCHEZ MONJO, M., “El nuevo”, pp. 293-296 y 300. V., asimismo, a nivel europeo, el “Código de conducta voluntario sobre información precontractual para créditos vivienda”. También, la Recomendación 2001/193/CE de la Comisión, de 1-3-01, relativa a la información precontractual que debe suministrarse a los consumidores por los prestamistas de créditos vivienda -DOUE 10-3-01, L 69- (v. AA.VV., CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *El Derecho*, p. 134). Ella avala, en su considerando 3, el mencionado código, conteniendo en su Anexo II una ficha europea de información normalizada. Y, en fin, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial (COM (2011) 142 final, de 31-3-11). En esta última destacan los arts. 5 (“Normas de conducta en la concesión de crédito al consumidor”), 7 (“Disposiciones generales aplicables en materia de publicidad y comercialización”), 8 (“Información básica que deberá figurar en la publicidad”), 9 (“Información precontractual”), 10 (“Requisitos de información en relación con los intermediarios de crédito”), 11 (“Explicaciones adecuadas”) y 17 (“Normas de asesoramiento”). Cfr., respecto de los referidos instrumentos comunitarios, NASARRE AZNAR, S., “II-3:101-II-3:103”, pp. 216s. Puede consultarse también el art. 6 del Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley 22/2012, de 20-7, del Código de Consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en las relaciones de consumo en el ámbito de créditos y préstamos hipotecarios (...). Este Anteproyecto agrega un Título VI al Libro II de dicho código. Su Capítulo II disciplina las “Obligaciones de información previa” y el III, las “Explicaciones adecuadas” y la “Evaluación de la solvencia de la persona consumidora”.

<sup>773</sup>El art. 32 de la Orden regula el “Régimen de transparencia” en materia de hipoteca inversa, remitiendo su letra c) a los Anexos III y IV en cuanto a los contenidos de la FIPRE y la FIPER, respectivamente. Cfr. PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, p. 426.

<sup>774</sup> Crítico con esta solución, teniendo en cuenta que la Orden 5/5/1994 exigía la entrega obligatoria de la oferta vinculante y que el art. 16 Ley 2/2009 lo exige respecto de otros prestamistas, GOMA LANZÓN, F., “Análisis”, s/p. V. también SÁNCHEZ MONJO, M., “El nuevo”, p. 295.

<sup>775</sup> Acerca de la oferta vinculante en la Orden v. PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, p. 424; y SÁNCHEZ MONJO, M., “El nuevo”, p. 295.

contractual definitivo, deberá prevenirle de forma clara y expresa acerca de esta circunstancia (Norma quinta, nº 3, Circular 5/2012).

### iii. Información relativa a tipos de interés

[168] **Síntesis.** La Orden EHA/2899/2011 contiene importantes disposiciones acerca del contenido de la información precontractual respecto de los intereses en préstamos hipotecarios. Dichas disposiciones están situadas dentro de la sección relativa a la referida clase de información.

[169] **Información sobre instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés.** El art. 24 disciplina la “Información adicional sobre instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés”, que debe proporcionarse asimismo en un Anexo a la FIPER<sup>776</sup>. El precepto menciona con detalle el contenido de la información. Se trata de la naturaleza del instrumento (con aportación de datos particularizados dependiendo de ella –prima, liquidaciones periódicas y metodología de cálculo del coste de cancelación anticipada, en ambos casos, con presentación de los diversos escenarios de tipos de interés-); su duración; las condiciones para su prórroga o renovación; y otras características del instrumento que pueda establecer el BdeE<sup>777</sup>.

[170] **Información sobre cláusulas suelo y techo.** El art. 25 indica que en caso de préstamos con establecimiento de límites a la variación del tipo de interés (cláusulas suelo y techo), se deben contener en un Anexo de la FIPER el tipo de interés y la cuota de amortización mínima y máxima<sup>778</sup>.

<sup>776</sup> Los arts. 19 RDL 2/2003 y 19 Ley 36/2003 obligan a las EC a informar a sus deudores hipotecarios que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable acerca de los instrumentos de cobertura del riesgo de aumento del tipo de interés que tengan disponibles y a ofrecer al menos un instrumento de esta índole a quienes soliciten la contratación de los referidos préstamos. Las características de tal instrumento deben constar en las ofertas vinculantes y demás documentos informativos contemplados en las normas de ordenación y disciplina referidas a la transparencia de préstamos hipotecarios dictadas en virtud del art. 48.2 LDIEC. V. FARRANDO MIGUEL, I., “SWAPS”, p. 7; MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, pp. 55s. y 115s.; MORALEJO, I., “Las nomas”, pp. 380s.; y REDONDO TRIGO, F., “La nulidad”, pp. 625s.

<sup>777</sup> V. MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, pp. 115s.; MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P., “Nulidad”, pp. 10s.; PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, p. 424; y SÁNCHEZ MONJO, M., “El nuevo”, p. 296.

<sup>778</sup> V. GOMÁ LANZÓN, F., “Análisis”, s/p (criticando que la Orden no haga alusión a la posible ilegalidad de las “cláusulas suelo”, consideradas por varias sentencias como abusivas); PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, p. 424 (criticando que no se hayan establecido los límites entre el máximo y el mínimo en orden a una regulación equilibrada entre el acreedor y el deudor); y SÁNCHEZ MONJO, M., “El nuevo”, p. 296 (consignado que, pese a la conflictividad generada por tales cláusulas, declaradas abusivas por variadas sentencias, la Orden no las prohibió, siguiendo la línea trazada por otras resoluciones que no las consideraron abusivas). Acerca de algunas sentencias que han declarado la nulidad de las cláusulas suelo v. NASARRE AZNAR, S., “Malas prácticas”, p. 2675. En este sentido, cabe referir que la STS (Sala de lo Civil, Pleno) 9-5-13 declara abusivas las referidas cláusulas por falta de transparencia en el caso concreto (información insuficiente), pero las considera lícitas en términos generales si son transparentes (la sentencia está comentada en ACHÓN BRUÑÉN, M<sup>a</sup>. J., “Cláusulas”, s/p; CORDERO, E., “Nulidad” y “Cláusula”; GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup>. del C., “STS 9 de mayo de 2013”; PLAZA PENADÉS, J., “Delimitación”; y SÁNCHEZ MARTÍN, C., “El control”). Ahora bien, igualmente merecen mención otros preceptos de la Orden EHA/2899/2011 referidos a los intereses de los préstamos hipotecarios, que no se insertan en la sección relativa a la información precontractual. En primer lugar, el art. 26.2, referido a los préstamos a interés variable, en relación con los cuales se debe adjuntar a la FIPER un documento separado en que se haga especial referencia “a las cuotas periódicas a satisfacer por el cliente en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés. A estos efectos, se presentarán al menos tres cuotas de amortización, calculadas mediante el empleo de los niveles máximos,

#### iv. Función del notario

**[171] Información precontractual y papel del notario en los préstamos hipotecarios.** El art. 30.3 Orden EHA/2899/2011 establece que el notario, en atención a su condición de funcionario público y a su deber genérico de control de legalidad, deberá denegar la autorización del préstamo cuando no cumpla lo previsto en la Orden y la legalidad. Agrega la norma que dicho funcionario deberá informar al cliente del valor y alcance de las obligaciones que asume y, en cualquier caso, verificar que aquel ha recibido las informaciones consignadas por el precepto<sup>779</sup>.

Por su parte, introduciendo un mecanismo complementario, el art. 6 Ley 1/2013 dispone que cuando el prestatario sea una persona física, la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir y concurren determinadas circunstancias que el precepto especifica, se exigirá que la escritura pública contenga, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, con arreglo a lo que determine el BdeE, por la que el

---

medios y mínimos que los tipos de referencia hayan presentado durante los últimos quince años o el plazo máximo disponible si es menor”. Luego, el art. 27 indica cuáles son los tipos de interés oficiales que se deben publicar mensualmente en el BOE y estar disponibles en la página electrónica del BdeE, a efectos de ser aplicados en relación con las EC. La Norma decimocuarta de la Circular 5/2012 establece cuáles son los tipos de interés que se considerarán oficiales a efectos de aquel art., recogiendo su definición y forma de cálculo en el anejo 8 de dicha Circular. Cfr. PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, pp. 424s.

<sup>779</sup> Según el precepto, el notario deberá: “a) Comprobar si el cliente ha recibido adecuadamente y con la suficiente antelación la Ficha de Información Personalizada y, en su caso, si existen discrepancias entre las condiciones de la oferta vinculante y el documento contractual finalmente suscrito, e informar al cliente tanto de la obligación de la entidad de poner a su disposición la Ficha de Información Personalizada, como de aceptar finalmente las condiciones ofrecidas al cliente en la oferta vinculante dentro del plazo de su vigencia./ b) En el caso de préstamos a tipo de interés variable, comprobar si el cliente ha recibido la información prevista en los artículos 24, 25 y 26, y advertirle expresamente cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:/ 1.º Que el tipo de interés de referencia pactado no sea uno de los oficiales a los que se refiere el artículo 27./ 2.º Que el tipo de interés aplicable durante el período inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho período inicial el tipo de interés variable pactado para períodos posteriores./ 3.º Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo. En particular, el notario consignará en la escritura esa circunstancia, advirtiendo expresamente de ello al cliente e informándole, en todo caso, sobre:/ i) Los efectos de estos límites ante la variación del tipo de interés de referencia./ ii) Las diferencias entre los límites al alza y a la baja y, de manera especial, si se ha establecido únicamente un límite máximo a la bajada del tipo de interés./ c) Informar al cliente de cualquier aumento relevante que pudiera producirse en las cuotas como consecuencia de la aplicación de las cláusulas financieras pactadas. En particular deberá advertir de los efectos que la existencia, en su caso, de períodos de carencia tendría en el importe de las cuotas una vez finalizados tales períodos; así mismo, advertirá de la previsible evolución de las mismas cuando se hubieran pactado cuotas crecientes o cuando se hubiera previsto la posibilidad de interrumpir o posponer la amortización del préstamo./ d) Informar al cliente de la eventual obligación de satisfacer a la entidad ciertas cantidades en concepto de compensación por desistimiento o por riesgo de tipo de interés en los términos previstos en los artículos 8 y 9 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria./ e) En el caso de que el préstamo no esté denominado en euros, advertir al cliente sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio./ f) Comprobar que ninguna de las cláusulas no financieras del contrato implican para el cliente comisiones o gastos que debieran haberse incluido en las cláusulas financieras./ g) En el caso de hipoteca inversa deberá verificar la existencia del correspondiente asesoramiento independiente. En caso de que la formalización de la hipoteca inversa se realice en contra de la recomendación realizada por el asesoramiento independiente, se deberá advertir de este extremo al cliente./ h) Informar al cliente de los costes exactos de su intervención”. V. GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup>. del C., “STS 9 de mayo de 2013”, p. 12.

prestatario manifieste haber sido advertido adecuadamente de los posibles riesgos derivados del contrato<sup>780</sup>.

A fin de contextualizar adecuadamente esta nueva regla, cabe precisar que con arreglo al art. 145 (1) RN, cuando los notarios autorizan o intervienen un instrumento público deben dar fe de que el consentimiento de los otorgantes ha sido libremente prestado, así como de la sujeción del otorgamiento a la legalidad y voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes (v. también el art. 193 (3)). Adicionalmente, el art. 193 (2) RN señala que se entenderá que la lectura íntegra de la escritura a las partes por el notario, exigida por el art. 25 (3) de la Ley del Notariado, ha tenido lugar por el hecho de que aquel *comunique su contenido* “con la extensión necesaria para el cabal conocimiento de su alcance y efectos, atendidas las circunstancias de los comparecientes”.

A mayor abundamiento, conforme al art. 23.1 LCGC, los notarios deben advertir, en el ámbito de sus competencias, de la aplicabilidad de dicha ley, tanto en sus aspectos generales como en cada supuesto concreto sometido a su intervención. Asimismo, conforme al nº 2, aquellos funcionarios están obligados a velar por el cumplimiento de los requisitos de inclusión de los arts. 5 y 7 en los documentos que autoricen. En fin, el art. 81.2 TRLGDCU, dispone que dichos funcionarios deben informar a los consumidores en los asuntos propios de su especialidad o competencia<sup>781</sup>.

En definitiva, el notario debe otorgar al prestatario, básicamente, toda la información relevante respecto del coste total del préstamo y de las consecuencias económicas que puede revestir. Destaca, sin duda, la relativa a las cláusulas sobre limitación a la variación del tipo de interés (suelo y techo), cobertura del riesgo de tipo de interés y concesión del préstamo en una o varias divisas<sup>782</sup>.

#### d. Crédito al consumo

**[172] Normativa aplicable y finalidad.** También la LCCC disciplina con minuciosidad obligaciones precontractuales de información aplicables a las EC respecto de sus clientes consumidores<sup>783</sup>. La aplicación de dicha ley, a tenor de su Disposición final primera, debe entenderse sin perjuicio de la aplicación de la normativa sectorial, siempre que no se oponga a las previsiones de aquella. Así, aparte de la LCCC, debe aplicarse al contrato por ella regido la Orden EHA/2899/2011. El art. 33 de esta señala

---

<sup>780</sup> Las referidas circunstancias son las siguientes: “a) que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza;/ b) que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés, o bien;/ c) que se concedan en una o varias divisas”.

<sup>781</sup> V. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos”, p. 1674.

<sup>782</sup> Acerca de la autorización notarial de los préstamos con garantía hipotecaria v. NASARRE AZNAR, S., “Malas prácticas”, pp. 2681s. (respecto de las cláusulas suelo) y 2703s.

<sup>783</sup> Con anterioridad regía en esta materia la LCC. De esta destacaban, en materia de información precontractual, sus arts. 16, 17 y 19. A su respecto v. ANDREU MARTÍ, M<sup>a</sup>. del M., “Crédito”, pp. 443-461, especialmente 450-452; y AA.VV., CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *El Derecho*, p. 132. A nivel comunitario resulta relevante la Directiva 2008/48 (incorporada por la LCCC). En particular, sus arts. 5 (“Información precontractual”), 6 (“Requisitos de información precontractual para determinados contratos de crédito en forma de posibilidad de descubierto y para ciertos contratos de crédito específicos”) y 7 (“Excepciones a los requisitos de información precontractual”). V. MONTES RODRÍGUEZ, M<sup>a</sup>. P., “Novedades”, pp. 891-894 (por lo que respecta a la información precontractual, la p. 893); y VELA TORRES, P., “Los contratos”, pp. 219s.

que en lo no previsto por la LCCC se aplica el Título I de la Orden, referido a las “Disposiciones generales”, entre las cuales están las normas sobre información precontractual previamente estudiadas<sup>784</sup>.

La regulación de la información precontractual en este terreno se justifica por la particular desventaja informativa en que se encuentran quienes contratan al amparo de la normativa sobre crédito al consumo<sup>785</sup>. Dicha regulación aspira a que el cliente aumente su conocimiento acerca de las diversas ofertas existentes en el mercado, a fin de que opte por la que más le convenga, con el subsiguiente incremento de la competencia entre las entidades<sup>786</sup>.

La norma básica en materia de información precontractual de la LCCC es el art. 10<sup>787</sup>. Asimismo, en ella encontramos disposiciones sobre información relevante en materia de explicaciones, oferta y formularios contractuales.

**[173] Características exigidas a la información.** En cuanto a las características exigidas a la información (art. 10.1 LCCC), resulta que esta debe ser, en primer lugar, oportuna, en tanto que debe otorgarse de forma previa a la asunción por el consumidor de cualquier obligación en virtud del contrato o de la oferta del prestamista y, en su caso, de las preferencias expresadas y de la información entregada por el primero<sup>788</sup>. Asimismo, debe ser precisa, en orden al cumplimiento de la finalidad expresada por la norma: que el consumidor pueda “comparar las diversas ofertas y adoptar una decisión informada” sobre la celebración del contrato. Finalmente, se debe proporcionar de forma gratuita.

**[174] Contenido exigido a la información.** El contenido de la información está disciplinado exhaustivamente por el art. 10.3 LCCC, que obliga a informar sobre los aspectos centrales del contrato de crédito al consumo.

Entre dichos aspectos destacan los siguientes: los datos de identificación del prestamista; el tipo, importe total y duración del crédito; el tipo deudor y sus condiciones de aplicación; la TAE<sup>789</sup> y el importe total adeudado; el importe, número y periodicidad de los pagos; el tipo de interés de demora y los gastos por impago; una advertencia sobre las consecuencias en caso de impago; las garantías exigidas; la existencia o no del derecho de desistimiento; el derecho de reembolso anticipado y, en su caso, de compensación para el prestamista; y el derecho del consumidor a recibir

---

<sup>784</sup> V. MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Nuevo régimen”, p. 28; y MARTÍNEZ PÉREZ-ESPINOSA, A., “Orden”, p. 284.

<sup>785</sup> NASARRE AZNAR, S., “II-3:101-II-3:103”, p. 216.

<sup>786</sup> ANDREU MARTÍ, M<sup>a</sup>. del M., “Crédito”, p. 450 (respecto de la LCC).

<sup>787</sup> En la LCCC, las reglas sobre información y asistencia al consumidor se anticipan a la fase precontractual, contrariamente a lo obrado por la LCC, que las previó para la contractual. VELA TORRES, P., “Los contratos”, pp. 222s. La información precontractual disciplinada por la LCCC no es una oferta, de manera que si el consumidor acepta las condiciones contenidas en aquella, no se entiende concluido el contrato. MARÍN LÓPEZ, M., “Obligación”, p. 3.

<sup>788</sup> Cfr. VELA TORRES, P., “Los contratos”, p. 223. Por tanto, se trata de una información personalizada, esto es elaborada en relación con el consumidor concreto y no en términos abstractos. MARÍN LÓPEZ, M., “Obligación”, p. 2.

<sup>789</sup> La información acerca de la TAE aspira a simplificar la comparación de ofertas por el consumidor. BASOZABAL ARRUE, X., “En torno”, p. 669 (respecto de la LCC). Dicha tasa se calcula en conformidad al art. 32 LCCC, que remite a la parte I del anexo I. V. VELA TORRES, P., “Los contratos”, pp. 230s. Recuérdese que la TAE permite apreciar el coste efectivo de la operación.

gratuitamente, previa solicitud, una copia del proyecto de contrato, excepto cuando el prestamista, en el momento de la petición, no esté dispuesto a celebrar el contrato. En este último sentido, el precepto agrega que, aparte de la Información normalizada europea sobre el crédito al consumo, debe facilitarse al consumidor la referida copia en los términos apuntados<sup>790</sup>.

**[175] Medio de transmisión de la información.** En cuanto al medio de transmisión de la información, a tenor de los arts. 7 y 10.2 LCCC, debe facilitarse en papel o en cualquier otro soporte duradero mediante la Información normalizada europea contenida en el Anexo II<sup>791</sup>. Toda información adicional a la anteriormente mencionada deberá proporcionarse en un documento aparte, que podrá adjuntarse a la referida Información normalizada<sup>792</sup>.

**[176] Explicaciones que deben darse al cliente consumidor.** El art. 11 LCCC regula las explicaciones que deben otorgarse al consumidor. Estas deberán ser adecuadas y proporcionarse de forma individualizada, con la finalidad de que aquel pueda evaluar si el contrato que se le propone se acomoda a sus intereses, necesidades y situación financiera. En caso de ser preciso, se le debe explicar la información precontractual, las características esenciales de los productos ofrecidos y las consecuencias particulares que se le pueden generar, incluidos los efectos en caso de impago. Así, el precepto establece una obligación de asesoramiento o consejo a cargo del prestamista acerca del alcance de las obligaciones y del acomodo de la operación a las circunstancias del cliente por él mencionadas, dado el carácter técnico y complejo de algunos productos financieros<sup>793</sup>.

**[177] Oferta vinculante.** El art. 8 LCCC regula la oferta vinculante<sup>794</sup>, que es un soporte de información precontractual. Coincidente con esta idea, el precepto obliga al prestamista a entregar al consumidor, previa solicitud de este, una oferta vinculante con todas las condiciones del crédito en términos idénticos a los prescritos por el art. 10, esto es, un documento en que se consignen todos los contenidos de la información

---

<sup>790</sup> V. NASARRE AZNAR, S., “II.-3:101-II.-3:103”, p. 199. El art. 10.9 LCCC contempla determinada información adicional en relación con los contratos allí mencionados. Luego, el art. 12 se refiere a los contratos previstos en el párrafo segundo del apartado 1 y en el apartado 4 del art. 4. En relación con estos se establecen reglas específicas en materia de características, contenido y medio de transmisión de la información precontractual.

<sup>791</sup> Conforme al art. 7.1 ‘soporte duradero’ es “todo instrumento que permita al consumidor conservar la información que se le transmita personalmente de forma que en el futuro pueda recuperarla fácilmente durante un período de tiempo adaptado a los fines de dicha información, y que permita la reproducción idéntica de la información almacenada”.

<sup>792</sup> V., en relación con las características, contenido y medio de transmisión de la información en el crédito al consumo, MARÍN LÓPEZ, M., “Obligación”, p. 2 (y también 3s., en relación con el último aspecto).

<sup>793</sup> MARÍN LÓPEZ, M., “Obligación”, pp. 2s., señala que al parecer las referidas explicaciones deben darse con carácter previo a la información precontractual. Sin embargo, la misma norma establece que las explicaciones pueden referirse a la información precontractual, de manera que aquellas podrían ser anteriores y/o posteriores a dicha información. Adicionalmente, en la p. 6, el autor precisa que la norma sigue al art. 5.6 de la Directiva correspondiente. Agrega que el asesoramiento eficaz presupone que el consumidor le informe al prestamista, de forma veraz y suficiente, respecto de los antecedentes y circunstancias que este le solicite. Esta obligación, a pesar de no mencionarse en la disposición, se construye a partir de la de evaluar la solvencia del deudor, que debe basarse en la información proporcionada por este, concurriendo en este caso los mismos fundamentos que los del asesoramiento. Para VELA TORRES, P., “Los contratos”, p. 223, se trata de una obligación de asistencia o ayuda.

<sup>794</sup> MARÍN LÓPEZ, M., “Obligación”, p. 4, prefiere llamarla “irrevocable”, al tener toda oferta carácter vinculante. Respecto de ella, v. las pp. 4s.

precontractual. En caso de realizarse la referida oferta al mismo tiempo que se otorga la información precontractual, aquella deberá facilitarse al consumidor en un documento separado, que podrá adjuntarse a la Información normalizada europea.

Una de las finalidades del otorgamiento de esta oferta vinculante es posibilitar la comparación del cliente, lo que redundará en la materialización de la competencia entre las EC<sup>795</sup>. Adicionalmente, el hecho de que se deba proporcionar al consumidor en la oferta determinada información (la precontractual), implica acercar la LCCC a la regla sobre integración del contrato recogida por el TRLGDCU (art. 61)<sup>796</sup>.

**[178] Información exigida como contenido de los formularios contractuales.** Finalmente, el art. 16 LCCC se refiere a la forma de presentación de los contratos y a su contenido. Estos deben especificar “de forma clara y concisa”, aparte de las condiciones esenciales del contrato, los aspectos detallados con exhaustividad por la norma. Se trata de extremos similares, en general, a los contenidos informativos precontractuales del art. 10. Esta constatación avala la idea de que tales documentos operan en la práctica como mecanismos de información precontractual<sup>797</sup>.

#### e. Servicios de pago

**[179] Normativa aplicable.** En materia de servicios de pago también la normativa pertinente contiene disposiciones sobre información precontractual<sup>798</sup>. El art. 18 LSP habilita al MEH para determinar los requisitos de información aplicables a las operaciones de pago. El desarrollo normativo se ha llevado a cabo a través de la Orden EHA/1608/2010<sup>799</sup>. La disciplina sobre servicios de pago opera respecto de todos los clientes, principalmente en relación con las cuentas a la vista (corrientes y de ahorro), transferencias, domiciliaciones y tarjetas.

**[180] Características exigidas a la información.** En cuanto a las características de la información, resultan aplicables los arts. 7 y 11 Orden EHA/1608/2010. El primero se refiere a las operaciones de pago singulares y el segundo a los contratos marco. Ambos preceptos apuntan que la información y las condiciones del contrato deberán estar redactadas de manera fácilmente comprensible, clara y legible. A continuación indican los idiomas susceptibles de ser empleados. Adicionalmente, la información debe ser oportuna. Así, conforme al primer precepto, la información y las condiciones en él señaladas deben facilitarse con anterioridad a que el usuario resulte vinculado por

---

<sup>795</sup> GARCÍA VICENTE, J., “Comentario” (al art. 60), pp. 774s. -nota 25- (en relación con la LCC).

<sup>796</sup> VELA TORRES, P., “Los contratos”, p. 224.

<sup>797</sup> Respecto de la información que debe mencionarse en los contratos de crédito en forma de posibilidad de descubierto, el art. 17 LCCC enfoca la cuestión del contenido contractual, derechamente, como una de información al consumidor. V., acerca del contenido de los contratos de crédito al consumo, VELA TORRES, P., “Los contratos”, pp. 224s.

<sup>798</sup> V. PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, pp. 431s.

<sup>799</sup> V. NOVAL LAMAS, J., “El derecho”, pp. 221s. y 230. Y, asimismo, el preámbulo y el art. 1 de la señalada Orden. El art. 34 Orden EHA/2899/2011 señala que en lo no previsto por la Orden EHA/1608/2010 se aplica a los servicios de pago lo dispuesto por los arts. 3, 8 (excepto el apartado 2), 10 y 16 de la primera. En el ámbito comunitario resulta importante la Directiva 2007/64, incorporada por la LSP. Su trasposición se completó con la Orden EHA/1608/2010, según reza el preámbulo de esta. En dicha Directiva destacan, en materia de operaciones de pago único, sus arts. 36 (“Información general previa”) y 37 (“Información y condiciones”) y, en materia de contratos marco, sus arts. 41 y 42, referidos a los mismos aspectos anteriores, respectivamente.



cualquier contrato u oferta. Y, con arreglo al segundo, aquellas deberán ser facilitadas con “suficiente antelación” a los mencionados hitos.

**[181] Contenido exigido a la información.** El contenido de la información, en el caso de las operaciones de pago singulares, se encuentra disciplinado por el art. 8 de la Orden (norma a la que se remite el art. 7). El art. 12 hace lo propio con los contratos marco (precepto al que se remite el art. 11). Ambas disposiciones establecen un mismo contenido para la información y para las condiciones de los contratos. Esto revela la íntima conexión existente entre aquella y los documentos contractuales que se exhiben al cliente antes de contratar. De hecho, el mismo art. 11.3 indica, en relación con los contratos marco, que la facilitación de la información y condiciones de las operaciones podrá también cumplirse entregando al usuario una copia del borrador del contrato marco que incluya la información y condiciones exigidas por el art. 12.

Según el art. 8, en las operaciones de pago singulares, se deben facilitar al usuario por el proveedor las informaciones y condiciones siguientes: la especificación de la información o identificador único que el usuario debe facilitar para la correcta ejecución de una orden de pago; el plazo máximo de ejecución del servicio de pago; los gastos que debe abonar el usuario al proveedor y su desglose; el tipo de cambio efectivo o de referencia a aplicar en caso de que la operación de pago incluya cambio de divisa; y la información pertinente de la consignada en el art. 12. Este último, en relación con los contratos marco, presenta un listado más extenso y detallado de aspectos de obligatoria mención. Se refieren al proveedor; la utilización del servicio de pago; los gastos y tipos de interés y de cambio; los medios de comunicación convenidos para la transmisión de información o notificaciones; las responsabilidades y requisitos necesarios para la devolución; las modificaciones y rescisión del contrato marco; y la ley aplicable, la competencia jurisdiccional y los procedimientos de reclamación.

Para ilustrar el contenido de la información precontractual que deben trasladar las EC a los clientes que contratar servicios de pago, puede servir como ejemplo el caso de los contratos de tarjeta de crédito. Teniendo en cuenta que a los clientes se les debe informar principalmente acerca de los aspectos económicos del contrato, las EC deberán informarles, en particular, acerca de las modalidades de liquidación de la deuda, el tipo de interés cobrado por el aplazamiento del pago, su método de cálculo y las comisiones aplicables.

**[182] Medio de transmisión de la información.** En cuanto al medio de transmisión de la información, en materia de operaciones de pago singulares, el art. 7 indica que el proveedor de servicios de pago debe facilitar al usuario la información y las condiciones previamente aludidas “de un modo fácilmente accesible”. El usuario puede solicitar al proveedor que se las proporcione en papel u otro soporte duradero. El art. 11, en los contratos marco, obliga a hacerlo en alguno de esos dos soportes<sup>800</sup>.

---

<sup>800</sup> En cuanto a las características, contenido y medio de transmisión de la información en la Orden EHA/1608/2010 v. NOVAL LAMAS, J., “El derecho”, pp. 231-233 (y nota 42).

## 8. Información precontractual en la normativa sobre servicios de inversión

### a. Preliminar

**[183] Normas de conducta de las ESI.** Las obligaciones precontractuales de información de las ESI (cuya actividad pueden desplegar las EC) se inscriben dentro de las normas de conducta que les resultan aplicables. A su vez, estas reglas se enmarcan dentro de la categoría general de las de protección del inversor<sup>801</sup>. El fundamento de las primeras es la relación de confianza entre las ESI y sus clientes, así como el principio de protección prioritaria de los intereses de estos<sup>802</sup>. Asimismo, las obligaciones recogidas por dichas normas se corresponden con los principios de competencia eficiente, transparencia e información que rigen en los mercados de valores<sup>803</sup>.

En el Derecho español se reconocen dos etapas en relación con las aludidas normas de conducta. Primero, la de la normativa pre-MiFID, constituida por la LMV antes de su modificación por la Ley 47/2007<sup>804</sup>, y por el RD 629/1993<sup>805</sup>. Segundo, la de la normativa MiFID, representada por la LMV con posterioridad a la reforma introducida por dicha ley, y por el RD 217/2008<sup>806</sup>. Esta normativa incorporó al ordenamiento interno las Directivas 2004/39 (MiFID) y 2006/73 y el Reglamento 1287/2006<sup>807</sup>. La

---

<sup>801</sup> Dentro de estas normas se encuentran tanto las que lo tutelan respecto de los emisores de valores (v. gr., reglas sobre folleto informativo en el mercado primario) como las que lo amparan ante los intermediarios. En este grupo se incardinan las de conducta. TAPIA HERMIDA, A., *El Derecho del mercado*, p. 118. Acerca de las normas de conducta de las ESI v. BARRACHINA, E., *Derecho*, pp. 339ss.; CORTÉS, L., “El mercado”, pp. 792s.; CUENCA GARCÍA, Á., “La protección”, pp. 848ss.; y TAPIA HERMIDA, A., “Desarrollo reglamentario de la normativa”, pp. 266s.

<sup>802</sup> ESPÍN GUTIÉRREZ, C., “El conocimiento”, p. 265; y FERRANDO VILLALBA, L., KUSTER BOLUDA, I. y VILA LÓPEZ, N., *La protección*, p. 112.

<sup>803</sup> V. BARRACHINA, E., *Derecho*, p. 347; y MORALEJO, I., “Las normas”, p. 345.

<sup>804</sup> BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y., “El caso”, p. 219. V., acerca de la ley 47/2007, SÁNCHEZ CALERO, F., “Nueva reforma” (en relación con el proyecto de la misma publicado en el BOE 7-9-07); y TAPIA HERMIDA, A., “La reforma”.

<sup>805</sup> De dicho RD (vigente hasta el 17-2-08) sobresalen la Sección V del Capítulo III, denominada “Información a la clientela” (art. 16), y el Anexo, titulado “Código general de conducta de los mercados de valores” (arts. 1 a 7). A tenor de sus arts. 1 y 2.1, dicho código debía ser cumplido por las entidades que actuaran en el mercado de valores. Respecto de la normativa pre-MiFID v. BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y., “El caso”, pp. 219-221; PÉREZ TROYA, A., “Las medidas”, p. 161 (en relación con las modificaciones introducidas en su día por la Ley 44/2002); y TAPIA HERMIDA, A., “Las normas”, pp. 561-607.

<sup>806</sup> V. BERNALDO DE QUIRÓS CABRERA, G., “El nuevo régimen”, pp. 249-251; ESPÍN GUTIÉRREZ, C., “El conocimiento”, pp. 266s.; MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, p. 57; PINILLOS LORENZANA, Á., “La protección”, p. 88; TAPIA HERMIDA, A., “La jurisprudencia reciente”, p. 329; y TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del inversor”, p. 100. Dicho RD disciplina las materias anteriormente regidas por el RD 867/2001, de 20-7, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión (BOE 7-8-11, nº 188), y por el RD 629/1993, que derogó. Se encuentra vigente desde el 17-2-08. V. TAPIA HERMIDA, A., “Desarrollo reglamentario de la normativa”, *passim*, especialmente pp. 266s., referidas a las normas de conducta.

<sup>807</sup> V. ALONSO ALONSO, E., “La Directiva”, p. 175; CABALLERO NÚÑEZ, G., “Las obligaciones”, p. 112; CUENCA GARCÍA, Á., “La protección”, pp. 844 y 849; FERRANDO VILLALBA, L., KUSTER BOLUDA, I. y VILA LÓPEZ, N., *La protección*, pp. 113s.; GÓMEZ YUBERO, M<sup>a</sup>. J., “MiFID”, pp. 218-231; MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, pp. 19, 23 y 58; y TAPIA HERMIDA, A., “Desarrollo de la Directiva 2004/39/CE”. La Directiva 2004/39 entró en vigor el 1-11-07, sustituyó a la Directiva 93/22/CEE del Consejo, de 10-5-93, relativa a los servicios de inversión en el campo de los valores negociables (DOCE 11-6-93, L 141/27) y ha sido modificada por las Directivas 2006/31/CE, 2007/44/CE, 2008/10/CE y 2010/78/CE. Se encontraba comprendida en el “Plan de Acción de Servicios Financieros” y es una de las iniciativas europeas a que se aplicó el “Procedimiento Lamfalussy”, representando el primer nivel del mismo. El segundo nivel es el de la Directiva 2006/73 y

normativa MiFID se aplica en España a partir del 21-12-07, fecha de entrada en vigor de la Ley 47/2007<sup>808</sup>. En particular, las normas de conducta de las ESI están disciplinadas por el Título VII, Capítulo I LMV (arts. 78 a 79 *sexies*), bajo la rúbrica “Normas de conducta aplicables a quienes presten servicios de inversión” y debe su contenido a la Ley 47/2007. Asimismo, dichas normas se desarrollan en el Título IV RD 217/2008 (arts. 58 a 81), denominado en idénticos términos que aquel título de la LMV<sup>809</sup>.

**[184] Obligaciones de las ESI frente a sus clientes.** Dentro de las obligaciones que impone la normativa sobre servicios de inversión a las empresas que los prestan destacan las de actuar con diligencia y transparencia (deber de cuidado y lealtad), clasificar a los clientes (ya desarrollada *supra* § 113), recabar información de estos, informarles y detectar y gestionar los conflictos de intereses<sup>810</sup>. Las mayores innovaciones de la normativa MiFID en lo que concierne a la protección de los clientes están representadas por la novedosa regulación de las obligaciones de clasificación de los mismos y de informarles en la etapa precontractual<sup>811</sup>.

La obligación de actuar con diligencia y transparencia es el marco dentro del cual se insertan y al que deben responder las demás, por ejemplo, las de información<sup>812</sup>. Se

---

del Reglamento 1287/2006. V. ESPÍN GUTIÉRREZ, C., “El conocimiento”, pp. 263s.; FLORES DOÑA, M<sup>a</sup>. de la S., “Ejes”, p. 17; TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del inversor”, p. 99; URÍA FERNÁNDEZ, F., “La aplicación”, p. 42; y ZUNZUNEGUI, F., “Regulación”, p. 36 (nota 16). El 20-10-11 la Comisión Europea presentó la “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se deroga la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo” (COM (2011) 656 final). Mediante esta iniciativa, la Comisión Europea pretende regular la venta y el asesoramiento de productos de inversión. A su vez, pretende regular dichos productos y la información sobre los mismos a través de un reglamento. V. PINILLOS LORENZANA, Á., “La protección”, p. 89; y ZUNZUNEGUI, F., “Informe”, p. 14. Acerca de la referida iniciativa puede consultarse CANTA, J. y DURET, L., “MIFID II”; y CENTRO DEL SECTOR FINANCIERO DE PWC e IE BUSINESS SCHOOL, *MiFID II* (ambos respecto de la consulta publicada por la Comisión el 8-12-10).

<sup>808</sup> V. BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y., “El caso”, p. 219; y CNMV, *Atención de reclamaciones y consultas de inversores. Memoria 2010*, p. 23. Según indica FARRANDO MIGUEL, I., “SWAPs”, p. 26, a las operaciones concluidas entre la fecha a partir de la cual resulta aplicable la normativa MiFID (1-11-07) y aquella hasta la que fue aplicable la normativa precedente (21-12-07), debe aplicarse esta última interpretada con arreglo a la Directiva MiFID. En este sentido, puede consultarse la STS 18-4-13 (FD 6) - reseñada y comentada en LYCZKOWSKA, K., “Responsabilidad”, pp. 1-7-. En ocasiones, las resoluciones judiciales en materia de contratación de servicios de inversión han aplicado la normativa MiFID a conflictos entre EC y clientes que se relacionan con contratos celebrados con anterioridad a su entrada en vigencia. Dichas resoluciones han entendido que las obligaciones de información impuestas por aquella normativa (así como por las disposiciones internas que la traspusieron) no han hecho más que corroborar que tales obligaciones ya existían con antelación, al estar vinculadas con la transparencia de las prácticas sectoriales del mercado financiero (v. la SAP Barcelona (19) 9-5-11 -FD 3-). Lo que han hecho los tribunales en este sentido es imponer (crear) la obligación de informar allí donde el Derecho interno, en su momento, todavía no la había establecido, por lo menos de manera tan intensa.

<sup>809</sup> Las “Normas de conducta aplicables a quienes presten servicios de inversión” contenidas en el Título IV RD 217/2008 se aplican a las EC que prestan servicios de inversión en virtud de lo dispuesto por su art. 1.2.c. Acerca de esta aplicabilidad a las EC en la Directiva MiFID v. URÍA FERNÁNDEZ, F., “La aplicación”, pp. 55-57.

<sup>810</sup> V. CUENCA GARCÍA, Á., “La protección”, pp. 851s.; y TEKINALP, Ü., “Investor Protection”, p. 166. Una comparación entre el régimen MiFID y el Derecho privado en KRUIHOF, M., “A Differentiated Approach”, pp. 154ss. V. también la STS 18-4-13 (FD 6).

<sup>811</sup> BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y., “El caso”, p. 221; y TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del inversor”, p. 101.

<sup>812</sup> Cfr. CUENCA GARCÍA, Á., “La protección”, p. 851; MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, p. 24; MORALES, I., “Las normas”, p. 348; PARDO GARCÍA, B., *La comercialización*, p. 43; y REGADERA SÁENZ, J., “El consentimiento”, p. 13.

encuentra recogida en los arts. 19.1 Directiva 2004/39 y 79 (1) LMV. Este último establece que las ESI habrán de actuar con “diligencia y transparencia en interés de sus clientes”, cuidando de estos como si fuesen propios y, en particular, cumpliendo con las normas de conducta que les resultan aplicables<sup>813</sup>.

Las EC que actúen como ESI deben comportarse, en el cumplimiento de sus obligaciones, incluidas las informativas, no con una diligencia ordinaria, sino con la propia del profesional experto en el mercado de valores (canon del ordenado empresario y representante leal)<sup>814</sup> o con la media que utilizaría el buen empresario de este sector. Esta solución se fundamenta en el carácter profesional o cualificado de dichas entidades y del cual deriva la confianza del cliente (“relación de clientela”)<sup>815</sup>.

En estrecha conexión con la obligación de actuar con diligencia y transparencia, la normativa sobre el mercado de valores impone a las ESI relevantes deberes en materia de conflictos de intereses. En esencia, deben contar con procedimientos de detección y gestión de los mismos<sup>816</sup>. En todo caso, la normativa MiFID no impide que las ESI puedan obtener beneficios de la prestación de sus servicios, sino solamente la concurrencia de conflictos de intereses, que se producen cuando dicha prestación genera un perjuicio para el cliente<sup>817</sup>.

En lo que sigue examino las obligaciones de informar a los clientes adecuadamente y de recabar información de parte de estos<sup>818</sup>. Ambas se fundan en la situación de desventaja

---

<sup>813</sup> En relación con la obligación de diligencia y transparencia o de cuidado y lealtad, pueden consultarse BARRACHINA, E., *Derecho*, pp. 347s.; CUENCA GARCÍA, Á., “La protección”, pp. 851s.; KRUIHOF, M., “A Differentiated Approach”, pp. 147-151; y MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, pp. 24s. y 84-91. En la etapa pre-MiFID, aparte del articulado entonces en vigor de la LMV, el Anexo del derogado RD 629/1993, bajo el título “Código general de conducta de los mercados de valores”, disciplinaba los deberes de imparcialidad y buena fe (art. 1, especialmente su encabezado y el nº 5) y de cuidado y diligencia (art. 2). V. también el art. 2.1 de dicho RD. Cfr. TAPIA HERMIDA, A., *Derecho del mercado*, pp. 325s.

<sup>814</sup> TAPIA HERMIDA, A., *Derecho del mercado*, p. 325.

<sup>815</sup> FERRANDO VILLALBA, L., KUSTER BOLUDA, I. y VILA LÓPEZ, N., *La protección*, p. 99 (citando la STS 15-7-88).

<sup>816</sup> V. el art. 70 *quáter* LMV, desarrollado por el art. 44 RD 217/2008, los arts. 45 a 47 de este y los arts. 18 Directiva 2004/39 y 21 a 25 Directiva 2006/73. Y, asimismo, el art. 79 (2) LMV (incentivos prohibidos), desarrollado por el art. 59 de dicho RD (incentivos permitidos). Respecto de los conflictos de intereses en este terreno y de las obligaciones asociadas a él pueden consultarse ALONSO ESPINOSA, F., “Participaciones preferentes”, pp. 14s. (considerando que en la comercialización de participaciones preferentes por la misma EC emisora concurre un claro conflicto de intereses); BERNALDO DE QUIRÓS CABRERA, G., “El nuevo régimen”, pp. 264s.; CASEY, J-P. y LANNOO, K., *The MiFID*, pp. 91-113; FLORES DOÑA, M<sup>a</sup>. de la S., “Ejes”, p. 30; GRUNDMANN, S. y ATAMER, Y. M., “European Contract Law”, p. 18; KRUIHOF, M., “A Differentiated Approach”, pp. 152-154; MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, pp. 85s.; RODRIGO PEREDA DE PABLO, Á., “El asesoramiento”, pp. 510s.; SASTRE CORCHADO, G. “La regulación”; TEKINALP, Ü., “Investor Protection”, p. 175; y ZUNZUNEGUI, F., “Negociación”, pp. 680s.

<sup>817</sup> BERNALDO DE QUIRÓS CABRERA, G., “El nuevo régimen”, p. 264; y SASTRE CORCHADO, G. “La regulación”, p. 236.

<sup>818</sup> El mejoramiento de las medidas de tutela del inversor a través de estas obligaciones es uno de los objetivos centrales de la Directiva MiFID. Uno de los principios fundamentales de esta es, precisamente, el de protección del inversor, básicamente a través de la intensificación de la transparencia, sobre todo en materia de información precontractual. Cfr. FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., “La aplicación”, p. 1; y MARCHIANDI ALBERDI, M., “Novedades”, p. 169. Las obligaciones de información no resultan aplicables en caso de cumplirse los presupuestos del art. 79 *quáter* LMV, a saber: “cuando se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a estándares europeos comunes para entidades de crédito y para la actividad de

informativa en que se encuentran algunos de dichos clientes<sup>819</sup>. Y, asimismo, en el deber de diligencia que recae en las ESI<sup>820</sup>. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la exigencia de transparencia constituye la base de la protección del inversor en la normativa MiFID, tanto por lo que concierne a la faceta de recogida de información como a la de suministro de la misma<sup>821</sup>.

## b. Obligación de informar a los clientes

[185] **Síntesis.** Las EC, cuando prestan servicios de inversión, deben proceder a informar a sus clientes acerca de variados aspectos, tanto a los minoristas como a los profesionales, pero principalmente a los primeros<sup>822</sup>. En la normativa MiFID esta obligación está disciplinada por los arts. 79 *bis* LMV (1 a 4) y 60 a 70 RD 217/2008<sup>823</sup>. Y, a nivel comunitario, por los arts. 19.2 y 3 Directiva 2004/39 y 27 a 34 Directiva 2006/73<sup>824</sup>.

A tenor de la LMV, se trata de una obligación que no solo rige para los clientes efectivos, sino también para los potenciales<sup>825</sup>.

---

crédito al consumo, referentes a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información”. Se trata de una norma que ha generado conflictos sobre todo en materia de *swaps* de tipos de interés. V. ESPÍN GUTIÉRREZ, C., “El conocimiento”, p. 286; MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, p. 61; MORALEJO, I., “Las nomas”, pp. 382s.; y RODRÍGUEZ MASEDA, J. C., “Las operaciones bancarias”, pp. 603s. Adicionalmente, a tenor del art. 78 *ter.2* LMV, a las contrapartes elegibles no se aplican los arts. 79 *bis* (obligaciones de información), 79 *ter* (obligación de registrar contratos) y 79 *sexies* (obligaciones relativas a la gestión y ejecución de órdenes), cuando contratan con ESI autorizadas para ejecutar órdenes por cuenta de terceros, negociar por cuenta propia o recibir y transmitir órdenes. Pero siempre que dichas contrapartes sean informadas de esta exclusión normativa y no soliciten expresamente que se les apliquen los mencionados preceptos (v. también el art. 24.1 Directiva 2004/39). Cfr. BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, p. 515; y ESPÍN GUTIÉRREZ, C., “El conocimiento”, p. 283.

<sup>819</sup> NASARRE AZNAR, S., “II-3:101-II-3:103”, p. 216.

<sup>820</sup> Cfr. BASOZABAL ARRUE, X., “En torno”, p. 696 (para quien la obligación de velar por los intereses de la contraparte es uno de los factores desencadenantes de la obligación de informar); GRUNDMANN, S. y ATAMER, Y. M., “European Contract Law”, p. 19; y REGADERA SÁENZ, J., “El consentimiento”, p. 13.

<sup>821</sup> FLORES DOÑA, M<sup>a</sup>. de la S., “Ejes”, p. 129.

<sup>822</sup> Naturalmente, solo me referiré a la información precontractual. Acerca de la contractual y la posterior en este ámbito v. ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., “La información”, pp. 187-190; y TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del inversor”, pp. 115-117.

<sup>823</sup> Asimismo, resulta aplicable el art. 60 TRLGDCU (CABALLERO NÚÑEZ, G., “Las obligaciones”, pp. 111s.). En la era pre-MiFID la mencionada temática se encontraba regida por el art. 5 del Anexo RD 629/1993 (v. MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, p. 108; y TAPIA HERMIDA, A., *Derecho del mercado*, p. 327).

<sup>824</sup> El alcance de la Directiva 2004/39 en este sentido es muy superior que el de la disciplina previa (MARCHIANDI ALBERDI, M., “Novedades”, p. 169). Acerca de la obligación de revelar información en los servicios de inversión en el Derecho comunitario v. MOLONEY, N., *How to Protect Investors*, pp. 288-344, principalmente 324-330; y TEKINALP, Ü., “Investor Protection”, pp. 168s. y 172s. Debe temerse presente que también los emisores de valores están sujetos a obligaciones de información. A este respecto puede consultarse ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., “La información”, pp. 164-177.

<sup>825</sup> Conforme al art. 79 *bis* (3) LMV, los clientes potenciales son los que han tenido un contacto directo con una ESI para la prestación de un servicio, a iniciativa de cualquiera de las partes. V. BARRACHINA, E., *Derecho*, p. 349; ESPÍN GUTIÉRREZ, C., “El conocimiento”, p. 270; MORALEJO, I., “Las nomas”, pp. 352s.; ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., *La disciplina*, pp. 60s. (puntualizando que se trata de una labor de comunicación individualizada o personalizada respecto del cliente concreto); y TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del inversor”, p. 105.

**[186] Finalidades de la información.** En cuanto a las finalidades del otorgamiento de información, según la LMV debe permitir al cliente la comprensión de la naturaleza y riesgos del servicio y de la clase específica de instrumento financiero que se oferta, en orden a que pueda adoptar una decisión con conocimiento de causa. Adicionalmente, aspira a conseguir la eficiencia y competencia en el mercado de servicios financieros<sup>826</sup>.

**[187] Características exigidas a la información.** Respecto de las características exigidas a la información, la LMV prescribe que debe de ser imparcial, clara y no engañosa y que la relativa a los contenidos mencionados en ella debe ser comprensible y adecuada<sup>827</sup>.

El art. 60.1 RD 217/2008 concreta las condiciones que debe reunir la información dirigida a clientes minoristas para ser imparcial, clara y no engañosa. Resultan destacables las letras b, c y d. Según estas, la información deberá ser “exacta y no destacará los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible”. Asimismo, deberá ser “suficiente y se presentará de forma que resulte comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios”. Finalmente, “no ocultará, encubrirá o minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia importantes”<sup>828</sup>.

Los apartados 2 a 5 del art. 60 RD 217/2008 señalan con gran detalle las condiciones particulares que deben cumplirse cuando las ESI otorgan diversas clases de información. El 2 menciona las que debe cumplir la que compare servicios de inversión o auxiliares, instrumentos financieros o personas que presten los servicios. El 3, las de la relativa a resultados históricos de un servicio de inversión, de un instrumento financiero o de un índice financiero. El 4, las de la referida a resultados históricos simulados en caso de instrumentos financieros o índices financieros. Y el 5, las de la concerniente a resultados futuros<sup>829</sup>.

A la luz de los apartados 1 y 2 del art. 62 RD 217/2008, la información debe ser oportuna. Así, debe facilitarse con antelación suficiente a la celebración del contrato o prestación del servicio. Se exceptúa el caso del apartado 4 (supuesto de contratación a

---

<sup>826</sup> V., acerca de las referidas finalidades, CUENCA GARCÍA, Á., “La protección”, pp. 852s. y 854s. (en relación con la Directiva 2004/39); FARRANDO MIGUEL, I., “SWAPs”, p. 28; MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, p. 109; NAVARRO GANCEDO-RODRÍGUEZ, F., “La información”, p. 81; PARDO GARCÍA, B., *La comercialización*, p. 44; ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., *La disciplina*, p. 49 y “La información”, pp. 179 y 183; y TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del inversor”, p. 103.

<sup>827</sup> V. BARRACHINA, E., *Derecho*, p. 349; FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., “La aplicación”, p. 9; FERRANDO VILLALBA, L., KUSTER BOLUDA, I. y VILA LÓPEZ, N., *La protección*, p. 113; MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, p. 109; NAVARRO GANCEDO-RODRÍGUEZ, F., “La información”, p. 81; y TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del inversor”, p. 103.

<sup>828</sup> V. CABALLERO NÚÑEZ, G., “Las obligaciones”, p. 112; MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, pp. 109s.; MORALEJO, I., “Las nomas”, pp. 370-372; y TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del inversor”, p. 104.

<sup>829</sup> V. REGADERA SÁENZ, J., “El consentimiento”, pp. 13s.; MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, p. 110; MORALEJO, I., “Las nomas”, pp. 373-375; y TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del inversor”, pp. 104s.

distancia), en que se podrá proporcionar inmediatamente después de alguno de los señalados hitos<sup>830</sup>.

Teniendo en cuenta que la obligación de informar a los clientes se vincula con la de recopilar antecedentes relativos a estos a través de los tests preceptivos, la información que debe proporcionárseles no solo debe cumplir con las características expuestas. Además, debe adaptarse a los resultados de dichos tests, esto es, a los conocimientos, experiencia o cualificación del cliente en el concreto ámbito de inversión<sup>831</sup>.

**[188] Contenido exigido a la información.** Por lo que respecta al contenido exigido a la información, el art. 79 bis.3 LMV detalla los extremos acerca de los cuales debe versar. Se refieren a la entidad y los servicios que presta; los instrumentos financieros y las estrategias de inversión (con orientaciones y advertencias apropiadas sobre riesgos asociados); los centros de ejecución de órdenes; y los gastos y costes asociados<sup>832</sup>.

En concreción de lo dispuesto por la LMV, el RD 217/2008, entre sus arts. 62 y 70, regula exhaustivamente el contenido de informaciones relativas a variados aspectos, referidos casi exclusivamente a los clientes minoristas.

La norma matriz es el art. 62 RD 217/2008, que disciplina los requisitos generales de la información. Conforme a él, las ESI deben informar a sus clientes acerca de las condiciones del contrato y de los extremos señalados en el art. 63. Este regula la información sobre la ESI y sus servicios (el art. 60.1.a exige que se mencione el nombre de la empresa). Adicionalmente, el art. 62 indica que con antelación suficiente a la prestación de un servicio de inversión se debe proporcionar al cliente la información exigida por los arts. 63 a 66, que regulan la cuestión con detalle. Dentro de la información que debe proporcionarse destaca, aparte de la señalada por el art. 63, la relativa a los instrumentos financieros (art. 64)<sup>833</sup>, la salvaguardia de estos o de los

---

<sup>830</sup> V. MORALEJO, I., “Las nomas”, pp. 367s.; ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., *La disciplina*, p. 57 (y nota 24); y TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del inversor”, pp. 107s. (apuntando que en el supuesto de excepción debería haberse señalado un plazo para el envío de la documentación por parte de las ESI). A algunas de las exigencias establecidas por la normativa sobre servicios de inversión ya me he referido en otras partes de este trabajo. Así, a las exigencias de claridad y comprensibilidad me referí *supra* § 127 y 129 (al hablar de los requisitos de incorporación de las condiciones generales); y a las exigencias de que la información sea suficiente y adaptada a las circunstancias *supra* § 149 (al tratar los requisitos de la información precontractual en el TRLGDCU).

<sup>831</sup> V. FERRANDO VILLALBA, L., KUSTER BOLUDA, I. y VILA LÓPEZ, N., *La protección*, p. 113; y MORALEJO, I., “Las nomas”, p. 364.

<sup>832</sup> Según el citado precepto de la LMV, la CNMV podrá exigir que en la información anterior a la adquisición de un producto o en la publicidad, se incorporen las advertencias que considere necesarias respecto del instrumento financiero y, en específico, las que resalten que se trata de uno no adecuado para inversores no profesionales atendida su complejidad. Agrega que tratándose de valores diferentes de acciones emitidos por una EC, se deberá incluir información adicional (cuyos extremos podrá precisar el Ministro de Economía y Competitividad o, con su habilitación expresa, la CNMV), en orden a destacar las diferencias de aquellos valores con los depósitos bancarios ordinarios en cuanto a rentabilidad, riesgo y liquidez. V. MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, p. 112. Se trata de prevenciones que buscan evitar los problemas suscitados con los instrumentos híbridos de capital.

<sup>833</sup> V. CABALLERO NÚÑEZ, G., “Las obligaciones”, pp. 114s. Según la CNMV, *Atención de reclamaciones y consultas de inversores. Memoria 2011*, p. 27, “(r)especto a la información a suministrar al cliente en relación con las características y los riesgos de los productos, la entidad debe ofrecer una información clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo, para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata”.

fondos de los clientes (art. 65) y los gastos y costes asociados (art. 66)<sup>834</sup>. Asimismo, la información debe referirse a los eventuales conflictos de interés que afecten a las ESI<sup>835</sup>. En fin, considerando que los modelos contractuales que se exhiben al cliente antes de la formación del consentimiento son vehículos informativos, cabe tener presente el art. 75 RD 217/2008. Este, respecto del contenido del contrato, prescribe que los derechos y obligaciones de las partes podrán incluirse en él mediante una referencia a otros documentos o textos legales. Se trata de una solución criticable por la desprotección en que puede quedar el cliente, sobre todo el minorista, al desconocer los referidos derechos y obligaciones. En todo caso, los inconvenientes que puedan surgir en este sentido pueden ser resueltos, en su caso, aplicando el TRLGDCU<sup>836</sup>.

Un ejemplo ilustrativo respecto del contenido de la información que deben trasladar las ESI a sus clientes es el de los instrumentos de renta fija y de renta variable. En estos casos, considerando que a los clientes se les debe informar principalmente acerca de los aspectos económicos de la operación, las ESI deberán ilustrarles adecuadamente a su respecto. Así, en el caso de la renta fija, acerca del precio de suscripción y reembolso, la fecha de amortización, la prima de reembolso, los rendimientos periódicos (cupones) y los riesgos del producto. Y, en el de la variable, sobre su rentabilidad, riesgos y comisiones y gastos (de tramitación de órdenes, administración y custodia de valores). En relación con los riesgos, tanto en uno como en otro tipo de instrumento, las ESI deberían informar a los clientes acerca de los distintos escenarios posibles con ejemplos representativos y proporcionarles los datos referidos a la calificación crediticia o “rating” del producto.

De modo específico y según he avanzado *supra* § 38, sirven de ejemplo en el anterior sentido los productos que mayor litigiosidad han generado en los últimos años: las participaciones preferentes y los *swaps* de tipos de interés. Considerando la

---

<sup>834</sup> A los clientes profesionales se les debe proporcionar la información de los apartados 5 y 6 del art. 65 (lo exige el nº 1). Además, según vimos, a tenor del art. 61, se les debe otorgar información a todos los clientes (existentes y nuevos) acerca de la clasificación de los mismos. Respecto del contenido de la información en la normativa sobre servicios de inversión v. BARRACHINA, E., *Derecho*, p. 350; CABALLERO NÚÑEZ, G., “Las obligaciones”, pp. 111-116; CUENCA GARCÍA, Á., “La protección”, pp. 854 (en relación con la Directiva 2004/39) y 865; FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., “La aplicación”, p. 9; FERRANDO VILLALBA, L., KUSTER BOLUDA, I. y VILA LÓPEZ, N., *La protección*, p. 117; MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, pp. 111-115; MARCHIANDI ALBERDI, M., “Novedades”, p. 169 (respecto de la Directiva 2004/39); NAVARRO GANCEDO-RODRÍGUEZ, F., “La información”, pp. 81-83; REDONDO TRIGO, F., “La nulidad”, pp. 636s.; REGADERA SÁENZ, J., “El consentimiento”, pp. 14-18; ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., *La disciplina*, pp. 56s. y “La información”, p. 183; TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del inversor”, pp. 109-113; y ZUNZUNEGUI, F., “Negociación”, pp. 674-680. Acerca de las informaciones específicas que deben proporcionar las ESI a los clientes profesionales v. ESPÍN GUTIÉRREZ, C., “El conocimiento”, p. 282 (nota 35); NAVARRO GANCEDO-RODRÍGUEZ, F., “La información”, pp. 83s.; y TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del inversor”, p. 107.

<sup>835</sup> CABALLERO NÚÑEZ, G., “Las obligaciones”, p. 111; y SASTRE CORCHADO, G., “La regulación”, pp. 236 y 243s. El art. 59.b.i. RD 217/2008 establece el deber de las ESI de informar a los clientes acerca de determinados incentivos permitidos de manera clara, completa, exacta y comprensible, antes de la prestación del servicio. V. NAVARRO GANCEDO-RODRÍGUEZ, F., “La información”, p. 84; y RODRIGO PEREDA DE PABLO, Á., “El asesoramiento”, p. 511. A modo de ejemplo, la SAP Álava (1) 15-9-11 (FD 3) condena a una EC a indemnizar a los clientes que en virtud de su recomendación habían adquirido acciones de una sociedad extranjera, entre otras consideraciones por concurrir un posible conflicto de intereses no revelado a dichos clientes. La sentencia precisa que el art. 1258 CC –buena fe y lealtad– obligaba a esta revelación.

<sup>836</sup> V. CUENCA GARCÍA, Á., “La protección”, p. 873.



trascendencia de estos instrumentos conveniente recordar cuáles son las presuposiciones contractuales acerca de las que las ESI deben informar a los clientes que los contratan.

En el caso de las participaciones preferentes, deberán informarles principalmente respecto de que no constituyen un depósito, sino un producto de inversión complejo y de elevado riesgo. De modo específico, deberán informarles adecuadamente de que es un producto que para que ofrezca la conveniente liquidez debe negociarse en un determinado mercado (con posibilidad de pérdidas, incluso sustantivas), tiene carácter perpetuo (no reembolsable), no tiene, en caso de insolvencia, una preferencia atractiva en cuanto a sus expectativas de cobro y, en fin, no genera rendimientos si la entidad emisora no obtiene beneficios en el respectivo periodo.

En el caso de los *swaps* de tipos de interés, las ESI deberán informar a sus clientes acerca de que no funcionan de la forma en que opera un seguro ante la subida de aquellos, al consistir en un producto de inversión o de cobertura complejo y de alto riesgo. Así, deberán ilustrarles acerca de que la bajada de dichos tipos puede traducirse en liquidaciones negativas, incluso abultadas, de que su cancelación anticipada puede conllevarles un desembolso sustantivo de recursos y de que, en ciertos supuestos, puede no existir simetría entre su posición y la de la entidad<sup>837</sup>.

**[189] Medio de transmisión de la información.** En cuanto al medio de transmisión de la información, la LMV señala que podrá proporcionarse en un formato normalizado. El art. 62.3 RD 217/2008 puntualiza que debe facilitarse en un soporte duradero. Agrega que este podrá no ser el papel si la facilitación de la información en el medio elegido es apropiada al contexto en que la actividad entre la ESI y el cliente sea o vaya a ser llevada a efecto; y si el cliente escoge un soporte distinto de aquel, en caso de que se le conceda esta opción (art. 3.1 RD 217/2008). Así, se consagra el principio de entrega obligatoria del soporte duradero, en detrimento de una mera puesta a disposición de la información<sup>838</sup>.

---

<sup>837</sup> La propuesta comunitaria de reforma de la normativa MiFID contempla el reforzamiento de las obligaciones de información de las ESI sobre todo en relación con los instrumentos complejos. Cuando las ESI diseñen especialmente estos productos para un cliente deberían informarle acerca del perfil de la rentabilidad y el riesgo de los mismos en diferentes circunstancias del mercado. V. CENTRO DEL SECTOR FINANCIERO DE PWC e IE BUSINESS SCHOOL, *MiFID II*, pp. 8s.; y PINILLOS LORENZANA, Á., “La protección”, p. 90.

<sup>838</sup> CABALLERO NÚÑEZ, G., “Las obligaciones”, p. 113. El soporte duradero está definido por el art. 2.b como “(t)odo instrumento que permita al cliente almacenar la información dirigida personalmente a él, de modo que pueda recuperarla fácilmente durante un periodo de tiempo adecuado para los fines para los que la información está destinada y que permita la reproducción sin cambios de la información almacenada”. También se puede proporcionar la información a través de una página web, siempre que, cuando no se den las condiciones para considerarla soporte duradero, se cumplan las señaladas en el art. 3.2. Primero, si la información no va dirigida personalmente al cliente, que su otorgamiento a través de dicha página sea apropiado al contexto en que la actividad entre la ESI y aquel sea o vaya a ser llevada a efecto. Segundo, que el cliente acepte expresamente que la información se le proporcione a través de dicho medio. Tercero, que se le notifique electrónicamente la dirección del sitio web y el lugar dentro de este donde pueda acceder a la información. Cuarto, que esta esté actualizada. Quinto, que sea accesible continuamente a través de la página durante el periodo de tiempo que el cliente pueda necesitar razonablemente para examinarla. Tanto en el caso del soporte duradero como en el de la página web el otorgamiento de información a través de comunicaciones electrónicas se entenderá apropiado si concurren pruebas de que el cliente tiene acceso regular a Internet. Una de estas es la comunicación por parte de aquel de una dirección de correo electrónico en orden al desarrollo de la actividad de la ESI (art. 3.3 RD 217/2008). V., acerca del medio de transmisión de la información en este ámbito, BERNALDO DE QUIRÓS CABRERA, G., “El nuevo régimen”, pp. 252s.; MORALEJO, I., “Las nomas”, pp. 365s.;

**[190] Información general al público.** Finalmente, los arts. 71 y 76 RD 217/2008 regulan la información general al público. El primero se refiere a las tarifas de comisiones y gastos repercutibles. El precepto exige la inclusión de las tarifas establecidas para operaciones habituales en un folleto. El contenido de este debe determinarse por el MEH y sus modelos elaborarse por la CNMV (y por el BdeE en el caso del mercado de deuda pública en anotaciones) sobre la base de una redacción clara, concreta y fácilmente comprensible por los clientes. A su vez, la norma habilita al referido Ministerio para desarrollar dicho contenido, incluido cualquier extremo relevante en relación con el régimen de tarifas (también la publicidad). El segundo precepto faculta al MEH para determinar los supuestos en que sea obligatoria la existencia de contratos-tipo respecto de clientes minoristas, así como su contenido y régimen de publicidad<sup>839</sup>.

En el anterior sentido, la CNMV señala que “en el momento en que un cliente dé una orden y/o con antelación, aunque la misma sea para una compra en el mercado secundario, la entidad debe informar no solamente sobre la comisión y/o los gastos que le va a cobrar por su compraventa, sino también, entre otras, de las comisiones que le va a repercutir por la administración de los valores, ya que se trata de un coste y/o gasto asociado al instrumento financiero y además constituye una información relevante para la toma de la decisión de inversión”<sup>840</sup>.

---

ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., *La disciplina*, pp. 57s. y “La información”, p. 183; y TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del inversor”, pp. 108s.

<sup>839</sup> Los referidos preceptos están desarrollados en la Orden EHA/1665/2010, que derogó las OM 25/10/1995 (de desarrollo parcial del RD 629/1993) y 7/10/1999 (de desarrollo del código general de conducta y normas de actuación en la gestión de carteras de inversión). De la Orden EHA/1665/2010 (aplicable solo a clientes minoristas) destacan diversos preceptos. El art. 2 se refiere al contenido y características de los folletos informativos de tarifas. El 6, a la redacción y contenido de los contratos-tipo. Dicha redacción debe ajustarse al TRLGDCU, las normas de conducta de la LMV y las de desarrollo de esta. El referido contenido debe acomodarse a lo señalado por la CNMV, que debe sujetarse a los términos de la Orden. El art. 7 agrega al anterior contenido uno específico en relación con la gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión. El art 9 se refiere a la puesta a disposición del público de los folletos de tarifas y contratos-tipo. V. CUENCA GARCÍA, Á., “La protección”, pp. 871-873; ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., *La disciplina*, pp. 50-53; y TAPIA HERMIDA, A., “Desarrollo reglamentario de las normas”, pp. 322-324. La señalada Orden ha sido desarrollada por la Circular 7/2011 (aplicable solo a clientes minoristas), que deroga las Circulares 1/1996, de 27-3, sobre normas de actuación, transparencia e identificación de los clientes en las operaciones del Mercado de Valores (BOE 9-4-96, nº 86) y 2/2000, de 30-5, sobre modelos normalizados de contrato-tipo de gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión y otros desarrollos de la Orden ministerial de 7-10-1999 de desarrollo del código general de conducta y normas de actuación en la gestión de carteras de inversión (BOE 13-6-00, nº 141). De la Circular 7/2011 resultan relevantes en materia de folleto informativo de tarifas sus normas 2<sup>a</sup>, 3<sup>a</sup>, 4<sup>a</sup> y 6<sup>a</sup>. Estas normas se refieren a las disposiciones generales sobre la elaboración del señalado folleto (contenido del mismo); modelo (contenido y características de la información); forma de presentación en determinadas operaciones y servicios; y obligación de las entidades de ponerlo a disposición del público (en cualquier soporte duradero, en su domicilio social, en todas las sucursales y en el domicilio de sus agentes), respectivamente. En relación con el contenido de los contratos-tipo revisten importancia la norma 7<sup>a</sup>, referida al contenido general de los mismos, así como a las características de la información, debiendo redactarse dichos contratos en conformidad al TRLGDCU, las normas de conducta del mercado de valores y la LCDSFDC. También, las normas 8<sup>a</sup> y 9<sup>a</sup>, relativas a los contenidos específicos del contrato de custodia y administración de instrumentos financieros y del de gestión de carteras, respectivamente. Y, asimismo, la norma 10<sup>a</sup>, relativa a la obligación de las entidades de poner a disposición del público tales contratos en los mismos lugares en que publiciten las tarifas. V. PINILLOS LORENZANA, Á., “La protección”, p. 88 (nota 30). Acerca de estas cuestiones en la normativa anterior a la actualmente vigente v. TAPIA HERMIDA, A., *Derecho del mercado*, pp. 336ss. (comisiones) y 343s. (contratos-tipo).

<sup>840</sup> CNMV, *Atención de reclamaciones y consultas de inversores. Memoria 2011*, p. 29.

### c. Obligación de recabar información de los clientes

[191] “**Conoce a tu cliente**”. Una novedad de la actual normativa sobre contratación de servicios de inversión, si se la compara con la anterior, pero sobre todo con la relativa a la contratación de servicios bancarios, estriba en que las ESI tienen la obligación de recabar información en términos detallados acerca de las circunstancias de sus clientes antes de la contratación<sup>841</sup>.

Se trata de una nueva versión de la idea según la cual en ámbitos de acusadas asimetrías informativas hay que “informarse para informar”, consagrándose ahora la máxima “conoce a tu cliente”<sup>842</sup>. En este sentido, las ESI, en su condición de expertas, deben prevenir al cliente acerca de la adecuación del respectivo producto o servicio a sus propósitos<sup>843</sup>. La finalidad de esta obligación es proporcionar al cliente una información idónea, en orden a remediar la referida asimetría informativa<sup>844</sup>.

[192] **Tests de conveniencia e idoneidad**. La obligación de obtener información de parte del cliente está disciplinada en los números 5 a 8 del art. 79 *bis* LMV y 72 a 74 RD 217/2008, así como en la Circular 13/2013. Dicha obligación se cumple a través de los test de conveniencia e idoneidad<sup>845</sup>.

En esta materia rige la obligación de autotutela del cliente, en el sentido de que a pesar de que no supere los tests o no los quiera responder, igualmente puede contratar. Así, se regula un sistema que, en principio, tiene la virtualidad de cubrir a las EC frente a eventuales reclamaciones por defectos informativos, siempre que hayan advertido al respectivo cliente acerca de la inadecuación del producto o servicio en cuestión<sup>846</sup>.

---

<sup>841</sup> V. BARRACHINA, E., *Derecho*, pp. 351s.; MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, pp. 96-102; NASARRE AZNAR, S., “II-3:101-II-3:103”, p. 200; y TEKINALP, Ü., “Investor Protection”, pp. 173s. CABALLERO NÚÑEZ, G., “Las obligaciones”, p. 113, la aborda como un deber del cliente de informar a la entidad y FLORES DOÑA, M<sup>a</sup>. de la S., “Ejes”, p. 129, como un deber de colaboración del cliente con la entidad. En materia de servicios bancarios, la Orden EHA/2899/2011 no recoge esta obligación. No obstante y según vimos, la Norma quinta n<sup>o</sup> 2 de la Circular 5/2012 sí lo hace, pero no en términos generales y de forma detallada, sino a propósito de los casos en que se debe extremar la diligencia en las explicaciones que se deben proporcionar al cliente respecto de determinados productos y servicios, es decir, no en específico respecto de la obligación de informar y no en relación con todos los productos o servicios. Recuérdese que a dicho efecto, las EC deben recabar del cliente los datos adecuados acerca de sus necesidades y situación financiera, debiendo ajustar las informaciones que le otorguen a dichos datos. Al margen de esta norma, sí puede constatarse cierto paralelismo entre la obligación de recabar información del cliente de servicios de inversión y la de evaluar la solvencia del cliente bancario antes de otorgarle financiación a la luz de la Orden EHA/2899/2011. V. SÁNCHEZ MONJO, M., “El nuevo”, p. 289.

<sup>842</sup> V. CASEY, J-P. y LANNOO, K., *The MiFID*, p. 48; ESPÍN GUTIÉRREZ, C., “El conocimiento”, pp. 260s.; y TAPIA HERMIDA, A., *Derecho del mercado*, pp. 326s. (en relación con la normativa pre-MiFID).

<sup>843</sup> Acerca de esta necesidad de advertencia en términos generales v. BASOZABAL ARRUE, X., “En torno”, p. 649.

<sup>844</sup> Cfr. BARRACHINA, E., *Derecho*, p. 348 (aunque no lo señala tan claramente); y ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., *La disciplina*, pp. 58s.

<sup>845</sup> En la era pre-MiFID esta obligación estaba regida (si bien en términos generales) por el art. 4.1 del Anexo del derogado RD 629/1993. V. MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, p. 97; y TAPIA HERMIDA, A., *Derecho del mercado*, pp. 326s. Acerca de esta cuestión en la normativa europea v. CASEY, J-P. y LANNOO, K., *The MiFID*, pp. 48-53; y MOLONEY, N., *How to Protect Investors*, pp. 235-243.

<sup>846</sup> V. NASARRE AZNAR, S., “II-3:101-II-3:103”, p. 200 y “Malas prácticas”, pp. 2698s. En este último texto el autor se pregunta acerca de si la normativa MiFID constituye una coartada para que las EC

Naturalmente, si el cliente ha contratado productos de inversión durante un largo periodo con una misma entidad, debe entenderse que esta conoce la información referida a él<sup>847</sup>.

**[193] Test de conveniencia.** El test de conveniencia está disciplinado por los arts. 79 *bis.7* y 8 LMV y 73 y 74 RD 217/2008. Y, a nivel comunitario, por los arts. 19.5 y 6 Directiva 2004/39 y 36 y 37 Directiva 2006/73.

Se trata de un cuestionario acerca de los conocimientos y experiencia del cliente en el tipo o ámbito de inversión en el que se incluye la clase específica de producto o servicio ofertado o requerido. Su finalidad es que las ESI puedan evaluar si el servicio o producto es adecuado para el cliente (art. 79 *bis.7* LMV) y determinar si este comprende los riesgos inherentes al ofertado o demandado (art. 73 RD 217/2008).

A tenor del art. 74 RD 217/2008, los antecedentes a cuya obtención han de apuntar las preguntas acerca de conocimientos y experiencia del cliente son los siguientes: tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado; naturaleza, volumen y frecuencia de sus transacciones sobre instrumentos financieros y período durante el que se hayan realizado; y nivel de estudios, profesión actual y profesiones anteriores relevantes. El cuestionario debe versar acerca de los extremos señalados “en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previstos, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes”.

Existen casos de excepción en que el señalado test no resulta necesario. En primer lugar, en el de los clientes profesionales (art. 73 RD 217/2008), a quienes me he referido *supra* § 113. En segundo término, conforme al art. 79 *bis.8* LMV, cuando la entidad es una empresa que presta servicios de ejecución o recepción y transmisión de órdenes si se cumplen determinados presupuestos. Primero, que las órdenes se refieran a instrumentos no complejos. Segundo, que la prestación del servicio sea a iniciativa del cliente. Tercero, que la empresa informe con claridad al cliente de que no está obligada a evaluar la adecuación del instrumento o servicio. Cuarto, que la entidad cumpla con las condiciones que especifica la norma. El precepto establece contra-excepciones, en las que se regresa a la regla general de procedencia del mencionado test. Así, por ejemplo, en el caso de los instrumentos complejos<sup>848</sup>.

---

puedan comercializar determinados productos entre sus clientes minoristas, impidiendo que estos puedan reclamar judicialmente.

<sup>847</sup> BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y., “El caso”, p. 237.

<sup>848</sup> La distinción entre productos complejos y no complejos procede del art. 19.6, primer guión, Directiva 2004/39, que alude a los segundos. El art. 38 Directiva 2006/73 establece los criterios que debe cumplir un instrumento para estar dentro de los no complejos a que se refiere la Directiva antes citada. En el Derecho interno, el art. 79 *bis.8.a* LMV menciona ejemplos de instrumentos no complejos (v. gr., acciones admitidas a cotización en un mercado regulado), las condiciones para determinar cuándo un instrumento pertenece a esta categoría e instrumentos que nunca pertenecen a ella. Respecto de esta diferenciación v. ALONSO ESPINOSA, F., “Participaciones preferentes”, p. 6; BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, pp. 514s.; CNMV, DEPARTAMENTO DE SUPERVISIÓN ESI-ECA, *Guía sobre catalogación* (que en su Anexo II contiene el documento del CESR titulado “Q&A. MiFID complex and non complex financial instruments for the purposes of the Directive’s appropriateness requirements” (ref: CESR/09-559), de 3-11-09); FLORES DOÑA, M<sup>a</sup>. de la S., “Ejes”, pp. 25s.; REGADERA SÁENZ, J., “El consentimiento”, pp. 3s.; y URÍA FERNÁNDEZ, F., “La aplicación”, pp. 63s. La referida Guía de la CNMV, en las pp. 6-8, menciona ejemplos de instrumentos financieros complejos y no complejos. Entre los primeros señala, entre otros, las participaciones preferentes, los bonos y obligaciones convertibles,

Conforme al art. 79 bis.7 LMV, las ESI deben entregar al cliente copia del documento con la evaluación. Llegado el caso, tienen el deber de advertirle que el producto o servicio no es adecuado para él, salvo que no haya proporcionado la información necesaria o que la facilitada sea insuficiente. En estas últimas hipótesis se le debe indicar que ello impide determinar si concurre tal adecuación. En el supuesto de que el servicio de inversión se refiera a un instrumento complejo, el documento contractual debe incluir, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, de conformidad con lo que prescriba la CNMV, en virtud de la cual aquel manifieste que se le advirtió de que el producto no le resultaba conveniente o no fue posible evaluarle. Con arreglo a lo que determine la CNMV, las ESI deberán mantener en todo momento un registro actualizado de clientes y productos no adecuados en que figuren, respecto de cada uno de aquellos, los productos cuya conveniencia haya sido evaluada negativamente.

Las mencionadas obligaciones de las ESI han sido desarrolladas por las Normas cuarta y quinta de la Circular 13/2013. La primera, básicamente, detalla la forma en que las ESI deben formular las respectivas advertencias al cliente, mientras que la segunda regula el “Registro actualizado de clientes evaluados y productos no adecuados”<sup>849</sup>.

**[194] Test de idoneidad.** El test de idoneidad está regulado por los arts. 79 bis.6 LMV y 72 y 74 RD 217/2008. Y, a nivel comunitario, por los arts. 19.4 Directiva 2004/39 y 35 y 37 Directiva 2006/73.

El referido test resulta procedente cuando se presta un servicio de asesoramiento en inversiones o de gestión de cartera<sup>850</sup>. Su finalidad es que las ESI puedan recomendar al cliente los servicios o instrumentos que más le interesen, sin que en caso de no recabar la información respectiva deban formular recomendaciones (art. 79 bis.6 LMV). El objetivo de la obligación de obtener información de parte del cliente es disponer de los antecedentes esenciales acerca de él. Asimismo, el resultado del test de idoneidad debe proporcionar “una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la

---

diversos productos estructurados y los instrumentos financieros recogidos en los apartados 2 a 8 del art. 2 LMV. Entre los segundos menciona, entre otros, las acciones ordinarias de sociedades admitidas a cotización en mercados regulados, las letras del tesoro, los pagarés y los bonos que no incorporen un derivado implícito. La propuesta de reforma de la normativa comunitaria MiFID pretende exigir mayores presupuestos para considerar un instrumento como no complejo. V. CENTRO DEL SECTOR FINANCIERO DE PWC e IE BUSINESS SCHOOL, *MiFID II*, pp. 3 y 8.

<sup>849</sup> Respecto del test de conveniencia v. BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, pp. 519s.; CABALLERO NÚÑEZ, G., “Las obligaciones”, p. 114; CNMV DEPARTAMENTO DE SUPERVISIÓN ESI-ECA, *Guía de actuación*, pp. 2-11; CUENCA GARCÍA, Á., “La protección”, pp. 855 y 859; ESPÍN GUTIÉRREZ, C., “El conocimiento”, pp. 289-293; FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., “La aplicación”, pp. 7s. y 11s.; FERRANDO VILLALBA, L., KUSTER BOLUDA, I. y VILA LÓPEZ, N., *La protección*, pp. 118s.; MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, pp. 97-101; MORALEJO, I., “Las normas”, pp. 359s.; REDONDO TRIGO, F., “La nulidad”, p. 638; REGADERA SÁENZ, J., “El consentimiento”, pp. 21s.; ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., *La disciplina*, p. 59; y TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del inversor”, p. 114. La propuesta de reforma de la normativa comunitaria MiFID pretende ampliar los supuestos de evaluación de la conveniencia. V. CENTRO DEL SECTOR FINANCIERO DE PWC e IE BUSINESS SCHOOL, *MiFID II*, pp. 3 y 8.

<sup>850</sup> En el asesoramiento las ESI deben ofrecer al cliente la misma protección básica de las normas de conducta de la disciplina MiFID. RODRIGO PEREDA DE PABLO, Á., “El asesoramiento”, p. 502. La propuesta comunitaria de reforma de la normativa MiFID contempla importantes modificaciones en materia de obligaciones de los asesores en inversiones, sobre todo por lo que concierne al suministro de información. V. CANTA, J. y DURET, L. “MIFID II”, p. 323; y CENTRO DEL SECTOR FINANCIERO DE PWC e IE BUSINESS SCHOOL, *MiFID II*, pp. 4 y 8s.

naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse, o que debe realizarse al prestar el servicio de gestión de cartera”, se acomoda a los conocimientos y experiencia del cliente, a su situación financiera y a sus objetivos de inversión (art. 72 RD 217/2008).

Los antecedentes que se deben recabar del cliente por medio del test de idoneidad se refieren a los siguientes aspectos: sus conocimientos y experiencia en los mismos términos del test de conveniencia (nuevamente, estas preguntas no son necesarias respecto de clientes profesionales); su situación financiera; y sus objetivos de inversión (art. 79 bis.6 LMV).

Una vez efectuadas las preguntas pertinentes, la recomendación formulada por la ESI deberá acomodarse a los conocimientos y experiencia del cliente, a su situación financiera y a sus objetivos de inversión en los términos del art. 72 RD 217/2008. No obstante, conforme a esta norma a las ESI se les permite considerar que los clientes profesionales a tenor de la LMV pueden asumir cualquier riesgo de inversión.

Finalmente, la entidad debe entregar al cliente por escrito o a través de otro soporte duradero una descripción acerca de cómo se acomoda la respectiva recomendación a las características y objetivos de aquel (art. 79 bis.6 LMV). Esta obligación ha sido desarrollada por la Norma tercera de la Circular 3/2013<sup>851</sup>.

## 9. Información precontractual en la normativa sobre contratación a distancia

**[195] Síntesis.** A la contratación a distancia con EC se aplican la LSSICE y la LCDSFDC<sup>852</sup>.

---

<sup>851</sup> Esta Norma precisa que “(l)a recomendación deberá ser coherente con todos los aspectos evaluados al cliente y la descripción deberá referirse al menos a los términos en que se haya clasificado el producto o servicio de inversión tanto desde el punto de vista del riesgo de mercado, de crédito y de liquidez, como de su complejidad, así como a la evaluación de la idoneidad realizada al cliente en sus tres componentes. Cuando se trate de inversores profesionales la entidad podrá omitir esta explicación en lo relativo a los conocimientos y experiencia así como a su situación financiera, en este último caso, salvo que se trate de un cliente de los enumerados en la letra e) del artículo 78 bis.3 de la Ley 24/1988, de 28 de julio. La descripción podrá ser abreviada cuando se realicen recomendaciones sobre un mismo tipo o familia de productos de forma reiterada”. Respecto del test de idoneidad v. BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, pp. 518s.; CNMV. *Guía de actuación*, pp. 11-18; CUENCA GARCÍA, Á., “La protección”, pp. 855 y 859; ESPÍN GUTIÉRREZ, C., “El conocimiento”, pp. 286-289; FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., “La aplicación”, pp. 8s. y 11s.; FERRANDO VILLALBA, L., KUSTER BOLUDA, I. y VILA LÓPEZ, N., *La protección*, p. 118; MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, pp. 101s.; MORALEJO, I., “Las normas”, pp. 353-359; REGADERA SÁENZ, J., “El consentimiento”, pp. 19-21; ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., *La disciplina*, p. 59; TAPIA HERMIDA, A., “Contratos bancarios”, p. 610 (respecto del contrato de gestión de cartera); y TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del inversor”, p. 114.

<sup>852</sup> V. DÍEZ BALLESTEROS, J., “Obligaciones”, p. 64 (y nota 17); y GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., “Comentario” (al art. 7 LCDSFDC), p. 1900. A nivel comunitario resultan relevantes los arts. 5 (“Información general exigida”), 6 (“Información exigida”) y 10 (“Información exigida”) Directiva 2000/31 (incorporada por la LSSICE). Asimismo, los arts. 3 (“Información del consumidor previa a la celebración de un contrato a distancia”), 4 (“Requisitos adicionales de información”) y 5 (“Comunicación de las condiciones contractuales y de la información previa”) Directiva 2002/65 (cuya adaptación se completó por la LCDSFDC). V. AA.VV., CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *El Derecho*, pp. 369s. (Directiva 2000/31) y 374s. (Directiva 2002/65); y TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del consumidor”, pp. 221s. (Directiva 2002/65). El art. 97 TRLGDCU, referido a la información precontractual en la contratación a distancia con consumidores, no se aplica a los servicios financieros, por disponerlo así su art. 93.1.c. (v. TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del consumidor”, p. 221 -un

[196] LSSICE. Los apartados 1 y 2 del art. 27 LSSICE disciplinan la obligación de información que debe cumplir el prestador de servicios respecto del destinatario antes del inicio del procedimiento de contratación. Esta obligación puede no operar en caso de acuerdo entre las partes (salvo que el destinatario sea un consumidor) o de que el contrato se haya celebrado de forma exclusiva mediante correo electrónico u otro mecanismo equivalente<sup>853</sup>.

En cuanto a las características que debe reunir la información, esta debe ser “clara, comprensible e inequívoca”<sup>854</sup>. Asimismo, debe proporcionarse “de forma permanente, fácil y gratuita”. El contenido de la información está referido a los aspectos fundamentales del procedimiento de contratación<sup>855</sup>. En cuanto al medio de transmisión de la información, el prestador puede ponerla a disposición del destinatario, a través de técnicas adecuadas al medio de comunicación utilizado, en la respectiva página o sitio *web* o mediante la facilitación de la dirección de Internet en que se puede encontrar<sup>856</sup>.

[197] LCDSFDC. En la LCDSFDC, aplicable a la contratación con EC tanto en los servicios bancarios como en los de inversión (art. 2.1), destaca el art. 7.1 y 2<sup>857</sup>.

---

comentario del art. 97 TRLGDCU en SÁNCHEZ GÓMEZ, A., “Comentario” (al art. 97)). En similares términos procede el art. 3.1 (1) Directiva 97/7 (cuyo art. 4 se refiere a la información precontractual), que excluye de su campo de aplicación los servicios financieros enumerados en el listado no exhaustivo de su Anexo II. Respecto de los deberes de información en esta Directiva pueden consultarse SCHULTE-NÖLKE, H. y BÖRGER, A., “Distance Selling Directive (97/7)”, pp. 327-339; y TWIGG-FLESNER, CH., “Information Duties”, pp. 489s. V. también CARRASCO PERERA, A., “La defensa”, p. 1 (apuntando que no se comprende el motivo por el cual la LCDSFDC ha quedado fuera del TRLGDCU); MIRANDA SERRANO, L. “La contratación”, p. 155 (señalando que la exclusión se debe a las peculiaridades de dicha contratación); MONTES RODRÍGUEZ, M<sup>a</sup>. P., “Novedades”, pp. 881s.; NOVAL LAMAS, J., “El derecho”, pp. 216-218; SÁNCHEZ GÓMEZ, A., “Comentario” (al art. 93), pp. 1204s. (refiriendo que la exclusión de la Directiva se debió a las presiones de la banca europea y que no resulta justificado que la LCDSFDC no haya quedado incorporada dentro del TRLGDCU); PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, p. 427; SERRA RODRÍGUEZ, A., “El derecho”, pp. 20s. (y nota 3); y TAPIA HERMIDA, A., “La Ley 22/2007”, p. 282. Adicionalmente, para la contratación a distancia entre empresarios rige la LOCM. V. GUIASADO MORENO, Á., “Contratación a distancia”, p. 302 (nota 12); y MIRANDA SERRANO, L. “La contratación”, p. 150. Cabe recordar, en fin, que el RD 1906/1999, relativo a la contratación electrónica y telefónica (y cuyo art. 2 regula la información precontractual), no se aplica a las EC (v. *supra* § 139)

<sup>853</sup> V. MIRANDA SERRANO, L. “La contratación”, p. 177.

<sup>854</sup> V. DÍEZ BALLESTEROS, J., “Obligaciones”, p. 74; RIBAS ALEJANDRO, J., *Aspectos*, p. 75; y SERRA RODRÍGUEZ, A., “El derecho”, p. 27.

<sup>855</sup> V. DÍEZ BALLESTEROS, J., “Obligaciones”, p. 74; y RIBAS ALEJANDRO, J., *Aspectos*, p. 75.

<sup>856</sup> V. MIRANDA SERRANO, L., “La contratación”, pp. 177s. También debe tenerse en cuenta el art. 23.3 LSSICE, en cuya virtud, cada vez que la ley requiera que una información relacionada con el contrato conste por escrito, esta exigencia se entenderá cumplida si la información se contiene en un soporte electrónico. V. AA.VV., CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *El Derecho*, p. 364.

<sup>857</sup> El art. 1 prescribe que la ley rige sin perjuicio de la LSSICE, del Capítulo II del Título II LOCM (referido a las ventas a distancia y cuyos arts. 40 y 47 establecen obligaciones de información), de la demás normativa de aplicación general a consumidores y de la normativa especial sobre prestación de servicios financieros. El art. 8 señala que en materia de información también resultan aplicables los requisitos adicionales contenidos en las leyes especiales (v. *gr.*, LCCC), refiriéndose a continuación expresamente a la normativa sobre servicios de pago. V., acerca de ambos puntos, MONTES RODRÍGUEZ, M<sup>a</sup>. P., “Novedades”, pp. 883 y 887; y TAPIA HERMIDA, A., “La Ley 22/2007”, pp. 282 y 285; respecto del primero, SERRA RODRÍGUEZ, A., “El derecho”, pp. 20s. -y nota 9- (refiriendo que en virtud de la exposición de motivos del TRLGDCU las normas de la LOCM sobre contratación a distancia resultan de aplicación solo a las relaciones empresariales, rigiéndose las con consumidores por dicho texto); y, respecto del segundo, CUENCA GARCÍA, Á., “La protección”, p. 866; NOVAL LAMAS, J., “El derecho”, pp. 221s. y 230; y TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del consumidor”, p. 222. En fin, cabe apuntar que el art. 65 *ter* LMV habilita al MEH para regular las especialidades de la

Se trata de una ley cuya finalidad principal es la protección de los consumidores, sobre todo en materia de información<sup>858</sup>. Así, en ella el derecho a la información precontractual está regulado de forma rigurosa<sup>859</sup>. La provisión de información al cliente aspira a obtener la adecuada formación de su voluntad negocial y el conocimiento del contenido del contrato. Y, de modo específico, que el uso de medios electrónicos no lo sitúe en una posición desventajosa respecto de la contratación presencial, toda vez que en la contratación a distancia de servicios financieros los desequilibrios informativos se acentúan<sup>860</sup>.

En cuanto a las características exigidas a la información, del art. 7.2 LCDSFDC resulta que debe ser oportuna (facilitada con tiempo suficiente y antes de que el consumidor asuma cualquier obligación a consecuencia de la oferta o del contrato), indicar inequívocamente su finalidad comercial y comunicarse de forma “clara y comprensible”<sup>861</sup>.

Por lo que respecta al contenido exigido a la información, el art. 7.1 LCDSFDC detalla exhaustivamente los extremos acerca de los cuales se debe ilustrar al consumidor. Se sintetizan en los siguientes: i) identidad del proveedor; ii) naturaleza y contenido del servicio financiero (*v. gr.*, características en los términos establecidos por las normas reglamentarias de desarrollo; precio total del mismo; riesgos especiales del instrumento<sup>862</sup>; y modalidades de pago y ejecución ); iii) estipulaciones contractuales más relevantes (*v. gr.*, derecho de desistimiento u otro de resolución anticipada o unilateral y duración contractual mínima<sup>863</sup>); y iv) medios de indemnización y reclamación (sistemas de resolución unilateral de conflictos y existencia de fondos de

---

contratación de servicios de inversión de forma electrónica. Por su parte, la Norma sexta de la Circular 13/2013 disciplina la forma en que se debe cumplimentar la obligación de recogida de información de parte del cliente en la prestación de servicios por vía electrónica o telefónica. Acerca de la contratación electrónica de servicios de inversión *v.* FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., “La aplicación”, pp. 16ss.

<sup>858</sup> CARRIAZO PÉREZ DE GÚZMAN, T., “El incumplimiento”, p. 298; NOVAL LAMAS, J., “El derecho”, pp. 220s. (citando al anterior); y TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del consumidor”, pp. 217 y 219s.

<sup>859</sup> SÁNCHEZ GÓMEZ, A., “Comentario” (al art. 93), p. 1205.

<sup>860</sup> *Cfr.* GUIADO MORENO, Á., “Contratación a distancia”, pp. 305s. (y nota 21); MONTES RODRÍGUEZ, M<sup>a</sup>. P., “Novedades”, p. 886; PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, pp. 427s.; y SERRA RODRÍGUEZ, A., “El derecho”, p. 20.

<sup>861</sup> V. CARRIAZO PÉREZ DE GÚZMAN, T., “El incumplimiento”, p. 299 (respecto del proyecto de LCDSFDC); GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., “Comentario” (al art. 7 LCDSFDC), pp. 1910s.; GUIADO MORENO, Á., “Contratación a distancia”, p. 308; MAYORGA TOLEDANO, M<sup>a</sup>. C., “Los derechos”, pp. 18s.; NOVAL LAMAS, J., “El derecho”, pp. 236s. (señalando que la información debe cumplir con los requisitos del art. 27.1 LSSICE); PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, p. 429; TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del consumidor”, p. 235. A la exigencia de claridad y comprensibilidad me he referido *supra* § 127 y 129, en relación con los requisitos de incorporación de las condiciones generales de la contratación.

<sup>862</sup> La remisión a las normas reglamentarias de desarrollo debe entenderse hecha a las normas sobre transparencia. Por su parte, en el precio total se debe incluir el de comisiones, cargas, gastos e impuestos. En su caso, se debe indicar la base de cálculo para comprobar el precio total. Así, no cabe remisión a las tarifas generales. En fin, respecto de los riesgos especiales del instrumento cabe consignar que se trata de un contenido especialmente vinculado con las exigencias de la normativa MiFID. V. NOVAL LAMAS, J., “El derecho”, pp. 223s.

<sup>863</sup> V. MARTÍN SALAMANCA, S., “Los derechos”, pp. 99s.; NOVAL LAMAS, J., “El derecho”, pp. 225s.; y SERRA RODRÍGUEZ, A., “El derecho”, pp. 26s.



garantía o de otros mecanismos indemnizatorios). En el caso de la telefonía vocal, el art. 7.3 establece provisiones especiales acerca del contenido de la información<sup>864</sup>.

En cuanto al medio de transmisión de la información de las condiciones de prestación del servicio difundida con finalidad comercial, debe adaptarse a la técnica de comunicación a distancia empleada (art. 7.2). El art. 9.1 LCDSFDC agrega, respecto de la información referida a las condiciones contractuales, que debe proporcionarse en soporte papel u otro duradero accesible al consumidor con antelación suficiente a que asuma cualquier obligación<sup>865</sup>. Se exceptúa el caso contemplado por el art. 9.2<sup>866</sup>.

En fin, el art. 7.2 LCDSFDC señala que la información deberá respetar, en particular, el principio de buena fe en las transacciones comerciales.

## 10. Publicidad financiera

### a. Preliminar

**[198] Normativa aplicable.** El estudio de la publicidad sobre servicios financieros es relevante porque estos se caracterizan, cada vez más, por su complejidad y sofisticación,

---

<sup>864</sup> V., acerca del contenido de la información precontractual en la LCDSFDC, CARRIAZO PÉREZ DE GÚZMAN, T., “El incumplimiento”, pp. 299-303 (respecto del proyecto de la ley); CUENCA GARCÍA, Á., “La protección”, p. 866; FERRANDO VILLALBA, L., KUSTER BOLUDA, I. y VILA LÓPEZ, N., *La protección*, p. 122; GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., “Comentario” (al art. 7 LCDSFDC), pp. 1900-1909; GUIADO MORENO, Á., “Contratación a distancia”, pp. 307s.; MAYORGA TOLEDANO, M<sup>a</sup>. C., “Los derechos”, pp. 20s.; PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, p. 429; NOVAL LAMAS, J., “El derecho”, pp. 222-229; TAPIA HERMIDA, A., “La Ley 22/2007”, pp. 284s.; y TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del consumidor”, pp. 226-234.

<sup>865</sup> Resulta criticable que el legislador no haya exigido una antelación mínima (SERRA RODRÍGUEZ, A., “El derecho”, p. 27). A tenor del art. 6.1, en un “soporte duradero” también deben constar las ofertas y la celebración de los contratos. Se define aquella expresión como “todo instrumento que permita al consumidor almacenar la información dirigida personalmente a él, de modo que pueda recuperarla fácilmente durante un período de tiempo adecuado para los fines para los que la información está destinada y que permita la reproducción sin cambios de la información almacenada”. V. CARRIAZO PÉREZ DE GÚZMAN, T., “El incumplimiento”, pp. 303-305 (respecto del proyecto de LCDSFDC); GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., “Comentario” (al art. 7 LCDSFDC), pp. 1911s.; GUIADO MORENO, Á., “Contratación a distancia”, p. 308; FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., “La aplicación”, pp. 21s.; FLORES DOÑA, M<sup>a</sup>. de S., “Naturaleza”, pp. 27ss.; PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, p. 429.; y TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del consumidor”, pp. 237s.

<sup>866</sup> Que autoriza al proveedor para cumplir con su obligación de informar “inmediatamente después de la formalización del contrato”. Esto podrá ocurrir en caso de haberse celebrado el contrato a solicitud del consumidor empleando una técnica de comunicación a distancia que no permita proporcionar las condiciones contractuales o la información preceptiva con antelación suficiente a la asunción de obligaciones (v. gr., caso de la telefonía vocal y de la contratación mediante mensajes de texto telefónicos). No parece lógica esta excepción, porque la finalidad de la información precontractual es permitir la manifestación de una voluntad adecuada. Por este motivo, debería otorgarse antes de la contratación. V. CARRIAZO PÉREZ DE GÚZMAN, T., “El incumplimiento”, p. 304. Críticos con esta solución se muestran también NOVAL LAMAS, J., “El derecho”, p. 235 (refiriendo que debería haberse señalado en este supuesto un plazo para el otorgamiento de información desde la formalización del contrato); SERRA RODRÍGUEZ, A., “El derecho”, p. 27; y TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del consumidor”, pp. 236s. (apuntando que resultaba necesario especificar el plazo para el cumplimiento de la obligación de información del proveedor, ya que la fórmula “inmediatamente después de la formalización del contrato” carece de objetividad, sin perjuicio de que dicho cumplimiento debería realizarse antes del plazo de ejercicio del derecho de desistimiento). En todo caso, el debilitamiento de la voluntad negocial del consumidor se ve compensado por la existencia del derecho de desistimiento. PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, p. 430.

lo que torna dificultosa su comprensión para los clientes, con el añadido de que su contratación puede constituir una decisión de importante trascendencia económica<sup>867</sup>.

En primer lugar, a la publicidad de servicios financieros se aplica la LGP<sup>868</sup>. Su art. 5.1 establece que la publicidad de productos, actividades y servicios susceptibles de provocar riesgos para la seguridad del patrimonio de las personas podrá ser disciplinada por sus normativas específicas o sometida al régimen de autorización administrativa previa.

Luego, a la publicidad de servicios financieros se aplica el art. 19.4 TRLGDCU<sup>869</sup>. Este precepto señala que las disposiciones sobre prácticas comerciales (*v. gr.*, la publicidad) en él recogidas así como las específicas contenidas en las normativas comunitarias o en el Derecho interno en relación con el crédito al consumo, la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores, las normas de conducta en materia de servicios de inversión y el comercio electrónico, prevalecerán sobre las generales<sup>870</sup>. El nº 5 agrega que en relación con los servicios financieros podrán dictarse normas legales o reglamentarias que dispensen una protección más elevada a los consumidores.

La normativa específica en materia de publicidad de servicios financieros está representada por las Órdenes EHA/1718/2010 (servicios bancarios) y EHA/1717/2010 (servicios de inversión). Cabe mencionar también la Circular 6/2010 (publicidad de productos y servicios bancarios)<sup>871</sup>. A los servicios de pago, de conformidad con la Disposición adicional única de la Orden EHA/1718/2010, también se aplica la referida normativa<sup>872</sup>. En fin, al contrato de crédito al consumo se aplica la LCCC<sup>873</sup>.

Ambas Órdenes, en sus preámbulos, reconocen que el principio de protección del cliente (bancario o inversor) implica que este debe contar con información suficiente para sustentar su decisión de contratar, debiendo ser de carácter veraz<sup>874</sup>. Este es el motivo, agregan, de la existencia de variadas disposiciones que imponen en el mercado financiero obligaciones de información y transparencia. Finalizan apuntando que la eficacia de tales previsiones podría verse frustrada si la normativa financiera desconociera la importancia de la publicidad para la adopción por los clientes de

---

<sup>867</sup> V. GALÁN CORONA, E., “La publicidad”, pp. 670s.

<sup>868</sup> V. CERVERA-MERCADILLO TAPIA, V., “La protección”, pp. 401s. (acerca de los servicios de inversión); y GALÁN CORONA, E., “La publicidad”, pp. 670s., agregando ambos la LCD.

<sup>869</sup> BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, p. 509.

<sup>870</sup> Así, a la contratación entre consumidores y EC se aplica el art. 61.1 TRLGDCU. LLEBARÍA SAMPER, S., “Protección”, p. 13. V. también los arts. 126-1.a. y b. y 211-3 CCC.

<sup>871</sup> V. BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, pp. 509 y 512. A tenor de su exposición de motivos, la Orden EHA/1718/2010 se enmarca dentro de la habilitación realizada por el art. 48.2.d LDIEC. Este faculta al MEH para dictar las normas necesarias para que la publicidad de las EC incorpore todos los elementos necesarios para apreciar sus verdaderas condiciones. Dicha Orden derogó el Capítulo III de la Orden 12/12/1989, que luego fue derogada en lo restante por la Orden EHA/2899/2011. Por su parte, la señalada Circular, dictada en uso de la habilitación conferida por la Disposición final primera de la Orden EHA/1718/2010, derogó la norma novena de la Circular 8/1990, posteriormente derogada en su integridad por la Circular 5/2012. Adviértase que el art. 2.3 Orden EHA/1717/2010 menciona las actividades que no se considerarán publicitarias, que quedan excluidas de su ámbito. Acerca de la Orden EHA/1718/2010 v. GALÁN CORONA, E., “La publicidad”, pp. 672-679; y, acerca de ambas Órdenes, MARTÍNEZ ESPÍN, P., “El nuevo régimen de la publicidad”.

<sup>872</sup> V. GALÁN CORONA, E., “La publicidad”, p. 674.

<sup>873</sup> BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, pp. 509s.

<sup>874</sup> V. PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, p. 421 (respecto de la Orden EHA/1718/2010).

decisiones razonadas. Así, ambas Órdenes reconocen la existencia de una estrecha conexión entre información precontractual y publicidad, lo que avala la opción de tratarlas de forma conjunta en este trabajo<sup>875</sup>.

## **b. Características, contenido y medio de transmisión de la información publicitaria**

**[199] Características exigidas a la información publicitaria.** Por lo que respecta a las características que debe cumplir la publicidad, tanto la Orden EHA/1717/2010 como la EHA/1718/2010 indican, en su art. 4, que debe ser “clara, suficiente, objetiva y no engañosa”. Además, debe aparecer de forma explícita y patente la índole publicitaria del mensaje<sup>876</sup>. Estas notas aspiran a que el mensaje publicitario no induzca a error a sus destinatarios (esto es, que no sea engañoso –en los términos de la LGP-).

La exigencia de claridad busca que dicho mensaje resulte fácilmente comprensible para el cliente. La de suficiencia aspira a que este pueda hacerse una adecuada representación del producto o servicio con los datos en él contenidos. La de objetividad pretende que no concurren en la publicidad apreciaciones subjetivas, bastando a este efecto la mención de las condiciones y características del producto o servicio. Además, en los servicios de inversión, en caso de elaboración obligatoria de un folleto informativo, la información contenida en la publicidad deberá ser coherente con la que aparezca en él. En fin, ambas normativas encargan a los organismos supervisores (BdeE y CNMV) la determinación de los demás principios generales a que deberá sujetarse la publicidad, así como los restantes extremos que puedan afectar su carácter equilibrado o ponderado y objetivo<sup>877</sup>.

---

<sup>875</sup> Ambas Órdenes establecen un control administrativo *ex post* de la publicidad. Así, la Orden EHA/1718/2010 termina con el régimen de control administrativo previo a que se encontraba sometida la publicidad bancaria. V. GALÁN CORONA, E., “La publicidad”, pp. 672 y 676 (y, acerca del actual control *ex post*, pp. 677s.); y RODRÍGUEZ MASEDA, J. C., “Las operaciones bancarias”, p. 599. En materia de servicios de inversión, en virtud del art. 94 (1) LMV el Ministro de Economía y la CNMV, con habilitación expresa de aquel, deberán determinar los supuestos en que la publicidad de las actividades contempladas en aquella ley estará sometida a autorización o a otro mecanismo de control administrativo a cargo de dicha Comisión y aprobarán, en general, las disposiciones especiales que habrán de regirla. Aparte de la Orden EHA/1717/2010, la CNMV deberá dictar la correspondiente Circular para regular esta materia. V. GALÁN CORONA, E., “La publicidad”, pp. 679s. (y, acerca del control administrativo *ex post* de la publicidad que corresponde a la CNMV, las pp. 684s.); y TAPIA HERMIDA, A., “Desarrollo reglamentario de las normas”, p. 325.

<sup>876</sup> Características reiteradas para los servicios bancarios por el art. 5 Orden EHA/2899/2011. V. SÁNCHEZ MONJO, M., “El nuevo”, p. 293; y PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, p. 421. El art. 79 *bis*.2 LMV, al referirse a las características que debe reunir la información a suministrar a los clientes de las ESI, establece que también resultan exigibles a las informaciones publicitarias. Así, estas deben ser imparciales, claras y no engañosas (para lo cual deben cumplir las condiciones del art. 60 RD 217/2008). Asimismo, la LMV establece que deben identificarse claramente las comunicaciones publicitarias como tales. V. CUENCA GARCÍA, Á., “La protección”, pp. 853s.; FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., “La aplicación”, p. 9; GALÁN CORONA, E., “La publicidad”, p. 679; MORALEJO, I., “Las normas”, p. 369; ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., *La disciplina*, p. 62 y “La información”, p. 185; y TAPIA HERMIDA, A., “Desarrollo reglamentario de las normas”, p. 324.

<sup>877</sup> V. CUENCA GARCÍA, Á., “La protección”, pp. 853ss.; GALÁN CORONA, E., “La publicidad”, pp. 675s. y 683; PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, p. 421; y RODRÍGUEZ MASEDA, J. C., “Las operaciones bancarias”, p. 599s. En materia de crédito al consumo, el art. 9 LCCC, referido a la información básica que debe incorporarse en la publicidad dirigida a consumidores, apunta que ella debe puntualizar determinados elementos de manera clara, concisa y destacada mediante un ejemplo representativo, debiendo publicarse en una letra legible y con un contraste de impresión adecuado. También debe tenerse en cuenta el art. 20 LSSICE, referido a la “(i)nfomación exigida sobre

**[200] Contenido exigido a la información publicitaria.** Por lo que atañe al contenido exigido a la publicidad, aparte de la tarea encomendada a los organismos supervisores previamente referida, las mencionadas Órdenes asignan a estos la determinación de los criterios generales sobre contenido mínimo de los mensajes publicitarios. No obstante, igualmente contienen algunos criterios básicos a este respecto. En la Orden EHA/1718/2010, destaca la expresión del coste o rentabilidad de depósitos y créditos por medio de la TAE y la mención de la tercera empresa por medio de la cual, en su caso, se lleven a efecto las operaciones relativas a los productos o servicios ofertados por las EC<sup>878</sup>. Con arreglo a la Orden EHA/1717/2010, en caso de elaboración obligatoria de un folleto informativo, la publicidad debe aludir a él e indicarle al inversor el lugar en que puede conseguirlo, debiendo ser la información publicitaria coherente con la del folleto<sup>879</sup>.

**[201] Medio de transmisión de la información publicitaria.** En materia de medio de transmisión de la publicidad, aparte del papel atribuido a los organismos supervisores previamente apuntado, las mencionadas Órdenes señalan que estos determinarán los criterios generales sobre el formato de los mensajes publicitarios. Dichos organismos deben especificar, en todo caso, la forma y condiciones de difusión de aquellos, en orden a que no se omita dato relevante alguno acerca de los productos y servicios y no se induzca a error a sus destinatarios de ningún modo. Esta última parte no solo resulta aplicable al medio de transmisión de la información, sino también al contenido de la misma.

En los servicios bancarios, la Norma segunda de la Circular 6/2010 prescribe que las EC, al confeccionar los contenidos mínimos y el formato de los mensajes publicitarios, deben sujetarse, de manera proporcionada a la naturaleza y complejidad del producto o servicio ofertado y a las características del medio de difusión empleado, a los principios generales de su anejo. Esta disciplina de forma detallada el medio de transmisión de la publicidad (formato) y su contenido<sup>880</sup>.

---

las comunicaciones comerciales, ofertas promocionales y concursos”. Las primeras, cuando se realizan vía electrónica, deben ser claramente identificables como tales, así como la persona física o jurídica en nombre de la cual se efectúan. Las que se llevan a cabo por medio de correo electrónico u otro mecanismo de comunicación electrónica equivalente incorporarán al inicio la palabra publicidad o la abreviatura “publi” (apartado 1). En las ofertas promocionales y concursos o juegos promocionales se debe asegurar que las condiciones de acceso y de participación sean fácilmente accesibles y se expresen de manera clara e inequívoca (apartado 2). V. DÍEZ BALLESTEROS, J., “Obligaciones”, pp. 64s.; MIRANDA SERRANO, L. “La contratación”, p. 176; y RIBAS ALEJANDRO, J., *Aspectos*, pp. 61s.

<sup>878</sup> V. GALÁN CORONA, E., “La publicidad”, p. 676; y PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, p. 422. V. también el art. 17.1 Orden EHA/2899/2011. Cfr. SÁNCHEZ MONJO, M. “El nuevo”, p. 293.

<sup>879</sup> A tenor del art. 9 LCCC, el contenido de la información publicitaria básica en materia de crédito al consumo ha de estar referido a diversos extremos. Así, al tipo deudor fijo o variable y a los recargos del coste total del crédito; importe total de este; TAE (salvo cierta excepción) y existencia de la condición consistente en que la concesión del crédito se traduce en una contratación accesoria (v. *gr.*, de un seguro), cuando el coste de este servicio no pudiera determinarse con antelación; duración del contrato; en los créditos en forma de pago aplazado de un bien o servicio, precio al contado e importe de los eventuales anticipos; e importe total adeudado y de los pagos a plazos (v. NASARRE AZNAR, S., “II-3:101-II-3:103”, p. 210). El hecho de que la LCCC exija otorgar al consumidor en la publicidad determinada información aproxima dicha ley a la integración publicitaria del contrato contemplada por el TRLGDCU (VELA TORRES, P., “Los contratos”, p. 224).

<sup>880</sup> V. RODRÍGUEZ MASEDA, J. C., “Las operaciones bancarias”, p. 600. En cuanto al medio de divulgación de la publicidad en la LCCC, el art. 9 indica que la información básica debe insertarse en la publicidad y en las comunicaciones comerciales. Y, asimismo, en los anuncios y ofertas exhibidos en los locales comerciales en los que se oferte un crédito o la intermediación para la conclusión de un contrato

## 11. Información precontractual en diversos materiales prelegislativos europeos

### a. Preliminar

[202] **Revisión y armonización del Derecho contractual europeo.** En el lento y complejo proceso de revisión y armonización o unificación del acervo comunitario en materia de Derecho contractual europeo<sup>881</sup>, destacan diversas actuaciones del Parlamento, la Comisión y el Consejo europeos tendentes a coordinar y mejorar el régimen jurídico aplicable en un ámbito tan esencial como aquel<sup>882</sup>.

A los efectos de este trabajo, la importancia de dichas actuaciones estriba en las repercusiones que tienen en relación con la obligación precontractual de informar. Desde 1989 las referidas instituciones comunitarias han venido trabajando en la revisión del mencionado acervo con miras a su coordinación y a la elaboración de un instrumento normativo que recoja dicho trabajo e idealmente redunde en la armonización o unificación de un sector significativo del Derecho de las obligaciones y los contratos, siendo una parte esencial de este proceso los análisis y propuestas en materia de obligación precontractual de informar.

Entre las iniciativas de las aludidas instancias comunitarias destacan, en primer término, diversas resoluciones del Parlamento Europeo<sup>883</sup>. En segundo lugar, sobresalen

---

de crédito al consumo, cuando señalen el tipo de interés o cualesquiera montos ligados con el coste del crédito para el consumidor. V. también el art. 4 Directiva 2008/48. A su respecto v. MONTES RODRÍGUEZ, M<sup>a</sup>. P., “Novedades”, p. 893.

<sup>881</sup> Acerca del significado de ‘armonización’ v. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Los Principios”, pp. 165s. (respecto de los PECL); y de su diferencia con la unificación, INFANTE RUIZ, F., “Entre lo político”, p. 7. La finalidad principal de dicho proceso es, en último término, la construcción de un mercado interior único. Cfr. ARROYO I AMAYUELAS, E., “Estudio”, pp. 21 y 23; y DE LEÓN ARCE, A., “El consumo”, p. 82. Acerca de los obstáculos para la unificación v. ARROYO I AMAYUELAS, E., “Estudio”, pp. 51ss.; CÁMARA LAPUENTE, S., “Un Derecho”, pp. 47-53; y SÁNCHEZ LORENZO, S., “La unificación”, pp. 89-95 (aludiendo a “la cuestión competencial”, a las “diversidades culturales y axiológicas” y a la “legitimidad democrática del proceso”); y de dichos obstáculos y de las ventajas del referido proceso, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La unificación”, *passim*.

<sup>882</sup> V. CÁMARA LAPUENTE, S., “Un Derecho”, pp. 59-63; e INFANTE RUIZ, F., “Entre lo político”, p. 5 (con un análisis crítico de este proceso, en sentido positivo y negativo, a lo largo de todo el texto). Cabe precisar que el proceso de armonización se da en tres planos: legislativo, doctrinal y jurisprudencial. V. ARROYO I AMAYUELAS, E., “Estudio”, pp. 28-46.

<sup>883</sup> De 26-5-89 (DOCE C 158, 26-6-89); 6-5-94 (DOCE C 205, 25-7-94); 15-11-01 (DOCE C 140 E, 13-6-02); 2-9-03 (DOUE C 76 E, 25-3-04); 23-3-06 (DOUE C 292 E, 1-12-06); 7-9-06 (DOUE C 305 E, 14-12-06); 6-9-07 (DOUE C 187 E, 24-7-08); 12-12-07 (DOUE C 323 E, 18-12-08); 3-9-08 (DOUE C 295 E, 4-12-09); y 8-6-11 (DOUE C 380 E, 1-12-12). Esta última, en materia de deberes informativos y tópicos a ellos asociados, señala que “algunos de los obstáculos más claros a los que han de hacer frente los consumidores y las PYME en relación con el mercado único son la complejidad de las relaciones contractuales, las cláusulas y condiciones contractuales injustas, la información inadecuada e insuficiente y los procedimientos ineficaces y prolongados” (Considerando M). Eso sí, los servicios financieros no quedarían comprendidos dentro de un futuro instrumento comunitario sobre Derecho contractual. En su punto 25 señala que el Parlamento “(r)ecomienda prudencia, sin embargo, en cuanto a la inclusión de servicios financieros procedentes de instrumentos de Derecho contractual propuestos en esta fase y pide a la Comisión que establezca un grupo de expertos internos específico para cualesquiera trabajos preparatorios sobre los servicios financieros, con objeto de garantizar que todo futuro instrumento tenga en cuenta las posibles características específicas del sector de los servicios financieros, así como todas las iniciativas emprendidas por otros servicios de la Comisión”. V. ARROYO I AMAYUELAS, E., “Estudio”, p. 50; CÁMARA LAPUENTE, S., “Un Derecho”, pp. 59 y 61s.; DE LEÓN ARCE, A., “El consumo”, pp. 83s.; EBERS, M., “De la armonización”, p. 6; INFANTE RUIZ, F., “Entre lo político”, p. 7; MARÍN LÓPEZ, M., “La Directiva 2011/83/UE”, p. 10; PRATS ALBENTOSA, L., “La unificación”,

determinados instrumentos de la Comisión Europea, representados por comunicaciones<sup>884</sup>, informes y decisiones<sup>885</sup>. En tercer lugar, tienen relevancia algunos documentos emanados del Consejo Europeo, como ciertas resoluciones e informes<sup>886</sup>. Y, en fin, otros de diversa índole documentos<sup>887</sup>.

A fines de 2008 concluyó la investigación de la Red Académica Europea, financiada mediante una subvención del VI Programa Marco de Investigación. A raíz de ella se publicó el “Proyecto de MCR”. Este abarca principios, definiciones y reglas modelo de Derecho privado, tanto para los contratos mercantiles como para los de consumo<sup>888</sup>. Por

---

p. 51; RALUCA STROIE, I., “La Directiva 2011/83/UE”, p. 2; SÁNCHEZ LORENZO, S., “La unificación”, pp. 95-98; y VAQUER ALOY, A., “El Marco”, p. 239.

<sup>884</sup> De 11-7-01 (COM (2001) 398 final, DOCE C 255, 13-9-01); 12-2-03 (COM (2003) 68 final, DOUE C 63, 15-3-03) -a partir de la cual se evitan expresiones que pudieran entenderse como “código”, siendo el punto de partida del DCFR, señalando que para el mejoramiento del acervo contractual comunitario la Comisión financiaría investigaciones, habiendo sufragado, en 2005, mediante una subvención del VI Programa Marco de Investigación, una Red Académica Europea cuyo trabajo condujo, en 2009, a un proyecto académico de MCR -VON BAR, C., CLIVE, E., SCHULTE-NÖLKE, H. *et al.* (Edits.), *Principles*-; 11-10-04 (COM (2004) 651 final, DOUE C 14, 20-1-05) -con la que se inicia la revisión de 8 Directivas sobre consumo, no abarcándose las referidas al comercio electrónico y los servicios financieros, decantándose la Comisión hacia fórmulas de *soft law*, sin que aspire ya a proponer un CC europeo-; 8-2-07 (Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo, COM (2006) 744 final) -que en relación con los servicios financieros señala que podrían ser excluidos (total o parcialmente) de futuros desarrollos legislativos (pp. 5s.), aun cuando VON BAR, C., CLIVE, E., SCHULTE-NÖLKE, H. *et al.* (Edits.), *Principles*, p. 37, indican que las Directivas relativas a la provisión de información a beneficiarios de servicios financieros también podrían ser revisadas-; 22-10-09 (COM (2009) 557 final); 20-4-10 (COM (2010) 171 final); y 11-10-11 (COM (2011) 636 final). V. ARROYO I AMAYUELAS, E., “Estudio”, p. 19; CÁMARA LAPUENTE, S., “Un Derecho”, pp. 59s.; DE LEÓN ARCE, A., “El consumo”, pp. 83 y 85; EBERS, M., “De la armonización”, pp. 6 y 8s.; INFANTE RUIZ, F., “Entre lo político”, pp. 9s. y 12; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Los Principios”, p. 168; LETE, J., “Consumer Rights Directive”, pp. 87s.; MARÍN LÓPEZ, M., “La Directiva 2011/83/UE”, pp. 9s.; PANIAGUA ZURERA, M. y MIRANDA SERRANO, L., “La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción”, p. 25; SÁNCHEZ LORENZO, S., “La unificación”, pp. 95-97; y VAQUER ALOY, A., “El Marco”, pp. 240s.

<sup>885</sup> Entre los informes destacan el de 23-9-05 (COM (2005) 456) -v. DE LEÓN ARCE, A., “El consumo”, pp. 88s.- y el de 25-7-07 (COM (2007) 447 final). Este último resulta importante porque destaca los principales problemas planteados en relación con el deber de informar en los talleres sobre el MCR (p. 4). Se trata de los siguientes: “(d)eber de información sobre los bienes y los servicios”; “Deber de información al celebrar un contrato con un consumidor en particular desventaja”; y “Medidas por el incumplimiento del deber de información”. Entre las decisiones sobresale la de 26-4-10, por la que se crea un Grupo de expertos para un MCR en el ámbito del Derecho contractual europeo (DOUE 27-10-10, L 105) -v. GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M., “El futuro”, p. 7; y PRATS ALBENTOSA, L., “La unificación”, p. 51-.

<sup>886</sup> Destaca la “Resolución del Consejo sobre «Un Derecho contractual europeo más coherente» (DOUE 14-10-03, C 246). Entre los informes sobresalen los del Consejo de Justicia, Asuntos de Interior y Protección Civil de 16-11-01 (sesión 2385ª) y de Justicia y Asuntos de Interior de 18-4-08 (sesión 2863ª). También resultan relevantes las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere, celebrado los días 15 y 16-10-99 (SI (1999) 800). V. CÁMARA LAPUENTE, S., “Un Derecho”, pp. 59 y 62 (y nota 38); DE LEÓN ARCE, A., “El consumo”, p. 85; y VAQUER ALOY, A., “El Marco”, pp. 242s.

<sup>887</sup> Así, los Libros Verdes “sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea”, de 2-10-01 (COM (2001) 531 final) y “sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas”, de 1-7-10 (COM (2010) 348 final). Destacan también los Dictámenes del Comité Económico y Social Europeo de 17-7-02 (DOCE 7-10-02, C 241) y de 19-1-11 (DOUE 17-3-11, C 84). Y, en fin, el Programa de Estocolmo para 2010-2014 (Acto del Consejo de 2-12-09, n° 17024/09). V., acerca de algunos de dichos instrumentos, ARROYO I AMAYUELAS, E., “Hacia un Derecho”, p. 210 (nota 1); CÁMARA LAPUENTE, S., “Un Derecho”, p. 62; GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M., “El futuro”, pp. 6s.; y PRATS ALBENTOSA, L., “La unificación”, p. 49.

<sup>888</sup> V. VON BAR, C., CLIVE, E., SCHULTE NÖLKE, H. *et al.* (Edits.), *Principles*.

su parte, el 5-4-11 finalizaron los trabajos del grupo de expertos para un MCR creado por la Decisión de la Comisión Europea de 26-4-10. Este grupo redactó un informe sobre la viabilidad de un instrumento normativo en Derecho de contratos en la UE (publicado por dicha Comisión el 3-5-11), que recoge las reglas que podrían emplearse como punto de partida para la elaboración de aquel instrumento<sup>889</sup>.

En algún momento se discutió acerca de la fuerza vinculante del instrumento institucional proyectado para los Estados miembros de la UE y para las partes contratantes, al depender dicha eficacia del tipo de documento que llegara a aprobarse<sup>890</sup>. Finalmente, en 2011 se publicó la Directiva 2011/83 (sobre derechos de los consumidores), que viene a sistematizar el Derecho del consumo de la UE, siendo, por tanto, el hito más relevante de la armonización del Derecho privado europeo<sup>891</sup>. No obstante, según vimos, dicha Directiva no se aplica a los servicios financieros.

En el proceso de construcción de un instrumento sobre Derecho contractual comunitario, diversos grupos de especialistas han elaborado proyectos al respecto<sup>892</sup>. A pesar de que carecen de fuerza vinculante, tienen una importancia fundamental, al encontrarse revestidos de un peso académico incontestable por haber sido redactados por grupos de expertos a través de un trabajo de largo aliento y de un reflexivo proceso de análisis y debate, a veces financiado por instancias oficiales. Esta constatación los convierte en referentes en materia de Derecho de obligaciones y contratos (para la jurisprudencia, la legislación y la doctrina, nacionales e internacionales)<sup>893</sup>, entendiéndose por esto mismo que constituyen una muestra del llamado *soft law*<sup>894</sup>.

---

<sup>889</sup> V. GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M., “El futuro”, p. 7; y PRATS ALBENTOSA, L., “La unificación”, p. 51. El documento se titula “*A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback*”. En su Anexo IV contiene el texto de lo que podría haber sido el futuro instrumento sobre Derecho contractual europeo. Puede consultarse en [http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility\\_study\\_final.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf).

<sup>890</sup> VAQUER ALOY, A. “El Marco”, p. 244. V. los argumentos a favor y en contra de un CC europeo en CÁMARA LAPUENTE, S., “Un Derecho”, pp. 66-74

<sup>891</sup> El considerando 7 de la Directiva señala lo siguiente: “(u)na armonización plena de determinados aspectos reglamentarios fundamentales debe reforzar considerablemente la seguridad jurídica, tanto para los consumidores como para los comerciantes. Los consumidores y los comerciantes deben poder contar con un único marco normativo basado en conceptos jurídicos claramente definidos que regularán determinados aspectos de los contratos celebrados entre empresas y consumidores en la Unión. Como consecuencia de dicha armonización, deben desaparecer los obstáculos derivados de la fragmentación de las normas y será posible la consecución del mercado interior en este ámbito. Esos obstáculos solo podrán eliminarse estableciendo normas uniformes a escala de la Unión. Además, los consumidores deben disfrutar de un elevado nivel común de protección en toda la Unión”. Otro paso relevante en la armonización del Derecho privado europeo es la “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea”, que adopta la forma de instrumento opcional (COM (2011) 635 final). En su Anexo I contiene la “Normativa común de compraventa europea”, que en el Capítulo 2 de la Parte II regula la “Información precontractual” (arts. 13 a 29). V. AA.VV., “Prólogo” a *Derecho europeo de contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, T. I, p. 71; acerca de la señalada Directiva, MARÍN LÓPEZ, M., “La Directiva 2011/83/UE”; PANIAGUA ZURERA, M. y MIRANDA SERRANO, L., “La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción”, p. 25; y RALUCA STROIE, I., “La Directiva 2011/83/UE”; y respecto del referido reglamento, GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M., “El futuro”, pp. 9ss., principalmente 14-16, relativas a la información precontractual.

<sup>892</sup> V. CÁMARA LAPUENTE, S., “Un Derecho”, pp. 63-66; y SÁNCHEZ LORENZO, S., “La unificación”, pp. 98-101 (con un análisis crítico -positivo y negativo- de estas iniciativas).

<sup>893</sup> V. CÁMARA LAPUENTE, S., “Un Derecho”, p. 64.

<sup>894</sup> V. ARROYO I AMAYUELAS, E., “Estudio”, p. 47. Así, algunas de estas iniciativas han pretendido transformarse en un cuerpo general de Derecho de obligaciones o de contratos, que, en cuanto tal, vaya

Incluso algunos ya han penetrado en la argumentación jurisprudencial (v. gr., los PECL)<sup>895</sup>.

La mayor parte de dichos proyectos se enfrenta a la obligación precontractual de informar (que suelen designar como “deber”) con un nivel de profundidad y sistematicidad que supera con creces a la mayor parte de las regulaciones estatales actualmente en vigor<sup>896</sup>. En general, se decantan por la existencia de un deber amplio de información, sobre todo en la contratación entre empresarios y consumidores. Esta constatación resulta capital porque los aludidos proyectos probablemente marcarán la pauta en la materia en el futuro. Más aun si son tenidos en cuenta para elaborar o modificar las normas estatales o comunitarias sobre información precontractual.

## **b. Iniciativas académicas**

### **i. PECL, CEC, PCCR y Principios *Acquis***

[203] PECL. En primer lugar, destaca el trabajo de la *Commission of European Contract Law* (“Comisión Lando”)<sup>897</sup>. En su virtud se elaboraron los PECL o “Principios Lando”<sup>898</sup>.

Los PECL no abordan el deber precontractual de informar de manera directa, sino a través del tratamiento de la validez contractual (Capítulo IV)<sup>899</sup>.

---

más allá de la mera protección de los consumidores. Por ejemplo, los PECL aspiran a ser aplicados a las transacciones nacionales y transfronterizas y a los contratos entre empresas y a los celebrados entre estas y consumidores. Esto, principalmente considerando el objetivo de plasmación efectiva del principio de justicia material, por la vía de los principios de buena fe y cooperación entre partes. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Los Principios”, pp. 160-162. Acerca de la relevancia de estos instrumentos para el Derecho civil v. SÁNCHEZ LORENZO, S., “La unificación”, pp. 99-101, con una “valoración negativa” de los mismos en materia de Derecho internacional privado en las pp. 101ss.

<sup>895</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Los Principios”, pp. 151 y 173-177, agregando, en las pp. 171s., que los PECL han servido para el trabajo de las comisiones codificadoras en los diferentes Estados de la UE. Respecto de la potencialidad del DCFR en este sentido v. VAQUER ALOY, A., “El Marco”, p. 262.

<sup>896</sup> Un estudio de los más importantes en materia de deber de informar en BASOZABAL ARRUÉ, X., “En torno”, pp. 674-682; DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 213-216 y 220-224; y SCHULZE, R., “Deberes”, *passim*. En conexión con el deber precontractual de informar, los referidos proyectos también contienen importantes regulaciones en materia de vicios del consentimiento (v. gr., los PECL). V. ESTEBAN DE LA ROSA, F., “El error”, p. 192.

<sup>897</sup> V. [http://frontpage.cbs.dk/law/commission\\_on\\_european\\_contract\\_law/](http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/).

<sup>898</sup> V. COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, LANDO, O. y BEALE, H. (Edits.), *Principles*, pp. 1-93 (con el texto de sus preceptos en inglés y francés) y 95ss. (con los comentarios de cada art.). Una traducción al castellano en DÍEZ-PICAZO, L., MORALES MORENO, A-M. y ROCA TRIAS, E., *Los principios* (con comentarios) y en el sitio de Internet mencionado en la nota anterior (traducción a cargo de Martínez Sanz, F.). La forma de los PECL se basa en los *Restatements* del Derecho estadounidense. Pero igualmente aspiran al establecimiento del “deber ser” en materia de Derecho contractual, pretendiendo constituir un proceso creativo. Se inspiraron en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y en los Principios UNIDROIT (v. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Los Principios”, p. 158). Su propósito fue extraer los principios del Derecho contractual en vigor, así como propiciar su reforma. En este sentido, su art. 1.101 (1) señala: “*These Principles are intended to be applied as general rules of contract law in the European Union*” (COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, LANDO, O. y BEALE, H. (Edits.), *Principles*, p. 2) V., respecto los PECL, ARROYO I AMAYUELAS, E., “Estudio”, pp. 48s.; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Los Principios”; COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, LANDO, O. y BEALE, H. (Edits.), *Principles*, pp. xxi-xxvii; y MARTÍNEZ SANZ, F., “Principios”.

<sup>899</sup> BASOZABAL ARRUÉ, X., “En torno”, p. 674; y DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, p. 313. Destacan sus arts. 4:103 (“*Fundamental Mistake as to Facts or Law*”); 4:104 (“*Inaccuracy*”).



Considerando su pretensión de generalidad (es decir, su aplicabilidad a todo tipo de contratos) y su aspiración de conseguir la justicia material, los PECL consagran la protección de todo contratante sometido a una influencia perjudicial del otro. En este sentido, permiten la impugnación de los “contratos leoninos” y no solo de aquellos en que concurren los clásicos vicios de la voluntad. Así, por lo que respecta al deber de informar, la posibilidad impugnatoria está contemplada en función no tanto de la situación de debilidad o asimetría informativa en que el beneficiado con ella pudiera hallarse, como de la referida influencia perjudicial<sup>900</sup>.

[204] CEC. En segundo término, destaca el CEC, de la *Accademia dei Giusprivatisti Europei* (“Academia de Pavía”)<sup>901</sup>, nacido básicamente a iniciativa de G. Gandolfi<sup>902</sup>.

En cuanto a la obligación precontractual de informar, sobresale su art. 7.1<sup>903</sup>. Este determina que “(e)n el curso de las negociaciones, cada una de las partes tiene el deber de informar a la otra sobre toda circunstancia de hecho y de derecho de la que tenga o deba tener conocimiento y que permita a la otra darse cuenta de la validez del contrato y del interés en concluirlo”<sup>904</sup>. Así, recoge un deber de informar de gran amplitud, aplicable a todo tipo de contratos y no solo a los de consumo, que se basa en el principio de buena fe. En este sentido, el precepto no concreta el contenido y la extensión de dicho deber, dependiendo estos de lo que en cada caso exija aquel principio<sup>905</sup>.

[205] PCCR. En tercer lugar, tiene relevancia el PCCR, elaborado por la *Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française* y la *Société de Législation Comparée*<sup>906</sup>.

En materia de obligación precontractual de informar, el art. 2:102 establece que, en principio, incumbe a cada una de las partes del contrato informarse sobre las condiciones de su conclusión. En el curso de las negociaciones precontractuales, cada

---

*Communication*”); 4:105 (“*Adaptation of Contract*”); 4:106 (“*Incorrect Information*”); 4:107 (“*Fraud*”); y 4:109 (“*Excessive Benefit or Unfair Advantage*”). V. COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, LANDO, O. y BEALE, H. (Edits.), *Principles*, pp. 40, 42 y 44. Los comentarios a estos preceptos están en las pp. 229- 256 y 261-265.

<sup>900</sup> Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Los Principios”, pp. 162s. Una crítica de la regulación de los PECL en materia de deber de informar en BASOZABAL ARRUÉ, X., “En torno”, pp. 674-679.

<sup>901</sup> V. <http://www.accademiagiurprivatistieuropei.it/>.

<sup>902</sup> Se trata de un código que aborda las materias clásicas de la parte general del Derecho de obligaciones (GARCÍA CANTERO, G., “El Anteproyecto”, p. 211). Puede consultarse en castellano en DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L. y LUNA SERRANO, A. (Trads.), *Código*. Acerca del CEC, v. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil*, pp. 602-604; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L., *Estudios*, pp. 173-194; y GARCÍA CANTERO, G., “El Anteproyecto”.

<sup>903</sup> V. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., “El deber”, p. 165; y VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, p. 298.

<sup>904</sup> DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L. y LUNA SERRANO, A. (Trads.), *Código*, Libro Primero, p. 3. En la versión italiana señala “*Nel corso delle trattative ogni parte ha il dovere di informare l'altra di ogni circostanza di fatto e di diritto, di cui sia o debba essere a conoscenza, che consenta a quest'ultima di rendersi conto della validità e convenienza del contratto*”. GANDOLFI, G. (Trad.), *Codice*, Libro Primo, p. 3.

<sup>905</sup> MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., “El deber”, pp. 165s.

<sup>906</sup> Se trata de un instrumento compuesto de dos partes. La primera se refiere a los principios rectores del Derecho contractual europeo (libertad, seguridad y lealtad). La segunda aborda diversas materias, entre las que sobresalen las reglas sobre la formación del contrato. Su objetivo fue la confección de una terminología común y de unos principios generales respecto del Derecho contractual europeo. V. ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE y SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE, *Projet*.

una de las partes tiene la obligación de responder con lealtad a las preguntas que se le realicen y de revelar las informaciones susceptibles de tener influencia sobre el buen fin del contrato. Además, la parte que dispone de una competencia técnica particular en relación con el objeto del contrato tiene un deber reforzado de información frente a su contraparte. En fin, la parte que no respete su deber de información según lo expuesto previamente, o que proporcione una información inexacta, incurrirá en responsabilidad a menos que haya tenido razones legítimas para creer que la información era exacta<sup>907</sup>.

Por lo tanto, la norma se basa en el principio de buena fe, habiéndose seguido en este sentido el art. 7 CEC<sup>908</sup>. Nuevamente, se trata de un precepto que establece un deber precontractual de informar en términos amplios.

**[206] Principios Acquis.** Debe mencionarse asimismo la labor del *Research Group EC Private Law (Acquis Group)*, encabezado por H. Schulte-Nölke<sup>909</sup>. De ella nacieron los “Principios del Derecho Contractual Comunitario” o “Principios *Acquis*”<sup>910</sup>.

El deber precontractual de informar está regulado en la Sección 2 del Capítulo 2 (arts. 2:201 a 2:207). El art. 2:201 es la norma general. El precepto señala que, antes de la conclusión de un contrato, cada parte tiene el deber de proporcionar la información relativa a los bienes o servicios objeto del contrato que la contraparte pueda razonablemente esperar, tomando en consideración los estándares de calidad y cumplimiento que serían normales atendidas las circunstancias<sup>911</sup>. Como se ve, también los “Principios *Acquis*” consagran un deber general de informar<sup>912</sup>.

---

<sup>907</sup> “(1) Il appartient en principe à chacune des parties au contrat de se renseigner sur les conditions de sa conclusion./ (2) Au cours des négociations précontractuelles, chacune des parties a l’obligation de répondre loyalement aux questions qui lui sont posées et de révéler les informations susceptibles d’avoir une influence sur la bonne fin du contrat./ (3) La partie qui dispose d’une compétence technique particulière au regard de l’objet du contrat supporte un devoir d’information renforcé à l’égard de son partenaire./ (4) Engage sa responsabilité la partie qui ne respecte pas son devoir d’information tel que défini aux alinéas précédents ou qui délivre une information inexacte à moins qu’elle n’ait eu des raisons légitimes de croire que cette information était exacte”. ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE y SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE, *Projet*, p. 790.

<sup>908</sup> ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE y SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE, *Projet*, p. 264.

<sup>909</sup> V. <http://www.acquis-group.org/>. El objetivo de este grupo fue la extracción del acervo comunitario de los principios y reglas del Derecho civil patrimonial, en aras de la aplicación y desarrollo del MCR, a efectos de mayor coherencia normativa. Respecto su funcionamiento y método de trabajo v. VAQUER ALOY, A., “El Marco”, pp. 247-249; y DANNEMANN, G., “Consolidating”.

<sup>910</sup> Pueden consultarse en RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP). *Principles*, pp. 1-16 (los comentarios de cada precepto están a partir de la p. 17). Los “Principios *Acquis*” constituyen un “restatement de principios, reglas y definiciones”. ARROYO I AMAYUELAS, E., “Hacia un Derecho”, p. 211.

<sup>911</sup> “Before the conclusion of a contract, a party has a duty to give to the other party such information concerning the goods or services to be provided as the other party can reasonably expect, taking into account the standards of quality and performance which would be normal under the circumstances”. El art. 2:202 regula la información respecto de los consumidores; el 2:203, la que se debe otorgar a los consumidores en situación de desventaja; el 2:204, los deberes de información en comunicaciones a tiempo real; el 2:205, el caso de la formación por medios electrónicos; el 2:206, las características que debe cumplir la información; y el 2:207, los remedios ante el incumplimiento de los deberes de información. V. estas normas y los comentarios a las mismas en RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP). *Principles*, pp. 3-5 y 76-101, respectivamente.

<sup>912</sup> V. ARROYO I AMAYUELAS, E., “Hacia un Derecho”, p. 214.

## ii. DCFR y FS

[207] DCFR. Luego, cabe mencionar el trabajo del *Study Group on a European Civil Code* (“Comisión Von Bar”)<sup>913</sup> y del *Acquis Group*<sup>914</sup>, que es consecuencia del llamado de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 12-2-03. Fruto de dicho trabajo es el DCFR<sup>915</sup>.

El DCFR se refiere al deber precontractual de informar en la Sección I del Capítulo 3 del Libro II (arts. II.-3:101 a II.-3:109)<sup>916</sup>. Se trata de un capítulo destinado a permitir la correcta formación de la voluntad negocial, principalmente la de consumidores y sujetos en especial desventaja en atención al medio empleado para contratar, la distancia física con el proveedor o el carácter de la operación. Nuevamente, el DCFR consagra el deber precontractual de informar de los empresarios en sentido amplio, esto es, respecto de consumidores y cualquier otro sujeto, bien que con menor intensidad si la contraparte también es un empresario<sup>917</sup>.

<sup>913</sup> Es el sucesor de la “Comisión Lando”. V. <http://www.sgecc.net/>. Y, acerca de su trabajo, ROCA TRÍAS, E., “El ‘Study Group’”, pp. 199-204; y VAQUER ALOY, A., “El Marco”, pp. 246s.

<sup>914</sup> V. ARROYO I AMAYUELAS, E., “Hacia un Derecho”, p. 210; y VAQUER ALOY, A., “El Marco”, p. 249. Ambos grupos forman parte de la *Joint Network on European Private Law* (CoPECL). V. <http://www.copecl.org/>.

<sup>915</sup> V. VON BAR, C., CLIVE, E., SCHULTE NÖLKE, H. *et al.* (Edits.), *Principles*. El DCFR se basa en los PECL (GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Los Principios”, pp. 152 y 168s.; y VAQUER ALOY, A., “El Marco”, p. 252) y en los Principios *Acquis* (NASARRE AZNAR, S., “II.-3:101-II.-3:103”, p. 183). Si bien en un comienzo se pretendió la elaboración de un CC europeo, el trabajo derivó hacia la elaboración de un MCR, cuyo contenido son principios, definiciones y reglas modelo. Su principal objetivo fue en su día, en cuanto la posibilidad de un CC europeo se había alejado, el de erigirse en instrumento optativo, por la vía de la aprobación de un reglamento, abarcando su contenido temáticas de amplio espectro en materia de Derecho contractual y de obligaciones (VAQUER ALOY, A., “El Marco”, pp. 240 y 262 – acerca del su contenido v. las pp. 250-253-). Sin embargo, hay materias importantes respecto de las cuales el DCFR no contiene reglas, como el crédito al consumo (VON BAR, C., CLIVE, E., SCHULTE-NÖLKE, H. *et al.* (Edits.), *Principles*, p. 45). El DCFR ha sido criticado por acotarse mayormente a los contratos con consumidores y porque presenta una tenencia neoliberal (al restringir el alcance de la buena fe y limitarse a contratos con consumidores, con desprotección de las PYMES), sobre todo si se lo compara con los PECL, que son de corte más social. V. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Los Principios”, p. 170; y VAQUER ALOY, A., “El Marco”, pp. 249 y 253ss.

<sup>916</sup> Sigue en este punto a los PECL, pero básicamente a los Principios *Acquis*, así como a las Directivas europeas pertinentes (NASARRE AZNAR, S., “II.-3:101-II.-3:103”, pp. 183s. y 197). Para los servicios rige, en materia de información precontractual, el art. IV.C.-2:102. No obstante, el art. IV.C.-1:102 señala que las disposiciones relativas a aquellos no se aplican a las ofertas de productos o servicios financieros. VAQUER ALOY, A., “El Marco”, p. 258, pone de manifiesto que el DCFR no atribuye al deber de informar el estatus de *obligación*, sino simplemente el de *deber*. En su opinión, esto resulta particularmente delicado al distinguir dicho instrumento entre ambos conceptos. El concepto de ‘obligación’ apunta a una relación jurídica entre dos partes y, el del ‘deber’, a un “comportamiento estándar” que no tiene por qué ir vinculado con un determinado acreedor o pertenecer al contenido de una relación jurídica, sin que su infracción conlleve necesariamente una sanción (término este último que el DCFR no define). Señala, además, que una de las sanciones para la infracción de un deber precontractual de informar es simplemente que el derecho de desistimiento no comienza a correr para el consumidor mientras no se le otorgue la respectiva información. Así -agrega-, no se obliga a los empresarios a facilitar información ni se concede legitimación a los consumidores para deducir una pretensión por cuya virtud exijan el cumplimiento de aquel deber. Se trata de una crítica que hay que matizar, porque el art. II.-3:109 (2) DCFR señala que si el empresario no cumple con su deber de información precontractual tendrá aquellas obligaciones contractuales que la contraparte pudiese razonablemente esperar como consecuencia de la falta de información o de su incorrección, resultando aplicables en caso de incumplimiento de aquellas obligaciones los remedios contractuales del Capítulo 3 del Libro III.

<sup>917</sup> V. NASARRE AZNAR, S., “II.-3:101-II.-3:103”, pp. 184 (nota 6) y 185. En las pp. ss. el autor formula variadas críticas al DCFR. En la p. 186 cuestiona la generalización del deber de informar y la

Cabe destacar a este respecto el art. II.-3:101, según el cual, antes de la conclusión de un contrato relativo a la entrega de mercancías u otros bienes, o a la prestación de servicios, por una empresa a otra persona, la empresa tiene el deber de revelar a dicha persona la información relativa a las mercancías o bienes que deban entregarse, o a los servicios que deban prestarse, que aquella persona pueda razonablemente esperar, tomando en consideración los estándares de calidad y cumplimiento que resultarían normales atendidas las circunstancias. A los efectos de valorar la información que dicha persona puede esperar razonablemente que le sea revelada, cuando también sea una empresa, se atenderá a si la omisión de la información se aparta de las buenas prácticas de los negocios<sup>918</sup>.

Más amplio es todavía el art II.-3:103, que disciplina el deber de informar respecto del consumidor que se halla en significativa desventaja informativa. Esta puede deberse, primero, al medio técnico empleado para la contratación (v. gr., Internet, correo

---

reducción del principio de autoinformación, por ir contra las Directivas comunitarias de que emana dicho deber. Esto generaría, en su concepto, una inseguridad en cuanto al contenido. Advierte, a modo de ejemplo, que la aplicación de las sanciones establecidas por el DCFR opera para toda infracción de deberes de información, a pesar de la diversa finalidad que estos cumplen en las señaladas Directivas. Agrega que el DCFR resulta complejo al distinguir diversos tipos de sujetos, sobre todo consumidores. Además, apunta que no ha tenido en cuenta los criterios económicos relativos a la posición de las partes frente a la información. Luego, en la p. 188, refiere que el DCFR no abarca determinados bienes, como los valores negociables. En fin, en la p. 189 se pregunta acerca de si la regulación contenida en el DCFR solo implica la revelación de la información relativa a las características del servicio o es que también implica la de otros aspectos como el precio y las condiciones de pago. Este punto lo desarrolla con mayor detenimiento en la p. 193, refiriendo, en la nota 48, que algunos de dichos aspectos sí se mencionan a propósito de la información publicitaria, dándose la paradoja de que esta resultaría más informativa que la precontractual. En cuanto a las críticas al DCFR en materia de deber de información v. también BASOZABAL ARRUE, X., “En torno”, pp. 680-682; y VAQUER ALOY, A., “El Marco”, pp. 254s.

<sup>918</sup> “(1) *Before the conclusion of a contract for the supply of goods, other assets or services by a business to another person, the business has a duty to disclose to the other person such information concerning the goods, other assets or services to be supplied as the other person can reasonably expect, taking into account the standards of quality and performance which would be normal under the circumstances.* / (2) *In assessing what information the other person can reasonably expect to be disclosed, the test to be applied, if the other person is also a business, is whether the failure to provide the information would deviate from good commercial practice*”. VON BAR, C., CLIVE, E., SCHULTE NÖLKE, H. *et al.* (Edits.), *Principles*, pp. 187s. En virtud del precepto el empresario solo debe suministrar la información relevante que conozca o deba conocer y, más específicamente, la que la otra parte pueda razonablemente esperar. Con ello se busca evitar vicios del consentimiento por disconformidad del producto o servicio con el estándar esperado o el sometimiento de aquella parte a mayores riesgos de los que objetivamente debería soportar por defectos informativos. Cuando el cliente es un consumidor, la razonabilidad debe evaluarse teniendo en cuenta los estándares de calidad y cumplimiento que serían normales atendiendo a las circunstancias. La normalidad puede ser objetiva (si el servicio cumple con los estándares de los de su especie, teniendo en cuenta el contexto y los conocimientos y experiencia del ofertado) o subjetiva (si cumple con los requerimientos manifestados por el ofertado al oferente). Cuando el cliente es un empresario, la razonabilidad debe evaluarse teniendo en cuenta el criterio de si la falta de provisión de información provocaría un desvío de la buena práctica comercial. Esta regla determina que entre empresarios el otorgamiento de información no proceda con el mismo nivel de intensidad con que lo hace respecto de los consumidores, al contar aquellos con mayores conocimientos y recursos para asesorarse. El problema es que a algunos no consumidores la menor protección existente para los empresarios en general podría no resultarles suficiente. Así podría suceder con los que no se encuentran al tanto de la buena práctica comercial del respectivo sector y no poseen determinado nivel de recursos, como las personas jurídicas sin fines de lucro y los pequeños empresarios. Cabe referir, por último, que la ausencia de revelación de información adecuada no tiene que ver en el DCFR con la falsa o engañosa, regulada por el art. II.-3:102 (publicidad), lo cual no tendría sentido económico porque dicha ausencia produce idéntica consecuencia que el engaño. Cfr. NASARRE AZNAR, S., “II.-3:101-II.-3:103”, pp. 190-196 y 205. V. también VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, p. 282.

electrónico, chat o video-chat). Segundo, a la distancia física existente entre él y el empresario (v. gr., contratación telefónica). O, tercero, a la naturaleza de la transacción (v. gr., realizada fuera del establecimiento mercantil). En estos casos no operan las limitaciones contempladas por el anterior precepto. El empresario (que carga con la prueba del cumplimiento de la norma), debe proveer, con arreglo a las circunstancias, información clara y con tiempo razonable antes de la conclusión del contrato sobre determinados aspectos. Así, acerca de las principales cualidades del servicio o producto, su precio, los términos contractuales, los derechos y obligaciones de las partes, el derecho de desistimiento, los procedimientos de reparación y su domicilio e identidad. Lo cual debe entenderse sin perjuicio de los deberes informativos específicos, que serán siempre de aplicación preferente (v. gr., normativas MiFID, sobre crédito al consumo y sobre préstamo hipotecario)<sup>919</sup>.

El art. II.-3:102 DCFR regula los deberes de los empresarios en su actividad de *marketing* a consumidores<sup>920</sup>. Los arts. II.-3:104 y II.-3:105 disciplinan los deberes de información respecto de particulares formas de contratación (consumidores en especial desventaja), también regidos por las disposiciones generales. El art. II.-3:106 reglamenta las características que debe cumplir la información para todos los casos tratados. Y los arts. II.-3:107 y II.-3:108 se refieren al contenido que debe satisfacer<sup>921</sup>.

**[208] FS.** Por último, cabe referir que el 19-8-11 el Grupo de expertos creado por la Decisión de la Comisión Europea de 26-4-10 presentó el documento “*Feasibility Study on a Future Initiative on European Contract Law*” (FS)<sup>922</sup>.

<sup>919</sup> V. NASARRE AZNAR, S., “II.-3:101-II.-3:103”, 212s. y 215-217.

<sup>920</sup> El art. impide la provisión de información engañosa, que es la que falsea u omite datos que un consumidor promedio tendría la expectativa de conocer para adoptar una decisión informada sobre la conclusión del contrato. Respecto de tal expectativa deben valorarse todas las circunstancias (v. gr., que el producto sea publicitado por una EC) y el medio de comunicación utilizado (televisión, radio, prensa escrita e Internet). El apartado 2 se refiere al caso en que un empresario emplea una comunicación comercial que da la impresión de contener toda la información relevante para decidir contratar, caso en el cual debe asegurarse de que efectivamente la contiene. Si el empresario da la referida impresión estaríamos en presencia de una información engañosa, que nos remite al apartado primero. Luego, entre las letras (a) y (c) el precepto menciona el contenido que las comunicaciones publicitarias deben cumplir en caso de no resultar manifiesto del contexto que se busca otorgar una información completa. V. NASARRE AZNAR, S., “II.-3:101-II.-3:103”, pp. 206-209.

<sup>921</sup> El primero, referido a la comunicación a distancia a tiempo real, establece que el empresario debe informar sobre su nombre y la finalidad comercial del contrato, define “comunicación a distancia a tiempo real” (teléfono y medios electrónicos, excluido el correo electrónico), impone la carga de la prueba al empresario, otorga a su contraparte el derecho de desistimiento y señala que en caso de incumplimiento del deber de informar procede responsabilidad. El segundo, referido a la formación del consentimiento en virtud de medios electrónicos, establece un contenido mínimo de la información, contempla el derecho de desistimiento y hace procedente la responsabilidad para el caso de incumplimiento. En conformidad al tercero, la información debe ser “clara y precisa” (no ambigua ni interpretable en diversos sentidos) “y expresada en lenguaje sencillo e inteligible” (o sea, no técnico, salvo cuando esté justificado), correspondiendo presentarla y confirmarla, cuando se señale expresamente, en un soporte duradero. En virtud del cuarto, cuando deba informarse acerca del precio se deben señalar los cargos adicionales, impuestos y tasas y, en su caso, la base de cálculo y el calendario de pagos. Y, en virtud del quinto, la dirección e identidad del empresario. Un comentario de estos preceptos en NASARRE AZNAR, S. y SIMÓN MORENO, H., “II.-3:104-II.-3:108”, pp. 217-234. V. también VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, p. 282.

<sup>922</sup> V. AA.VV., “Prólogo” a *Derecho europeo de contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, T. I, p. 71. Según vimos, el 3-5-11 se había publicado el documento “*A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback*”, que en su Anexo IV contenía el texto de lo que podría haber sido el futuro instrumento sobre Derecho contractual

En el FS sobresale el Capítulo 2 de la Parte II (“*Pre-contractual information*”): arts. 14 a 30. Básicamente, el FS aclara las complejas distinciones entre consumidores del DCFR. Asimismo, reduce todavía más el campo del principio de autoinformación, al establecer listados informativos (y no parámetros o criterios) respecto de los distintos consumidores, similares para cada uno de ellos. Así, en atención a dicho instrumento, se les debe informar acerca de las características principales, precio, cargos adicionales, duración del contrato y dirección e identidad del empresario. De esta forma, el FS va algo más allá de los criterios tenidos en cuenta por el art. II-3:101 DCFR para determinar la información que debe proporcionarse<sup>923</sup>.

## **12. Algunas reflexiones críticas a propósito de las normas sobre información precontractual aplicables a las entidades de crédito**

[209] **Síntesis.** Según hemos visto, existe una amplia y descoordinada gama de disposiciones de variada procedencia, naturaleza y jerarquía aplicables a la información precontractual en la contratación con EC. Dichas normas regulan los requisitos de la información desde el punto de vista de sus características, contenido y medio de transmisión. A veces lo hacen con un elevado nivel de minuciosidad, pero no siempre con una sistemática adecuada ni con una reglamentación que posibilite la mejor comprensión de la información por el cliente de servicios financieros y, en definitiva, su óptima protección.

No pocas veces, al afrontar un supuesto concreto, el operador jurídico, por no decir el ciudadano común, se encuentra perdido en un laberinto del que no adivina a encontrar la salida. Estamos ante un ejemplo conspicuo del resultado poco o nada brillante al que puede conducir la hipertrofia regulatoria tan propia de esta época, aun sin poner en duda la bondad de las intenciones de las diversas instancias responsables de este inmanejable magma normativo. A fin de cuentas, es cierto que la valoración final que se realice de esta opción regulatoria no habrá de fundarse tanto en que agrade más o menos a los juristas como en su utilidad para resolver los problemas sociales a los que se enfrenta.

En el anterior sentido, la normativa sobre información precontractual aplicable a las EC presenta dos tipos de problemas: unos referidos al estado general de la regulación y otros a la reglamentación misma de los requisitos exigidos a la información precontractual.

**[210] Estado actual de la regulación sobre información precontractual aplicable a las EC.** El actual estado regulatorio genera, en efecto, una serie de inconvenientes en

---

européo. En este ya se recogían importantes previsiones en materia de deber precontractual de informar. V. CARTWRIGHT, J., *Misrepresentation*, pp. 6s.

<sup>923</sup> V. NASARRE AZNAR, S., “II-3:101-II-3:103”, pp. 186, 196 y 212-214 (advirtiendo, en la p. 209, que el FS no contiene reglas sobre publicidad relativas a la información a proporcionar ni sobre las consecuencias extracontractuales de la que sea errónea o falsa); y NASARRE AZNAR, S. y SIMÓN MORENO, H., “II-3:104-II-3:108”, pp. 220, 225s., 230, 232-234. La Sección 1 (arts. 14 a 23) regula la información precontractual que debe proporcionar un empresario a un consumidor. Distingue los contratos celebrados a distancia y fuera del establecimiento (arts. 14 a 20) de los concluidos con dichos sujetos en general (art. 21). La 2, regula la información que debe transmitir un empresario a otro (art. 24). La 3, los contratos concluidos por medios electrónicos (arts. 25 a 28). La 4, el deber de garantizar que la información suministrada es correcta (art. 29). Y la 5, los remedios ante el incumplimiento de los deberes de información (art. 30).

orden a un completo y adecuado estudio de la cuestión, todos conectados con la multiplicidad y diversidad de la normativa aplicable.

**[211] Cantidad y complejidad de las normas sobre información precontractual aplicables a las EC.** Un primer grupo de problemas se relaciona con la ingente cantidad y la complejidad de las normas sobre información precontractual en este terreno<sup>924</sup>. Esto se traduce en que su estudio se torna cada vez más inabordable. Incluso, atendido el número de las disposiciones, no resulta fácil a los operadores del Derecho hacer un mero inventario exhaustivo de ellas<sup>925</sup>.

Adicionalmente, la superposición de normas (regulación de una misma materia por más de una), sobre todo en el Derecho del consumo, genera problemas de reiteración, diversidad de alcance y confrontación de contenidos. Esto adiciona complejidad y recurrentes dudas en la aplicación normativa<sup>926</sup>. Sobre todo teniendo en cuenta que habitualmente a un mismo supuesto pueden resultar aplicables varias normativas (*v. gr.*, LCGC, TRLGDCU, LCCC, LSSICE y LCDSFDC).

También en el caso de los consumidores, la abundancia y el carácter farragoso de las normas protectoras determina una a menudo desorbitada complejidad del régimen jurídico que pretende protegerlos, lo cual termina frecuentemente agravando su posición de inferioridad y dificulta el conocimiento de sus derechos y mecanismos de tutela<sup>927</sup>. Así las cosas, la normativa sobre información, que pretende evitar los abusos de que son víctimas en ocasiones los consumidores, puede terminar generándoles costes que exceden del perjuicio que padecen en ausencia de ella<sup>928</sup>.

En cualquier caso, resultan loables los objetivos perseguidos por la Orden EHA/2899/2011 (sobre servicios bancarios). Conforme a su preámbulo, son los siguientes: “concentrar en un único texto la normativa básica de transparencia de modo que, de manera sistemática e ilustrativa, la propia codificación de la materia mejore por sí misma su claridad y accesibilidad para el ciudadano, superando la actual dispersión normativa. En segundo lugar, la norma trata de actualizar el conjunto de las previsiones relativas a la protección del cliente bancario, al objeto de racionalizar, mejorar y aumentar donde resultaba imprescindible, las obligaciones de transparencia y conducta de las entidades de crédito. De este modo, en línea con las reformas acometidas en buena parte del Derecho comparado, nuestro país mejora las exigencias en materias tales como información relativa a tipos de interés y comisiones, comunicaciones con el cliente, información (pre)contractual”. No obstante, pese a estas bienintencionadas pretensiones, todavía subsiste en esta materia una amplia dispersión normativa.

---

<sup>924</sup> Cfr., en general, ANDREU MARTÍ, M<sup>a</sup>. del M., *La protección*, p. 111 (respecto de las normas de transparencia); y MAYORGA TOLEDANO, M<sup>a</sup>. C., “Los derechos”, p. 6 (respecto de las normas sobre contratación con EC). En general, el Derecho bancario es un ordenamiento desordenado. Además, la regulación de la contratación con EC suele estar sujeta a reformas fragmentarias. VICENT CHULIÁ, F., “Cuestiones”, p. 33. Respecto de la complejidad y variedad de la normativa sobre consumo *v.* CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario” (a los arts. 60 y 61), p. 486; PANIAGUA ZURERA, M. y MIRANDA SERRANO, L., “La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción”, pp. 40-42.

<sup>925</sup> Cfr., en general, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “El Derecho”, p. 64; para el caso del Derecho del consumo, GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1463; y, respecto de la legislación bancaria, GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J., “La organización”, p. 50.

<sup>926</sup> FLORES DOÑA, M<sup>a</sup>. de la S., “Naturaleza”, p. 9.

<sup>927</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Trascendencia”, p. 51.

<sup>928</sup> COOTER, R. Y ULEN, T., *Derecho*, p. 354.

**[212] Diversa procedencia, naturaleza y rango de las normas sobre información precontractual aplicables a las EC.** Un segundo problema vinculado a la actual regulación de la información precontractual aplicable a las EC arranca de su diversa procedencia (comunitaria, nacional y autonómica), naturaleza (civil, mercantil y administrativa) y rango (legal y reglamentario)<sup>929</sup>, en un doble sentido: formal y material.

Por lo que respecta al primero, la diversidad en origen, naturaleza y jerarquía de dicha regulación provoca problemas en cuanto a la determinación judicial o administrativa de la que en definitiva debe aplicarse en cada supuesto. Y, asimismo, en la del sentido con el que debe interpretarse la que se entienda aplicable al caso concreto. Este punto resulta particularmente relevante respecto de las OM y Circulares del BdeE y la CNMV, cuya eficacia contractual se encuentra en entredicho (v. *infra* III.5)<sup>930</sup>.

Por lo que atañe al contenido material de las normas, el hecho de que la información precontractual esté disciplinada por disposiciones de tan variado origen, naturaleza y rango, también torna muy compleja, ingrata e insegura la labor de los tribunales. En efecto, enfrentados a la multiplicidad de disposiciones existentes en este ámbito, tienen que determinar para cada caso si efectivamente existía una obligación de informar, cuál era exactamente su extensión y cuáles eran las características, contenido y medio de transmisión con que debía cumplir la información. Adicionalmente, deben definir si procede la obligación de informar en los supuestos en que no se ha tipificado y en aquellos otros en que, no obstante haberlo sido, la norma, por alguna razón, no exige expresamente proporcionar la información en cuestión.

**[213] Necesidad de una nueva regulación de la información precontractual aplicable a las EC.** Resulta llamativo que no exista, a pesar de su innegable necesidad, una ley general que regule, por lo menos, las líneas matrices en materia de contratos con EC (v. *gr.*, la cuestión de la transparencia de las operaciones), en orden a la mejor protección de los clientes, sobre todo de los que se encuentran en una posición de mayor inferioridad. Ello, principalmente teniendo en cuenta la complejidad de aquel ámbito y que la ausencia de regulación provoca problemas de inseguridad en las transacciones con tales empresas<sup>931</sup>. En resumidas cuentas, aunque la regulación en sí misma resulta

---

<sup>929</sup> Acerca de la diversidad normativa en materia de consumo en este triple sentido v. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Trascendencia”, pp. 74s.

<sup>930</sup> Cfr., respecto de ambos extremos, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “El Derecho”, pp. 64-74. Adicionalmente, respecto de algunos productos resulta discutible si la normativa sobre información precontractual aplicable es la relativa a los servicios bancarios o a los de inversión. Así ocurre con los *swaps* de tipos de interés, que a tenor del art. 2.2 LMV constituyen instrumentos financieros derivados, pero se encuentran disciplinados en particular por el art. 24 Orden EHA/2899/2011 (referido a los *swaps* vinculados con préstamos hipotecarios), que es una normativa bancaria. V. acerca de esta problemática MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, pp. 69-73.

<sup>931</sup> Cfr. CUÑAT EDO, V., “El sistema”, pp. 268-270 y “Las limitaciones”, pp. 15-18 y 41s. (postulando entre otras posibles notas de una futura regulación de los contratos bancarios que ella debería tener carácter dispositivo -p. 16-); GALÁN CORONA, E., “Las Órdenes”, p. 896; LARROSA AMANTE, M., “Las condiciones”, p. 64; REDONDO TRIGO, F., “La nulidad”, p. 630 (recomendando una ley que regule la cuestión de la información en la contratación de derivados); y VICENT CHULIÀ, F., “Cuestiones”, pp. 19s. (planteando la necesidad de unificar el Derecho privado, como han hecho diversos países que han establecido normas que resultan útiles para disciplinar correctamente los contratos bancarios modernos). Esta ausencia de regulación no es exclusiva del Derecho español, presentándose también en otros ordenamientos, como, por ejemplo, el portugués. V. DE SÁ, A., *Direito*, pp. 9s.



imprescindible, se ha optado, en mi personal opinión, por un modelo que, por variadas razones, dista de estar bien orientado.

Teniendo en cuenta los inconvenientes antes mencionados y la gran trascendencia que ha adquirido la contratación con EC, sobre todo considerando la creciente conflictividad desatada por la profunda crisis abierta hace ya algunos años, considero que, de *lege ferenda*, resulta deseable la existencia de una única normativa sobre servicios financieros que la regule, por lo menos respecto de los consumidores<sup>932</sup>, aunque idealmente debería referirse a todos los contratos y cualquiera sea el mecanismo de formación del consentimiento utilizado<sup>933</sup>.

Naturalmente, la anterior idea debe entenderse sin perjuicio de las particularizaciones normativas que deban tener lugar respecto de determinados supuestos, principalmente considerando que no debería otorgarse el mismo tratamiento al cliente consumidor y al que no ostenta dicha condición. Así, si el cliente es empresario, teniendo en cuenta que presumiblemente tendrá a su alcance mayores recursos, podrá beneficiarse de asesores y, en su caso, tendrá conocimientos especializados, su protección debería ser de inferior intensidad a la dispensada a los consumidores<sup>934</sup>. Por idénticos motivos, debería distinguirse, a su vez, entre los clientes que sean grandes empresarios y las PYMES.

De no darse lugar a una normativa como la propuesta, por lo menos el regulador debería simplificar el intrincado entramado normativo actualmente vigente en materia de información precontractual en los servicios financieros<sup>935</sup>.

**[214] Necesidad de una consagración positiva de la obligación general de informar de las EC.** Adicionalmente, resulta deseable que el ordenamiento jurídico consagre expresamente la obligación general a cargo de las EC de informar a los clientes cuyos conocimientos, experiencia o cualificación les impidan comprender una operación, sean personas físicas o jurídicas. Ello implicaría que dichos clientes tendrían el derecho a ser informados con detalle de las presuposiciones contractuales, no ya en virtud de determinados principios (como propuse en el Capítulo I) o de normas aplicables solo en relación a algunos de ellos, sino en virtud de un texto normativo expreso. En este sentido, debería tenerse en cuenta que, según vimos, los materiales prelegislativos europeos examinados imponen a los empresarios un deber de amplio alcance. Esta constatación, considerando el valor académico de tales instrumentos, debería marcar en el futuro la pauta regulatoria.

La consagración normativa de la obligación general de informar permitiría beneficiar no solo a los clientes consumidores sino a todo cliente en desventaja informativa en los términos apuntados, como es el caso de ciertas PYMES, a semejanza de lo acontecido con la normativa sobre servicios de inversión, orientada a proteger a la clientela en general. Así, aquella obligación no debería operar a favor de clientes cuyos conocimientos, experiencia o cualificación les permitan comprender sin problema una operación financiera. De esta misma manera procede la aludida normativa sobre

---

<sup>932</sup> V. PANIAGUA ZURERA, M. y MIRANDA SERRANO, L., “La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción”, p. 41.

<sup>933</sup> MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., *Condiciones*, pp. 48s., propone la existencia de una ley sobre EC que contenga disposiciones adaptadas a este ámbito en relación con la información y la transparencia, así como con las cláusulas abusivas.

<sup>934</sup> V., en general, NASARRE AZNAR, S., “II.-3:101-II.-3:103”, p. 190 (respecto del DCFR).

<sup>935</sup> V. Díez Ballesteros, J., “Obligaciones”, p. 75 (respecto de la contratación electrónica).

servicios de inversión respecto de las contrapartes elegibles y, parcialmente, de los clientes profesionales. Naturalmente, esta propuesta debe entenderse sin perjuicio de las especificaciones de contenido informativo que en cada caso puedan estimarse pertinentes en atención al tipo de cliente o al mecanismo de contratación empleado.

**[215] Necesidad de extender los criterios de la normativa sobre servicios de inversión a los bancarios.** Por otra parte, considerando que la actual normativa sobre servicios bancarios, de modo harto llamativo, solo protege a los clientes personas físicas (Orden EHA/2899/2011), resulta recomendable que en el futuro se extienda a todos los clientes cuyos conocimientos, experiencia o cualificación les impiden comprender una operación. No se trata de que la normativa protectora que existiese tuviera que aplicarse a todos los clientes de las EC por igual. Para excluir de la tutela a determinados sujetos (los que no se encuentran en posición de asimetría informativa en los términos apuntados) podría emplearse la técnica utilizada por la disciplina sobre servicios de inversión, que exige clasificar a los clientes en profesionales o minoristas, concediéndole el máximo grado de protección a los segundos. Adicionalmente, considerando la utilidad de la obligación de las EC, cuando actúan como ESI, de obtener información a través de los tests preceptivos establecida por dicha normativa, resulta conveniente que se extienda en el futuro a la contratación de servicios bancarios. De este modo, tratando de ser algo más preciso, al igual que la normativa sobre servicios de inversión, la relativa a los servicios bancarios debería:

- Imponer a las EC la obligación de informar en la etapa de formación del consentimiento principalmente a los clientes cuyos conocimientos, experiencia o cualificación les impidan comprender cabalmente una operación (solicitada por el cliente o recomendada por la entidad), sean personas físicas o jurídicas.

- Establecer, al anterior efecto, la obligatoriedad de la clasificación de los clientes como minoristas o profesionales. En este sentido, también en el ámbito de los servicios bancarios debería exigirse a las EC obtener información de parte de los clientes en orden a determinar cuál es el nivel de conocimientos, experiencia y cualificación de cada uno, de manera de poder situarlos en una u otra categoría. No obstante, a diferencia de la normativa sobre servicios de inversión, la relativa a los servicios bancarios no debería permitir la renuncia a la condición de cliente minorista, en tanto que las normas sobre información precontractual que les benefician son imperativas. Asimismo, debería exigirse la práctica del test de conveniencia para la contratación de productos o servicios complejos o que entrañen un significativo grado de riesgo, en orden a determinar si resultan adecuados para el particular perfil del cliente.

- Exigir que si una EC asesora a un cliente, sea que lo haga en virtud de un contrato celebrado al efecto sea que de las circunstancias del caso se desprenda que concurre la relación de asesoramiento, evalúe la idoneidad del producto o servicio respecto del particular perfil del cliente. En este sentido, la normativa sobre servicios bancarios debería impedir a las EC que recomienden a los clientes minoristas productos o servicios que no se adapten a sus necesidades, situación financiera u objetivos, en especial si son complejos o involucran un nivel de riesgo significativo (básicamente, los que pudieran conllevar pérdidas del capital para los clientes). Así, por ejemplo, depósitos estructurados<sup>936</sup>, hipotecas multidivisa y *swaps* de tipos de interés vinculados

---

<sup>936</sup> Que actualmente se incluirían en el ámbito de la normativa MiFID solo cuando la EC no se obliga a la devolución total e incondicional del capital, al tratarse en estos casos de un producto de inversión (v.

a créditos y préstamos, por citar algunos de los productos que últimamente han concitado mayores controversias.

- Establecer, teniendo en cuenta lo antes expuesto, un listado de productos y servicios complejos o que impliquen un grado de riesgo significativo. Si el cliente igualmente quiere contratar un producto o servicio de esta índole, la aludida normativa, en principio, no debería impedirselo, pero debería exigir que el cliente firme un documento que exprese, explícitamente y de manera destacada, que se trata de un producto o servicio no recomendable o apto para su particular perfil. En todo caso, debería establecerse perentoriamente que las EC deben abstenerse de recomendar a sus clientes productos o servicios no aptos a sus necesidades, situación financiera u objetivos. Todo lo cual debería entenderse, en mi opinión, sin perjuicio de que deba valorarse la posibilidad de prohibir o limitar la contratación de determinados productos o servicios, sobre todo complejos o de alto riesgo, por parte de clientes minoristas (v. *infra* § 223).

**[216] Problemas en materia de requisitos de las normas sobre información precontractual aplicables a las EC.** Por otra parte, en materia de regulación de los requisitos de la información precontractual aplicables a las EC la actual normativa presenta variados inconvenientes<sup>937</sup>.

**[217] Críticas a la regulación de las características exigidas a la información precontractual por las normas aplicables a las EC.** Por lo que atañe a la regulación de las características de la información precontractual, los problemas están asociados a la acusada superposición normativa presente en esta materia, que incluso se traduce en que una misma normativa contemple diversas disposiciones sobre aquel tipo de información.

Las diversas disposiciones aplicables en este ámbito se valen de variados adjetivos en orden a determinar las características que debe cumplir la información precontractual, sin que exista, además, uniformidad entre aquellas en cuanto a las cualidades exigidas. Así acontece, por ejemplo, con el TRLGDCU, cuyos arts. 18.2 y 60.1 no exigen idénticas características a la información. Este inconveniente no existiría de haber en dicho texto solo una sección específicamente destinada al efecto<sup>938</sup>. Lo mismo puede concluirse si se comparan las diferentes normas sobre información precontractual contenidas en la disciplina sobre servicios bancarios y, asimismo, si se compara esta normativa con la aplicable a los servicios de inversión. Un problema adicional en este sentido consiste en que frecuentemente las características que debe cumplir la

---

FLORES DOÑA, M<sup>a</sup>. de la S., “Ejes”, p. 26). La reforma a la normativa comunitaria MiFID contempla la aplicación a dichos productos de las normas de conducta o transparencia que rigen a las ESI, en especial las relativas a conflictos de intereses. V. CANTA, J. y DURET, L. “MIFID II”, p. 322; CENTRO DEL SECTOR FINANCIERO DE PWC e IE BUSINESS SCHOOL, *MiFID II*, pp. 3 y 8; y PINILLOS LORENZANA, Á., “La protección”, p.90.

<sup>937</sup> En términos generales, resulta frecuente que una misma norma se refiera a las características y contenido de la información de manera entrelazada, con la subsiguiente confusión que un proceder de este tipo puede generar. Asimismo, en muchas ocasiones las reglas sobre información precontractual en materia de características y contenido se refieren de forma indistinta a deberes que operan en diferentes momentos del *iter* contractual, aunque quizá este proceder no resulte tan problemático, puesto que todos los deberes de dicha índole aspiran a satisfacer una finalidad común. V. GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1463 y “La contratación”, p. 1478, respectivamente.

<sup>938</sup> V. DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, p. 142 –nota 135- (en relación con los arts. 12, 18 y 60 TRLGDCU).

información precontractual con arreglo a las aludidas disposiciones resultan redundantes o constituyen presupuestos para la aplicabilidad de las demás cualidades exigidas<sup>939</sup>.

Los anteriores inconvenientes dificultan sobremanera la labor judicial en materia de interpretación y aplicación de las reglas sobre información precontractual aplicables a las EC. Adicionalmente, pueden poner en serio riesgo el cumplimiento de la finalidad principal de la mención de las características que debe cumplir la información: la materialización de un consentimiento contractual pleno y con conocimiento de causa por parte del cliente.

**[218] Necesidad de que la información precontractual proporcionada por las EC sea oportuna, veraz y comprensible en atención a las circunstancias de la contratación.** De *lege ferenda*, lo eficiente sería que el Derecho positivo exigiera para toda operación con EC que la información precontractual sea oportuna, veraz y comprensible en atención a las circunstancias de la contratación<sup>940</sup>. Estos calificativos permitirían absorber las variadas expresiones de que se valen actualmente las normas en esta materia, reduciendo la perturbadora multiplicidad de las características exigidas por ellas a la información precontractual.

---

<sup>939</sup> Así, por ejemplo, las exigencias de claridad, concreción y sencillez en materia de condiciones generales de la contratación son reiterativas, pudiendo reconducirse todas a la de transparencia (Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 5”, pp. 185-192 y “Comentario” (al art. 80), pp. 926-929; PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones*, pp. 405s.; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos”, p. 1610) o de legibilidad y comprensibilidad (DURANY PICH, S., (Comentario a los) “Artículos 5 y 7”, pp. 316s.; y PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones*, pp. 395s. y “Las condiciones”, pp. 175s.). También las características que debe cumplir la información en sí misma a tenor del art. 60 TRLGDCU son redundantes. La veracidad –se dice- se presupone, al ser una exigencia que deriva de las reglas generales sobre interdicción de la falsedad (ORTÍ VALLEJO, A., “Comentario” (al art. 13.1 LGDCU)). Luego, la relevancia y la suficiencia son reiterativas, puesto que la primera implica que la información proporcionada al cliente ha de posibilitar que su voluntad negocial se genere de manera adecuada, que es lo mismo que decir que aquella debe ser suficiente (DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 150s.) Asimismo, la “suficiencia” es presupuesto de la falsedad o veracidad (GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1466 (nota 52)). En fin, la complejidad en materia de características de la información se ve incrementada porque, según vimos, en las correspondientes normas deben distinguirse las cualidades que tornan comprensible en general la información para su destinatario de las que permiten entenderla a la luz de la realidad en relación con la cual se proporciona. Además, deben diferenciarse las exigencias referidas a la forma de trasladar la información de las relativas a la información en sí misma.

<sup>940</sup> En el terreno de los servicios de inversión, las conclusiones del estudio OICU-IOSCO, TECHNICAL COMMITTEE OF THE INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS, *Principles*, revelan que los inversores requieren que la información se presente de manera breve, concisa, bien y atractivamente diseñada y se redacte clara y transparentemente. Y también que sea fácil de comprender a través de ejemplos sencillos y tablas y gráficos ilustrativos de conceptos (pp. 10s.). Adicionalmente, en el reporte se incluyen consideraciones sobre el comportamiento de los inversores (pp. 11s.) y los beneficios del otorgamiento de una información adecuada (p. 24). Finaliza proponiendo principios en materia de revelación de información. Estos se traducen en que ella debe ser gratuita y proporcionarse con la antelación suficiente para estudiarla y adoptar la decisión de inversión; apropiada para el “cliente objetivo”, tomando en cuenta sus características y preferencias; facilitada en lenguaje claro y llano y en un formato accesible y comparable con los competidores; y clara, exacta, no engañosa para el “inversor objetivo” y periódicamente actualizada (pp. 28ss.). V. CABALLERO NÚÑEZ, G., “Las obligaciones”, pp. 117s. (en la p. 121 apunta, en materia de servicios de inversión, que la información debería ser precisa, suficiente y comprensible).

La exigencia de información oportuna implica que debe otorgarse con antelación suficiente a que el cliente asuma cualquier obligación<sup>941</sup>. En efecto, como la obligación de informar se relaciona con elementos relevantes en orden a la decisión del cliente de contratar, estos tienen que ser conocidos por él previamente a la conclusión del negocio jurídico<sup>942</sup>.

La exigencia de información veraz implica evitar la transmisión de datos que distorsionen la realidad o induzcan a error. Dentro de ella se subsumirían distintas cualidades mencionadas hoy por las diversas regulaciones. Así, la objetividad, la imparcialidad, la exactitud, la no ocultación, encubrimiento o minimización de datos relevantes y el carácter no engañoso o equívoco de la información.

En fin, el requisito de comprensibilidad de la información en atención a las circunstancias de la contratación implica que debe permitir a los clientes de las EC asimilarla sin necesidad de un esfuerzo desmesurado ni de recurrir a terceros o recopilar información adicional. Por esto es que, a modo de ejemplo, la disciplina aplicable a la contratación con EC debería exigir una *completa* transparencia en la fijación de los tipos de interés en orden a proteger a dichos clientes ante intereses excesivamente elevados<sup>943</sup>. Adicionalmente, la comprensibilidad supone que la información debe constar por escrito o, por lo menos, en un soporte duradero (v. *supra* § 129). Por esto es que al cliente se le debería proporcionar toda la información acerca de las presuposiciones contractuales que las hagan comprensibles.

La comprensibilidad también absorbería algunas de las características mencionadas por las diferentes normas hoy en vigor. Así, la transparencia, la claridad, la legibilidad, la visibilidad, la sencillez, la facilidad, la concreción, la concisión, la precisión, la suficiencia, la necesidad y la completitud. La consideración de las circunstancias de la contratación permitiría, por lo demás, subsumir cualidades como la adecuación, la eficacia, la individualización y la adaptación a las peculiaridades del caso.

Asimismo, la información debería proporcionarse a los clientes por las EC de forma gratuita. No obstante, esta mención normativa no resultaría necesaria, al estar obligadas dichas empresas a dispensarla sin coste alguno para los clientes, al ser las deudoras de la información.

Por último, si bien es importante que la información sea completa, bastaría en este sentido con una adecuada regulación en materia de contenido.

**[219] Críticas a la regulación del contenido de la información precontractual en las normas aplicables a las EC.** En cuanto al contenido de la información precontractual, los problemas de la normativa aplicable a la contratación con EC provienen de la mención de catálogos demasiado extensos y detallados. Primero, porque parecen estar contruidos sin tener en cuenta la realidad y, segundo, porque generan diversas consecuencias indeseadas para los clientes.

---

<sup>941</sup> Cuál sea la “antelación suficiente” debe determinarse caso a caso. CARRIAZO PÉREZ DE GÚZMAN, T., “El incumplimiento”, p. 303.

<sup>942</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 30.

<sup>943</sup> V. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 65.

En el primer sentido, debe repararse en que los enunciados normativos de contenido informativo parecen estar redactados pensando en un cliente que dedicará largo tiempo y atención a su lectura, en contra de las más elementales evidencias de la vida práctica<sup>944</sup>. Y, asimismo, en un sofisticado cliente con amplios conocimientos técnicos. De este modo, lamentablemente, dichos enunciados no suelen tener en cuenta las características y conductas del común de las personas, por ejemplo, sus habilidades cognitivas, su nivel de alfabetización y la reticencia a la lectura de textos pocos familiares y que habitualmente resultan intimidatorios<sup>945</sup>. Eso sí, cabe advertir que la ausencia de lectura de la información precontractual por parte de los clientes resulta conforme a la racionalidad económica, al reducir los costes de transacción, y que la obligación del empresario de otorgarles la oportunidad de leer las condiciones generales del contrato supone, en sentido contrario, que se reconoce a los clientes la opción de no leerlas<sup>946</sup>.

En cuanto a las consecuencias perniciosas de los aludidos catálogos para los clientes de las EC, cabe destacar, en primer término, que redundan con frecuencia en una intensa sobrecarga informativa, agravada por el hecho de que las normas específicas en materia de servicios financieros suelen repetir los contenidos exigidos por las generales<sup>947</sup>.

La superabundancia informativa es, precisamente, una de las situaciones que puede contribuir a la manifestación de un consentimiento contractual defectuoso, teniendo en cuenta que desincentiva la lectura de los materiales que se entregan, sin que deba desconsiderarse tampoco la racionalidad imperfecta que caracteriza a la clientela<sup>948</sup>. En este último sentido, las negativas consecuencias de la sobrecarga de información pueden verse acrecentadas por las singulares características de su destinatario, con la subsiguiente mayor dificultad de la labor judicial. Si hasta hace algunos años los problemas en materia de información precontractual estaban asociados a su falta, defecto o inoportuna o inadecuada transmisión, hoy, en muchos casos, se vinculan con su mayor o menor exceso, que termina aturdiendo al destinatario en lugar de ilustrarle<sup>949</sup>.

---

<sup>944</sup> V. BEN-SHAHAR, O., “The Myth”, p. 2; INCARDONA, R. y PONCIBÒ, C., “The Average Consumer”, p. 32 (respecto de la normativa sobre consumo de la UE).

<sup>945</sup> V. BAR-GILL, O. y BEN-SHAHAR, O., “Regulatory”, pp. 15s. INCARDONA, R. y PONCIBÒ, C., “The Average Consumer”, p. 32, apuntan que un desafío previo al procesamiento de la información por el consumidor es llamar su atención acerca de la existencia de la misma. Y se preguntan si el regulador puede lograr este objetivo a través de la exigencia de divulgación de información. En todo caso, para el caso específico de la contratación vía Internet se ha señalado que quienes contratan de esta forma suelen ser clientes informados, principalmente porque la lectura de la información les resulta forzosa (CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, J. M., “La protección”, p. 135). No obstante la evidencia demuestra que también en la contratación vía Internet los clientes rara vez leen los contratos (AYRES, I. y SCHWARTZ, A., “Remedies”, pp. 3s.).

<sup>946</sup> Cfr. BEN-SHAHAR, O., “The Myth”, pp. 5, 9s. y 15. También constatan la ausencia de lectura del contrato por parte de los clientes AYRES, I. y SCHWARTZ, A., “Remedies”, p. 3.

<sup>947</sup> Ejemplos de disposiciones que exigen trasladar al cliente información sobreabundante son la normativa sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores y contrato de crédito al consumo (LCCC y Directiva 2002/65 y LCDSFDC y Directiva 2008/48, respectivamente). V. DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 144-146 (nota 140).

<sup>948</sup> V. GARRIDO, J. M., “Las permutas”, p. 455; INCARDONA, R. y PONCIBÒ, C., “The Average Consumer”, p. 32 (que estiman que resulta habitual que para las personas sea difícil comprender o evaluar adecuadamente la información pertinente); y PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 39.

<sup>949</sup> V., en general, BARROS BOURIE, E., *Tratado*, p. 1015; y DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 144-147; y, respecto de la contratación de servicios financieros, CABALLERO NÚÑEZ, G., “Las obligaciones”, p. 116; y FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., *La información*, pp. 37s.

Así, los requisitos de información complejos y numerosos pueden conducir a una sobrecarga de información que con facilidad puede ocasionar disfunciones, confusión y parálisis en la toma de decisiones de los clientes. Estos se ven expuestos a grandes dificultades en la adopción de decisiones meditadas e inteligentes, al perderse en la avalancha de datos que se les proporcionan, desperdiándose así la posibilidad de que atiendan selectivamente a los esenciales<sup>950</sup>.

En síntesis, el exceso de información puede traducirse (y de hecho habitualmente lo hace) en la frustración o debilitamiento de la finalidad que aspiran a solventar los catálogos de contenido informativo: posibilitar la manifestación de una voluntad comercial sana o reflexiva, al tornar incomprensible o difícilmente asimilable el alud de información proporcionada<sup>951</sup>. En consecuencia, dicho exceso también genera situaciones de palmario desequilibrio informativo, redundando en una nueva forma de desprotección de la parte contractual débil, que ahora resulta desinformada por no poder aquilatar adecuadamente el cúmulo de datos que se le dispensan<sup>952</sup>.

Adicionalmente, las reglas sobre revelación de información estructuradas sobre la base de detallados elencos de contenidos no producen habitualmente los beneficios esperados porque los clientes, en un significativo número de casos, no prestan atención a la pléyade de informaciones que se les proporcionan, asumiendo su entrega como una más de sus rutinas (o “papeleos”) y no como una fuente de información relevante. Incluso, la exigencia de extensos contenidos informativos puede generarles menoscabos, al imponerse al empresario costes innecesarios que luego les repercute por una u otra vía<sup>953</sup>.

A mayor abundamiento, la habitual ausencia de lectura y falta de comprensión por los clientes de los formularios con condiciones generales de la contratación (que también son un vehículo de información) propicia que el predisponente les traslade de manera oculta riesgos y costes. Ello redundará, además, en una inconveniente disminución de la seguridad jurídica y en el debilitamiento de la confianza en la autonomía privada, que ya no se asume como garantía de la justicia contractual<sup>954</sup>.

Por lo demás, la excesiva y rígida exigencia de transparencia o de información, al suponer mayores esfuerzos de lectura y comparación para el adherente, incluso de asesoramiento, torna ineficiente la utilización de las condiciones generales, desnaturalizando la función económica de reducción de los costes de transacción que deben desempeñar. En concordancia con esta idea es que el ordenamiento jurídico, por lo menos respecto de los consumidores, procede, en realidad, sobre la base de que no resulta exigible al adherente la lectura detenida y la comparación de las condiciones

---

<sup>950</sup> INCARDONA, R. y PONCIBÒ, C., “The Average Consumer”, p. 32 (respecto de los consumidores).

<sup>951</sup> NASARRE AZNAR, S., “II.-3:101-II.-3:103”, p. 198.

<sup>952</sup> Las siguientes ideas de ZIMMERMANN, R., *El nuevo Derecho*, pp. 246s., dan cuenta, en relación con el Derecho del consumo, de los inconvenientes a que puede conducir una información sobreabundante: “la cantidad de información obligatoria que se proyecta sobre el consumidor no siempre comporta un nivel de transparencia deseable: un consumidor al que se le proporciona una sobrecarga de información es tan incapaz de tomar una decisión informada como aquél que no recibe en absoluto ninguna. La imposición de deberes de información al empresario, en otras palabras, no siempre es un remedio que puede mitigar el déficit de información del consumidor”.

<sup>953</sup> V. BAR-GILL, O. y BEN-SHAHAR, O., “Regulatory”, pp. 14-16; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 39.

<sup>954</sup> BALLUGERA GÓMEZ, C., *El contrato*, pp. 43s.

generales, al contemplar la existencia de un control de validez de las mismas una vez que ya han sido incorporadas al contrato, lo que no tendría verdadero sentido si se asumiera que aquel ha examinado diligentemente (porque *debía* hacerlo) dichas condiciones<sup>955</sup>.

En fin, la exigencia de detallados contenidos informativos facilita la prueba por el empresario del cumplimiento de su deber de información. Ello, con su subsiguiente exoneración de responsabilidad o de las consecuencias aplicables en caso de vicios del consentimiento, en detrimento del cliente, cuyo consentimiento, considerando los datos proporcionados, se presume informado<sup>956</sup>. La afirmación de que el cliente ha prestado su consentimiento con conocimiento de causa por el hecho de que el empresario haya cumplido con su obligación de informar, por ejemplo, por la vía de otorgarle la posibilidad de conocer las condiciones del contrato, resulta contraria a la realidad, que demuestra que en multitud de ocasiones dicho consentimiento no concurre, principalmente porque los clientes no suelen leer las referidas condiciones, sobre todo si presentan una extensión considerable (como en la contratación con EC), con lo que, en definitiva, la prueba de que se les ha dado la mencionada posibilidad termina beneficiando a los predisponentes de condiciones generales en desmedro de los clientes<sup>957</sup>.

Los operadores jurídicos deben tener particularmente en cuenta las anteriores consideraciones en orden a propiciar una nueva configuración de las reglas sobre información precontractual aplicables a las EC o una revisión de las existentes<sup>958</sup>. Esto, sobre la base de criterios como los de sistematicidad, coherencia y mayor protección de la parte contractual débil (comprensibilidad de la información), en aras de eliminar o moderar los problemas de saturación informativa. Los reguladores deberían dedicar al problema mucha más atención y estudios empíricos a los efectos de determinar cuál es la información esencial que se debe dar a conocer<sup>959</sup>. En este sentido, deberían tener presente que la realidad de los hechos demuestra que no todos los inconvenientes

---

<sup>955</sup> PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, pp. 40 y 90s. (respecto de la primera idea) y 89 (respecto de la segunda –basándose en la Directiva 93/13-). En relación con la primera idea agrega, en las pp. 90s., otros factores que desincentivan la lectura de las condiciones generales por parte del adherente. Así, el convencimiento de la inutilidad de la misma considerando que no las comprenderá; la sensación de intangibilidad de dichas condiciones, al ser innegociables; y la creencia de que son una manifestación de lo acostumbrado y, por consecuencia, de lo justo o adecuado. Respecto de la segunda idea refiere que en los ordenamientos en que se reprimen expresamente las cláusulas sorprendentes, como el alemán, la recepción normativa de la inexigibilidad de la lectura resulta más clara.

<sup>956</sup> Cfr. BAR-GILL, O. y BEN-SHAHAR, O., “Regulatory”, p. 16; y NASARRE AZNAR, S., “II.-3:101-II.-3:103”, pp. 187s. (respecto del DCFR, el FS y la Directiva 2011/83). V. también AYRES, I. y SCHWARTZ, A., “Remedies”, pp. 4s.

<sup>957</sup> BEN-SHAHAR, O., “The Myth”, pp. 2-7. Por ello es que, según vimos *supra* § 143 (siguiendo a PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, pp. 34-39), no basta al predisponente con posibilitar que el adherente conozca las condiciones generales, puesto que debe informarle adicionalmente acerca del contenido económico del contrato (precio y contraprestación) y de las cláusulas sorprendentes. Así, el cliente no está obligado a conocer e informarse acabadamente de dicho contenido. Ello le supondría elevados costes de información (de lectura, comprensión, comparación e incluso de asesoría) y ralentizaría el tráfico económico, que es precisamente lo que buscan evitar las condiciones generales.

<sup>958</sup> En similar sentido, TWIGG-FLESNER, CH., “Information Duties”, p. 496, se pregunta acerca de si en las Directivas comunitarias que establecen deberes de información se deberían mantener o no los detallados listados de contenidos informativos. V. también ZUNZUNEGUI, F., “Informe”, p. 19, apuntando que no debe confundirse la transparencia con el exceso de información y advirtiendo que lo óptimo sería la simplificación de los productos que se ofrecen a los clientes de servicios financieros.

<sup>959</sup> INCARDONA, R. y PONCIBÒ, C., “The Average Consumer”, p. 32 (respecto de la normativa sobre consumo de la UE).



derivados de los abusos de determinados empresarios se corrigen mediante la exigencia de transparencia o de información. Por esto es que en algunos supuestos dichos inconvenientes deberían resolverse a través del control del equilibrio del contrato<sup>960</sup>.

El sector de la contratación con EC es, con todo, el terreno donde mayores esfuerzos se han emprendido para descargar los textos legales de los interminables elencos de contenidos informativos. Una primera fórmula utilizada al efecto ha sido la deslegalización de dichos contenidos por la vía de regularlos reglamentariamente. Este proceder implica mantener dentro de los textos legales solo la formulación del deber general, las cualidades de la información, el modo de proporcionarla y las consecuencias en caso de infracción. Con ello se consigue, además, una adaptación más rápida de dichos contenidos a las cambiantes exigencias del mercado y a los requerimientos de protección de los clientes. Otro mecanismo para evitar extensos catálogos de contenidos informativos en la contratación con EC ha consistido en la utilización de modelos contractuales oficiales<sup>961</sup>.

No obstante, si bien los aludidos mecanismos contribuyen a aligerar los extensos y densos catálogos informativos presentes en las leyes, con la subsiguiente facilitación de su lectura y comprensión por los clientes, no consiguen por entero evitar la sobrecarga informativa de estos, toda vez que las EC deben cumplir con la transmisión de los contenidos exigidos cualquiera sea la norma que los imponga.

Las anteriores valoraciones críticas no implican que las normas sobre información precontractual aplicables a las EC no deban regular el contenido de dicha información dejando entregada su determinación a los tribunales. Tampoco en modo alguno sugieren que dichas normas deban valerse solo de una cláusula general que obligue a informar sin mayores concreciones. En ambas alternativas se tendrían que aplicar los fundamentos jurídicos y económicos que avalan la procedencia de la obligación de informar (la buena fe, destacadamente), con lo que se daría protagonismo a parámetros excesivamente abstractos, abiertos y difusos. Estos podrían conducir a una excesiva inseguridad jurídica y a una abierta desprotección de la parte débil de la relación. Además, la tipificación de la obligación precontractual de informar solo en virtud de fórmulas genéricas podría echar por tierra la acertada finalidad preventiva que cumple dicha obligación en tanto que constituye una alerta para los agentes del mercado (las EC) acerca de cuáles son las informaciones que deben proporcionar a sus clientes antes del contrato<sup>962</sup>.

A mayor abundamiento, la ausencia de regulación del contenido de la información o su reglamentación en virtud de fórmulas genéricas serían particularmente contraproducentes en la contratación con EC si se considera el alto nivel de desequilibrio informativo que suele afectar a una importante parte de su clientela.

**[220] Necesidad de una nueva regulación del contenido de la información precontractual en la contratación con EC.** Teniendo en cuenta las precedentes ideas,

---

<sup>960</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, pp. 39s.

<sup>961</sup> Cfr., acerca de ambas vías, GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1479 (y nota 81) y “Comentario” (al art. 60), pp. 776s. (y nota 29), mencionando como ejemplos las Órdenes 12/12/1989 y 5/5/1994 y la Circular 8/1990, hoy derogadas.

<sup>962</sup> V., respecto de la inseguridad jurídica y la finalidad preventiva de los deberes informativos, *Id.*, “La contratación”, p. 1470.

resulta recomendable una adaptación o reformulación de las normas sobre información precontractual actualmente vigentes en materia de servicios financieros en atención a los intereses de los clientes, sobre todo de aquellos cuyos conocimientos, experiencia o cualificación les impiden comprender satisfactoriamente una operación<sup>963</sup>. De lo que se trata es, en síntesis, de que dichas normas exijan a las EC proporcionar a los aludidos clientes una información concisa y destacada acerca de determinados extremos, sin que la no referida a estos deba proporcionarse de igual forma. Con ello se evitaría la ahora habitual confusión de dichos clientes en el momento de hacerse cargo de los aspectos relevantes en su decisión de contratar o de no hacerlo<sup>964</sup>.

En orden a la referida adaptación o reformulación normativa, debe tenerse muy presente que quienes adhieren a condiciones generales de la contratación suelen concentrarse en el precio y la calidad del producto o servicio, firmando sin leer o comprender los demás extremos del formulario<sup>965</sup>. De modo más específico, la realidad de los hechos parece demostrar que los clientes suelen requerir que la información precontractual se refiera a los beneficios, riesgos y costes o comisiones que lleve aparejado el producto o servicio en cuestión, despreciando a menudo otros elementos que luego pueden revelarse como muy importantes<sup>966</sup>.

Según puede verse, el aspecto fundamental tenido en cuenta por los clientes a la hora de decidir contratar o no hacerlo suele ser el contenido económico del negocio (precio y contraprestación). Empero, resulta evidente que también les interesa recibir información acerca de las condiciones sorprendentes que pueda contener el contrato. Así, lo relevante para ellos es que se les proporcione información acerca del contenido económico del contrato y las condiciones insólitas, pero no tanto acerca del contenido jurídico del negocio. De ser cierto lo anterior, la normativa sobre información precontractual en materia de servicios financieros debería exigir que la que se proporcione a los clientes apunte principal y destacadamente a los referidos extremos fundamentales, reservando la evaluación de los aspectos jurídicos, básicamente, para el control del equilibrio del contrato (control de contenido)<sup>967</sup>.

---

<sup>963</sup> Cfr., en general, ZUNZUNEGUI, F., “Regulación”, p. 35.

<sup>964</sup> BEN-SHAHAR, O., “The Myth”, p. 22, apuntando que se debe proporcionar a los clientes la información mínima que resulte relevante y esencial.

<sup>965</sup> V. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El control”, pp. 219s., 222s. y 225s. (remarcando que dicha ausencia de lectura es una conducta económicamente racional); y BALLUGERA GÓMEZ, C., *El contrato*, pp. 42s. (refiriendo, en esta última y en la s., que esta conducta no sería racional, sino forzada e impuesta por el otro contratante, lo que va contra la libertad contractual y la seguridad jurídica).

<sup>966</sup> En materia de servicios de inversión, las conclusiones del estudio OICU-IOSCO, TECHNICAL COMMITTEE OF THE INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS, *Principles*, pp. 10s., revelan que los inversores requieren que la información se refiera a dichos extremos. Así, a modo de ejemplo, no suelen interesarse especialmente en saber quién es el intermediario (pp. 10s.). Adicionalmente, el reporte propone principios en materia de revelación de información. Uno de estos es que ella esté referida a los aspectos indicados, a más de a los posibles conflictos de interés (pp. 28ss.). V. CABALLERO NÚÑEZ, G., “Las obligaciones”, pp. 117s. En mi opinión, no existe inconveniente para aplicar dichas conclusiones a los servicios bancarios. TWIGG-FLESNER, CH., “Information Duties”, p. 496, luego de analizar las Directivas comunitarias que establecen deberes de información, apunta que su revisión sugiere que la información que generalmente se requiere es la relativa a las características principales de los bienes o servicios, impuestos y otros costes, identidad y dirección del empresario, términos del contrato, derechos y obligaciones de las partes y mecanismos de reparación.

<sup>967</sup> V., en general, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 41. Y también, acerca de la necesidad de que se informe a los clientes acerca de las condiciones contractuales sorpresivas AYRES, I. y SCHWARTZ, A., “Remedies”, pp. 7s.

Los clientes deberían ser ilustrados de manera sencilla y global (esto es, sin excesivo detalle), sobre los referidos datos, especialmente en materia de costes totales del producto o servicio, a fin de que les resulten fácilmente comprensibles y comparables<sup>968</sup>. En este sentido, a modo de ejemplo, la STS (Sala de lo Civil, Pleno) 9-5-13 (FD 12), referida a la cláusula suelo en los préstamos con garantía hipotecaria, señala que “(e)s preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato”. Cabe apuntar que esta sentencia declara la nulidad por abusividad de la cláusula suelo en unos préstamos con garantía hipotecaria por falta de transparencia, a pesar de haber superado dicha cláusula el control de incorporación aplicable a las condiciones generales de la contratación<sup>969</sup>.

En fin, aparte de la información relativa a los costes totales de un producto o servicio y a las cláusulas sorprendentes, la normativa sobre servicios financieros debería exigir a las EC que, en todos los supuestos (y no solo en los servicios de inversión), informen a sus clientes acerca de los riesgos del producto o servicio en cuestión, así como de los rendimientos posibles con presentación de los distintos escenarios representativos de las hipótesis relevantes<sup>970</sup>.

Veamos algunos ejemplos a fin de explicar mejor estas propuestas.

Imagínese un supuesto de contrato de depósito bancario de dinero, figura que no cuenta con normas legales sobre información precontractual específicamente aplicables a ella. Pues bien, tratándose de clientes consumidores habrá de aplicarse el TRLGDCU y, en su caso, la LCDSFDCU. A su vez, en el caso de clientes no consumidores, a cuyo respecto no existe una norma legal que determine el contenido de la información precontractual que debe proporcionarse antes de concluir el contrato, las EC deberán informarles acerca de las presuposiciones contractuales y, principalmente de los aspectos económicos básicos. De esta manera, en un contrato de depósito a la vista (cuentas corrientes y de ahorro) deberían informarles acerca de las comisiones aplicadas (de mantenimiento y administración) y de la remuneración de los mismos; y, en los depósitos a plazo fijo, acerca su plazo, rentabilidad, periodicidad de liquidación de intereses y liquidez.

Igualmente, repárese en el supuesto de los préstamos con garantía hipotecaria. En este caso, la información precontractual resulta importante principalmente respecto de los clientes personas jurídicas, que no están protegidos por las normas sobre el particular

---

<sup>968</sup> V., en general, BAR-GILL, O. y BEN-SHAHAR, O., “Regulatory”, pp. 16s.

<sup>969</sup> La STS está comentada en CORDERO, E., “Nulidad” y “Cláusula”; GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup>. del C., “STS 9 de mayo de 2013”; PLAZA PENADÉS, J., “Delimitación”, y SÁNCHEZ MARTÍN, C., “El control”.

<sup>970</sup> ZUNZUNEGUI, F., “Informe”, p. 20. El autor agrega, en esta p. y en las pp. 21s., que se debería implementar un mecanismo de validación interna del diseño y comercialización de determinados productos financieros que tuviera en cuenta las necesidades de los clientes y la información relativa a dichos productos (por ejemplo, el “etiquetado” de los mismos). Adicionalmente, plantea que debería prohibirse la comercialización de productos complejos y de alto riesgo entre los clientes minoristas de las EC. En este sentido, cabe tener en cuenta que la Disposición adicional decimotercera del RD-L 24/2012 y de la Ley 9/2012, ambos “de reestructuración y resolución de entidades de crédito”, establece rigurosos requisitos para la contratación de participaciones preferentes.

contenidas en la Orden EHA/2899/2011. Así las cosas, quien pretenda contratar un préstamo de aquella índole deberá recibir la información acerca de sus cláusulas principales, sobre todo de las relativas al coste total del producto. Entre dichas cláusulas destacan las referidas a los aspectos siguientes: la modalidad del tipo de interés (fijo o variable); la fecha de revisión del tipo de referencia (generalmente anual); la TAE; las comisiones y gastos; la periodicidad y número de los pagos; el importe de cada cuota; el tipo de interés mínimo y máximo a abonar (cláusulas suelo y techo); la amortización anticipada; y el vencimiento anticipado unilateral por la entidad. Además, el cliente deberá tener en cuenta los gastos asociados a la formalización del préstamo (impuestos, comisiones y gastos de tasación, gestoría, notario y registro, así como los correspondientes a la contratación de seguros)<sup>971</sup>.

También resultan ejemplos relevantes en el anterior sentido los contratos relativos a instrumentos financieros de renta fija y variable, así como los referidos a participaciones preferentes y *swaps* de tipos de interés, principalmente considerando la elevada conflictividad generada por estos productos. Respecto de la información que deberían suministrar las EC a los clientes que los contratan, me remito a lo señalado *supra* § 38 y 188.

Adicionalmente, teniendo en cuenta que los costes totales de un producto o servicio suelen resultar afectados decisivamente por determinadas cláusulas accesorias, las EC deberían informar a sus clientes de manera clara, comprensible, exacta y completa –en síntesis, transparente– acerca de ellas, en tanto que podrían repercutir en un aumento del precio. En este sentido, cabe citar algunos ejemplos significativos. Primero, en los contratos de crédito debería imponerse a dichas entidades que informen de aquel modo a sus clientes acerca de la fórmula de cálculo, fechas de liquidación y devengo de intereses. La misma exigencia debería proceder en relación con el mecanismo de cálculo de saldos en los contratos de cuenta corriente<sup>972</sup>.

**[221] Necesidad de exigir la entrega de un documento informativo principal y de otro complementario y de resaltar determinada información.** Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, cabe concluir que si bien toda la información especificada en las correspondientes normas se les debería entregar a los clientes de las EC con el detalle por ellas exigido, cierta parte debería proporcionárseles en un documento principal y la restante en otro complementario<sup>973</sup>. Ambos documentos deberían

---

<sup>971</sup> Según veremos *infra* III.8.d., si bien respecto de los elementos esenciales del contrato no cabe aplicar ni el control de incorporación ni el de contenido, sí cabe aplicar el control de transparencia en orden a determinar si la respectiva cláusula resulta abusiva. En este sentido, veremos que resulta especialmente trascendente la STS (Sala de lo Civil, Pleno) 9-5-13, que declara la nulidad por abusividad de la cláusula suelo en unos préstamos con garantía hipotecaria a consecuencia de falta de transparencia en la información relativa a ella, a pesar de haber superado dicha cláusula el control de incorporación de las condiciones generales de la contratación.

<sup>972</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, pp. 80 (nota 152) y 112. En las pp. 114-119 el autor reseña las sentencias del BGH 24-11-88 y 17-1-89, que entienden que la buena fe se traduce en que la EC debe describir los derechos y obligaciones del cliente de la forma más clara y visible posible (deber de transparencia), lo que resulta aplicable sobre todo a los aspectos que inciden en la determinación del precio. Ambas sentencias consideran abusiva por falta de transparencia determinada cláusula del contrato enjuiciado.

<sup>973</sup> PLAZA PENADÉS, J., “Delimitación”, s/p, propone la exigencia en la LCGC y el TRLGDCU de un “documento de compromiso de transparencia negociado”, que debería ser un instrumento sencillo y facilitarse al cliente junto con las condiciones generales. En dicho documento –dice el autor– se debería aclarar al cliente “su posición jurídica en el concreto acto o negocio jurídico, su naturaleza y eficacia, así

facilitarse, tanto en los servicios bancarios como en los de inversión, antes de que los clientes asuman cualquier obligación y con tiempo suficiente para asimilar su contenido, así como de manera adaptada a las circunstancias de cada uno. Con ello se daría una mejor concreción a la exigencia de comprensibilidad de la información, que es la más relevante dentro de las que esta debe satisfacer.

El documento informativo principal debería dar cuenta únicamente de los aspectos económicos más trascendentes del servicio o producto que se proyecta contratar, así como de las cláusulas sorprendentes, en tanto que no cabe duda acerca de que ambos extremos forman parte de las presuposiciones contractuales de cualquier cliente. La idea es que gracias a dicho documento el cliente quedaría suficientemente ilustrado respecto de las implicaciones más sobresalientes del contrato. De esta manera, en el referido documento debería informársele acerca de las características del producto o servicio, sus costes totales, rendimientos, riesgos y condiciones inhabituales<sup>974</sup>.

En definitiva, se trataría de reducir los extensos contenidos informativos que ahora se proporcionan a los clientes a un *núcleo de información especialmente relevante* en orden a una adecuada manifestación de su consentimiento negocial. Este parece ser el derrotero que seguirá en el futuro la normativa europea en materia de servicios de inversión<sup>975</sup>.

Por su parte, el documento informativo complementario debería presentar en detalle toda la información exigida normativamente (presuposiciones contractuales y demás aspectos relevantes), pudiendo consultarse por el cliente en caso de estimar necesario un estudio en profundidad o discutirlo con un asesor legal o financiero. De modo específico, debería contener la mayor parte de los aspectos jurídicos del contrato (derechos y obligaciones de las partes).

En fin, la información proporcionada debería estar redactada en términos fácilmente comprensibles para un cliente medio (con inclusión de ejemplos numéricos acerca de los diversos escenarios posibles). Con ello se evitaría que, como suele ocurrir, los

---

como los riesgos más probables y más graves”. Por su parte, BEN-SHAHAR, O., “The Myth”, pp. 22-26, propone como soluciones generales para esta problemática la clasificación de los contratos de acuerdo a un sistema de puntuación que le permita a los clientes evaluar y comparar globalmente y de manera sencilla los aspectos más relevantes del contrato y un sistema de etiquetado de los contratos (como el de los productos alimenticios), en virtud del cual se presente la información esencial de manera sencilla y uniforme y, destacadamente, la relativa a los aspectos negativos del contrato. En fin, AYRES, I. y SCHWARTZ, A., “Remedies”, pp. 8s. y 30ss., proponen la implementación de un formato estandarizado en virtud del cual se advierta a los clientes acerca de los extremos respecto de los cuales frecuentemente se producen los errores de los mismos a la hora de contratar.

<sup>974</sup> Cfr. GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1479 y “Comentario” (al art. 60), pp. 775s.; y TWIGG-FLESNER, CH., “Information Duties”, p. 496.

<sup>975</sup> Cfr. la “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión”, de 3-7-12 (COM (2012) 352 final). V. ZUNZUNEGUI, F., “Informe”, pp. 13s. A nivel de Derecho interno, puede consultarse, aun cuando se trata de una norma relativa en específico al folleto de las Instituciones de Inversión Colectiva, la Circular 2/2013, de 9 de mayo, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre el documento con los datos fundamentales para el inversor y el folleto de las instituciones de inversión colectiva (BOE 24-5-13, nº 124). Como es obvio, cuando aludo a un “núcleo de información relevante” me refiero a los documentos informativos y no a los formularios contractuales que se exhiben al cliente antes de contratar, que deben recoger todas las condiciones y cláusulas del contrato.

prospectos carezcan de un verdadero valor informativo para los clientes en atención al excesivo tecnicismo de los términos jurídicos y financieros de que se valen<sup>976</sup>.

Adicionalmente, es deseable que en los documentos informativos principal y complementario propuestos los aspectos más relevantes del contrato sean resaltados por las EC, cualquiera sea el servicio contratado, a fin de que el cliente quede advertido especialmente respecto de los extremos más sobresalientes del mismo y principalmente de los riesgos a que se expone.

En el anterior sentido y por lo que concierne a las condiciones generales de la contratación impuestas a gran parte de sus clientes por las EC, cabe tener en cuenta que el cumplimiento del deber de transparencia que recae sobre ellas, sobre todo por lo que respecta a las cláusulas que influyen en el equilibrio económico del contrato (precio y contraprestación) y a las sorprendentes, no se satisface solo con una redacción clara y comprensible de las mismas que, por lo demás y según hemos visto, debe ir más allá de la superación del control de incorporación. Adicionalmente, el adecuado cumplimiento del aludido deber de transparencia hace necesario que dichas cláusulas sean resaltadas, *v. gr.*, mediante su ubicación en un sector destacado del documento o a través del uso de símbolos de advertencia o de una tipografía que dé debida cuenta de su importancia. Por citar un ejemplo relevante en este sentido, en los contratos bancarios de préstamo la cláusula relativa al precio debería aparecer junto a la que fija las comisiones (y no en un sector distinto o disimulada entre las cláusulas de contenido más jurídico), en orden a que el cliente se percate fácilmente del coste total del producto o servicio. Eso sí, cuando tampoco el que se destaque una cláusula permita al cliente percibir fácilmente las repercusiones económicas del contrato, la EC, para cumplir con su deber de transparencia, tendrá que profundizar en la información que le transmita. Así podría ocurrir, por citar otro ejemplo relevante, con las cláusulas relativas a las fechas de valoración de los abonos y cargos en los contratos de cuenta corriente<sup>977</sup>.

Recogiendo las ideas expuestas, la STS (Sala de lo Civil, Pleno) 9-5-13 (FD 12), que declara abusivas por falta de transparencia las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios en el caso concreto, señala que “(e)s preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato./ No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante”<sup>978</sup>. Así, la cláusula suelo no debería presentarse a los clientes como si solo fuese beneficiosa para

---

<sup>976</sup> Constata esta última circunstancia POSNER, R., *Análisis*, p. 420 (respecto del prospecto de emisión de valores).

<sup>977</sup> V., en general, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, pp. 132s. (agregando como ejemplo del último supuesto, la cláusula que en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria reglamenta el cálculo de los intereses aplicando el tipo al capital pendiente de amortización al término del periodo anual de liquidación anterior, teniendo en consideración la que establece que la liquidación del crédito será trimestral), 168 y 210.

<sup>978</sup> La STS está comentada en CORDERO, E., “Nulidad” y “Cláusula”; GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup>. del C., “STS 9 de mayo de 2013”; PLAZA PENADÉS, J., “Delimitación”, y SÁNCHEZ MARTÍN, C., “El control”.

ellos. Esta manera de actuar iría contra la transparencia y la buena fe. Por esto es que las EC deberían explicarles a los clientes la manera en que dicha cláusula repercute en el precio final del préstamo y, más precisamente, el tipo de interés al que les ofrecerían el préstamo en caso de no existir la aludida cláusula. De este modo, los clientes podrían comparar la respectiva oferta con otras y tener consciencia acerca de las reales ventajas de la cláusula, pudiendo manifestar una voluntad plena<sup>979</sup>.

También, según vimos, el regulador ha establecido la exigencia de destacar determinadas informaciones precontractuales en la contratación con EC, pero no en términos generales o sin exigirlo categóricamente para todos los supuestos.

Respecto de los servicios bancarios, el art. 11.2 Orden EHA/2899/2011 indica que a los efectos de destacar los elementos esenciales de la información a que se refieren los arts. 3 a 6, el BdeE podrá exigir el empleo de un formato o tipo de letra o comunicación especialmente resaltada. Esto lo ha hecho el referido Banco en la Norma Séptima de la Circular 5/2012. El anejo 3 de esta menciona con detalle la información que debe ser destacada en relación con diversas operaciones.

En materia de servicios de inversión, el art. 79 *bis*.3 (3) LMV faculta a la CNMV para requerir que en la información que se proporcione a los clientes antes de la adquisición de un producto, se inserten todas las advertencias que considere necesarias respecto del instrumento financiero y, de modo especial, las que resalten que se trata de un producto no adecuado para clientes no profesionales en razón de su complejidad. Asimismo, la norma faculta a la CNMV para requerir que dichas advertencias se incorporen en los elementos publicitarios. Adicionalmente, el art. 79 *bis*.7 (3) LMV exige, respecto de los instrumentos financieros complejos, que el documento contractual incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita (en conformidad a lo que determine la CNMV) por la que el cliente manifieste haber sido advertido de que el producto no le resulta conveniente o de que no ha sido posible evaluarle.

Sin perjuicio de que las mencionadas normas marcan una orientación correcta y, por tanto, constituyen un importante avance, no resultan suficientes. El precepto citado de la Orden EHA/2899/2011 no exige resaltar la información precontractual relevante en toda contratación con EC y los de la LMV solo facultan a la CNMV para formular determinados requerimientos a las EC en cuanto a advertencias, pero no establece la obligación de las ESI de destacar la información relevante<sup>980</sup>.

En concreción del deber de transparencia que recae sobre las EC, la exigencia de resaltar determinadas informaciones debería extenderse de manera categórica en el futuro a todos los contratos que se vayan a celebrar con EC, sobre todo respecto de aquellos clientes cuyos conocimientos, experiencia o cualificación les impidan comprender cabalmente una operación. Con ello se protegerían de mejor forma los

---

<sup>979</sup> NASARRE AZNAR, S., “Malas prácticas”, pp. 2680s.

<sup>980</sup> En este sentido, la CNMV, *Atención de reclamaciones y consultas de inversores. Memoria 2011*, p. 26, señala que “(p)or otro lado, se han detectado prácticas que se han considerado incorrectas en relación a la inclusión de cláusulas o advertencias en los contratos firmados por los inversores por las que se advierte que la operación no es conveniente. A este respecto, la primera recomendación es que las citadas cláusulas tengan visibilidad y sean destacadas, de forma que no se puedan confundir con otras advertencias o informaciones que los documentos puedan incorporar. La mejor práctica es que las citadas advertencias se incluyan en un documento separado, con referencia al producto contratado, y no en el contenido de un contrato marco”.

intereses de los clientes y se mitigarían las posibles dudas acerca de si en un caso concreto la EC cumplió o no con los requerimientos que le imponía el deber de transparencia.

**[222] Necesidad de una nueva regulación del medio de transmisión de la información.** Por último, en cuanto al medio de transmisión de la información, la normativa aplicable a las EC debería determinar con carácter general (lo que hoy no hace) cuál ha de ser dicho mecanismo en relación con todo tipo de operaciones (bancarias y de inversión). Asimismo, como dicho mecanismo está directamente vinculado con la comprensibilidad de la información<sup>981</sup>, el exigido normativamente debería ser uno que posibilitara de forma categórica la adecuada formación de la voluntad de los clientes de las EC. En fin, el medio exigido debería facilitar la prueba del cliente acerca de qué fue exactamente aquello sobre lo que se le informó, extremo sobre el que ahora, con frecuencia, cada parte mantiene versiones contrapuestas.

En el anterior sentido, sobre todo con miras a evitar que aflore nuevamente un elevado nivel de conflictividad en la comercialización de servicios financieros, en la generalidad de las operaciones tanto el documento informativo principal como el complementario propuestos deberían constar por escrito<sup>982</sup> y en un soporte electrónico duradero, salvo en el caso de la contratación a distancia, en que bastaría con el segundo instrumento. Asimismo, estos documentos deberían contenerse en formatos estandarizados, lo que permitiría a los clientes reducir los costes de comparación entre los contratos de las distintas EC<sup>983</sup>. Adicionalmente, resultaría conveniente que la normativa sobre información precontractual aplicable a las EC les exigiera la grabación al menos sonora del proceso de entrega y obtención de información<sup>984</sup>. Estas propuestas permitirían contar con una prueba completa acerca de la regularidad de dicho proceso y reducirían los debates procesales a este respecto<sup>985</sup>.

**[223] Prohibición o limitación de ciertas operaciones respecto de determinados clientes.** Sin perjuicio de las anteriores consideraciones, en orden a la mejor protección de los clientes de las EC cuyos conocimientos, experiencia o cualificación les impiden comprender satisfactoriamente ciertas operaciones, los reguladores deberían valorar la posibilidad de prohibir o limitar la contratación por parte de dichos clientes de determinados productos o servicios, sobre todo complejos y de alto riesgo, como ya ha

---

<sup>981</sup> GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1466 (en nota 52).

<sup>982</sup> Acerca de la necesidad de proporcionar la información por escrito v. VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, p. 137.

<sup>983</sup> V., en general, AYRES, I. y SCHWARTZ, A., “Remedies”, p. 17.

<sup>984</sup> En este sentido, debe tenerse en cuenta que la propuesta de reforma de la normativa comunitaria MiFID contempla la posibilidad de exigir la grabación de las órdenes dadas por los clientes en los servicios de recepción, transmisión y ejecución de las mismas e, incluso, de gestión discrecional de cartera (v. CANTA, J. y DURET, L. “MIFID II”, p. 325). Asimismo, la Norma sexta, apartado 2, de la Circular 3/2013, prescribe que en caso de prestarse un servicio de inversión por vía telefónica, las ESI deberán conservar la grabación con la correspondiente expresión verbal del cliente en relación con el test de conveniencia, debiendo dicha grabación ponerse a disposición del cliente si así lo solicita.

<sup>985</sup> En fin, considerando que el suministro de información mediante determinados documentos no ha producido el efecto de mejor protección de los clientes de servicios financieros (de ello da cuenta la elevada conflictividad en este terreno), se ha planteado que debería evaluarse la posibilidad de que exista una instancia de expertos independientes de las EC que cumpla la función informadora y asesora que hoy recae sobre dichas entidades. Asimismo, se trata de una función que actualmente desempeñan en cierta medida los notarios, pero –se dice– bien podría perfeccionarse la normativa a ellos referida en orden al cumplimiento del propósito de mejor tutela de los intereses de los clientes. OLAIZOLA, F., “Poner al lobo”, s/p. V. también RODRÍGUEZ MASEDA, J. C., “Las operaciones bancarias”, p. 598.



ocurrido en materia de participaciones preferentes (Disposición adicional decimotercera del RD-L 24/2012 y de la Ley 9/2012, ambos “de reestructuración y resolución de entidades de crédito”)<sup>986</sup>. De modo específico, considerando la creciente litigiosidad generada por la comercialización de productos propios de las EC, debería estudiarse la posibilidad de prohibir el asesoramiento por parte de dichas entidades en estos casos, en atención a que en ellos el asesoramiento –frecuentemente utilizado como vehículo de información precontractual- difícilmente podrá ser independiente y objetivo<sup>987</sup>. Asimismo, considerando la elevada conflictividad generada por la comercialización de *swaps* de tipos de interés, debería restringirse su contratación por parte de clientes minoristas, sobre todo cuando tengan una finalidad especulativa, en tanto que dichos clientes carecen de los conocimientos y la experiencia inversora para comprenderlos y que por lo común los referidos productos involucran la concurrencia de un conflicto de intereses que resulta insalvable, así como de un desequilibrio entre los clientes y la EC<sup>988</sup>.

---

<sup>986</sup> V. ALONSO ESPINOSA, F., “Participaciones preferentes”, p. 10; y ZUNZUNEGUI, F., “Informe”, pp. 20-23.

<sup>987</sup> RODRÍGUEZ MASEDA, J. C., “Las operaciones bancarias”, p. 598.

<sup>988</sup> GARRIDO, J. M., “Las permutas”, pp. 457s. y 462-464.



### CAPÍTULO III: CONSECUENCIAS CONTRACTUALES DEL INCUMPLIMIENTO POR LA ENTIDAD DE CRÉDITO DE LA OBLIGACIÓN PRECONTRACTUAL DE INFORMAR AL CLIENTE

**SUMARIO.** 1. Consideraciones generales. 2. Modalidades de incumplimiento. 3. Carga de la prueba. 4. Síntesis de consecuencias. a. Preliminar. b. Consecuencias contractuales. 5. Eficacia contractual de la normativa sobre transparencia. 6. Derecho de desistimiento. 7. Anulación por vicio del consentimiento. a. Preliminar. b. Error. i. Preliminar. ii. Excusabilidad. 1. Preliminar. 2. Situación de confianza. 3. Circunstancias del cliente. 4. Conducta de la entidad de crédito. c. Dolo. 8. No incorporación de condiciones generales de la contratación y nulidad. a. Preliminar. b. Aspectos procesales. c. No incorporación de condiciones generales de la contratación. d. Nulidad de cláusulas abusivas por falta de transparencia. e. Nulidad por infracción de normas imperativas. 9. Responsabilidad civil. a. La responsabilidad precontractual. i. Preliminar. ii. Regulación. iii. Naturaleza jurídica. b. Regímenes aplicables. i. Preliminar. ii. Extracontractual. iii. Contractual. iv. Consumidores. c. Factor de atribución de responsabilidad. d. El daño. i. Preliminar. ii. Diversidad de hipótesis.

#### 1. Consideraciones generales

**[224] Aumento de la litigiosidad por incumplimiento de la obligación precontractual de informar de las EC.** La controversia sobre el cumplimiento o incumplimiento por las EC de su obligación precontractual de informar a los clientes es la que, en los últimos años, está creando mayor litigiosidad en el ámbito de los servicios financieros. La cuestión habitualmente analizada ha consistido en si el cliente, al contratar, se vio afectado por un vicio del consentimiento a consecuencia de la información proporcionada o no otorgada por la entidad<sup>989</sup>. Como veremos, muchas otras posibles vertientes del problema han sido descuidadas o, al menos, no han recibido la atención que merecen.

**[225] Servicios de inversión.** Sobresale una abundante litigiosidad en materia de servicios de inversión, especialmente la relativa a productos financieros complejos y de importante nivel de riesgo, algunos de los cuales fueron comercializados masivamente entre clientes personas físicas y PYMES<sup>990</sup>. Dentro de ellos destacan diversos supuestos heterogéneos como los depósitos estructurados, los *swaps* de tipos de interés (*interest rate swaps*), las participaciones preferentes, las obligaciones subordinadas, los bonos de bancos extranjeros o las inversiones en *hedge funds*<sup>991</sup>.

<sup>989</sup> V. DÍAZ RUIZ, E. e IGLESIAS RODRÍGUEZ, J., “A propósito”, p. 220; FARRANDO MIGUEL, I., “SWAPS”, p. 33; FERRES MORALES, D., “Estudio”, p. 50; MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, p. 19; MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P., “Nulidad”, p. 4; RALUCA STROIE, I., “Deberes de información”, p. 125; REGADERA SÁENZ, J., “El consentimiento”, p. 22; y TAPIA HERMIDA, A., “Jurisprudencia”, p. 273 y “La jurisprudencia reciente”, p. 327.

<sup>990</sup> OLAIZOLA, F., “Poner al lobo”, s/p; MORALEJO, I., “Las nomas”, p. 378; REGADERA SÁENZ, J., “El consentimiento”, p. 22; y TAPIA HERMIDA, A., “La jurisprudencia reciente”, pp. 326s.

<sup>991</sup> V. MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, p. 16; MORALEJO, I., “Las nomas”, p. 378; OLAIZOLA, F., “Poner al lobo”, s/p; RALUCA STROIE, I., “Error”, p. 3; REDONDO TRIGO, F., “La nulidad”, p. 630; y TAPIA HERMIDA, A., “Doctrina jurisprudencial”, p. 259 y “La jurisprudencia reciente”, pp. 326s. Respecto de las resoluciones judiciales en materia de servicios de inversión en las que se discute acerca de la infracción de la obligación de informar de las EC, v., en general, BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, pp. 518ss.; y CUENCA GARCÍA, Á., “La protección”, pp. 859-865. En relación con los *swaps*, DÍAZ RUIZ, E. e IGLESIAS RODRÍGUEZ, J., “A propósito” (respecto de la SAP Álava (1) 18-1-11); FARRANDO MIGUEL, I.,

Entre los variados factores que permiten explicar las consecuencias generadas para los clientes con dicha comercialización pueden mencionarse la mayor complejidad de los productos y servicios financieros frente a los utilizados tradicionalmente, las diversas razones regulatorias que explican el uso de algunos instrumentos referidos, el notable incremento de la innovación en este campo, más allá de la capacidad de comprensión y de la formación de buena parte de los clientes, o los efectos disfuncionales que en ocasiones han tenido los mayores márgenes generados por estos productos respecto de los tradicionales<sup>992</sup>.

Las controversias judiciales respecto de la obligación precontractual de informar de las EC en su condición de ESI se han relacionado tanto con la faceta que se refiere a su deber de obtener información de parte del cliente como con la consistente en el otorgamiento de la misma al propio cliente.

En relación con la primera, los aspectos centrales de la discusión judicial se han relacionado con determinar si en el caso concreto debían o no realizarse los tests preceptivos; si hubo o no asesoramiento en orden a la procedencia del de idoneidad; si aquellos tests, en su caso, se realizaron con sujeción a la normativa que los rige; si, habiéndose efectuado, lo fueron oportunamente (esto es, con antelación suficiente a la perfección contractual); si fue el cliente quien realmente los rellenó; y si la EC tuvo en cuenta sus respuestas al formular la recomendación<sup>993</sup>.

Respecto de la segunda dimensión, los conflictos han versado acerca de si la EC proporcionó al cliente una información oportuna (es decir, anterior a la contratación) y con las características y contenido exigidos por la normativa aplicable. Los principales aspectos controvertidos han consistido en determinar si el cliente fue ilustrado adecuadamente respecto de la naturaleza, cualidades, rentabilidad, liquidez, riesgos y

---

“SWAPS”; FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., “Anulación”; FERRES MORALES, D., “Estudio”; GARCÍA ANGULO, B., *Nulidad*, principalmente pp. 95ss.; GARRIDO, J. M., “Las permutas”; MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*; MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P., “Nulidad”; MORALEJO, I., “Las nomas”, pp. 378-383; NASARRE AZNAR, S., “Malas prácticas”, pp. 2683-2692; RALUCA STROIE, I., “Error” y “Deberes de información”; REGADERA SÁENZ, J., “El consentimiento”, principalmente, pp. 22ss.; RODRÍGUEZ MASEDA, J. C., “Las operaciones bancarias”, pp. 602-604; y ZUNZUNEGUI, F., “Negociación”. Respecto de las participaciones preferentes, ALONSO ESPINOSA, F., “Participaciones preferentes”; y CARRASCO PERERA, Á., “Paisaje judicial”. Y acerca de los productos estructurados BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y., “El caso” (respecto de los emitidos por *Lehman Brothers*); y TAPIA HERMIDA, A., “Jurisprudencia”.

<sup>992</sup> V. CABALLERO NÚÑEZ, G., “Las obligaciones”, pp. 110s. (citando un documento de 2008 del *Joint Forum*).

<sup>993</sup> V. MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, pp. 26 y 102-105. Entre las sentencias que consideran incumplida la obligación de las EC de obtener información del cliente pueden mencionarse algunas referidas a *swaps* tipos de interés. Así, las SAP Asturias (5) 23-7-10 (FD 1 y 3) y (7) 10-12-10 (FD 4), 16-12-10 (FD 4), 18-2-11 (FD 4) y 24-5-11 (FD 4); Girona (1) 18-2-11 (FD 3 y 4); Las Palmas (5) 6-10-11 (FD 3 y 4); León (1) 5-12-11 (FD 2); Valencia (9) 6-10-10 (FD 2 y 3) y 7-11-11 (FD 3); y Zaragoza (5) 20-6-11 (FD 8 y 9) y 24-11-11 (FD 16). V. asimismo las SAP Asturias (5) 15-3-13 (FD 2) -referida a unas obligaciones subordinadas, no habiéndose practicado en el caso el test de conveniencia-; Islas Baleares (3) 13-11-12 (FD 5) -relativa a unos fondos de inversión y bonos, habiéndose omitido el test de conveniencia (reseñada en TAPIA HERMIDA, A., “La jurisprudencia reciente”, pp. 327s.); y SAP Madrid (18) 17-5-11 (FD 3) -relativa a una gestión asesorada de cartera para la adquisición de unas obligaciones de un banco extranjero-. En otros supuestos, menos abundantes, se entiende cumplida dicha obligación. Así, en los resueltos por las SAP Barcelona (15) 26-1-12 (FD 7); Pontevedra (3) 26-5-11 (FD 5); Valencia (9) 21-10-11 (FD 3) y 21-11-11 (FD 4); y Zaragoza (5) 28-3-11 (FD 8).

costes totales del producto, así como de la existencia, en su caso, de desequilibrio entre las posiciones de las partes. La condena de las entidades suele basarse en el incumplimiento de esta segunda faceta. En este sentido, destacan numerosas resoluciones sobre *swaps* de tipos de interés<sup>994</sup>. Pero también se encuentran múltiples sentencias en relación con los restantes productos e instrumentos financieros mencionados<sup>995</sup>.

**[226] Servicios bancarios.** En materia de servicios bancarios la litigiosidad entre EC y clientes en los últimos años ha sido bastante menor, pero igualmente encontramos supuestos muy significativos en que se discute acerca de la infracción de la obligación precontractual de informar de aquellas empresas. Así ha acontecido en materia de hipotecas multivisa y, sobre todo, de cláusulas suelo, por centrarnos en los casos más llamativos.

**[227] Síntesis de remedios para los clientes ante la infracción de la obligación precontractual de informar de las EC.** En el presente capítulo analizo, básicamente, los distintos remedios que se ofrecen a los clientes de las EC cuando estas infringen su obligación precontractual de informar. Veremos que la vía habitualmente utilizada ha sido la anulabilidad por vicio del consentimiento, principalmente por error. Adicionalmente, exploraremos otros efectos jurídicos que puede llevar aparejada aquella infracción, como el ejercicio del derecho de desistimiento por parte de los clientes, la no incorporación de condiciones generales por incumplimiento de los requisitos informativos de inclusión, la nulidad por abusividad derivada de falta de transparencia y la nulidad por infracción de norma imperativa. Y, en fin, analizaremos también la posibilidad del cliente de hacer valer la responsabilidad civil extracontractual o contractual de la EC infractora.

---

<sup>994</sup> Así, las SAP Álava (1) 14-4-11 (FD 3) y 5-5-11 (FD 4 y 5); Albacete (2) 11-11-10 (FD 3) –reseñada en RALUCA STROIE I., “Error”, p. 1-; Asturias (5) 27-1-10 (FD 7), 23-7-10 (FD 2) y 16-2-11 (FD 2) y (7) 29-10-10 (FD 5), 10-12-10 (FD 4), 16-12-10 (FD 4), 18-2-11 (FD 4) y 21-10-11 (FD 3); Badajoz (2) 17-5-11 (FD 3, 6 y 8) y (3) 26-1-12 (FD 3, 4 y 6); Barcelona (11) 16-12-10 (FD 2) y (19) 9-5-11 (FD 4); Burgos (3) 10-11-10 (FD 2, 3 y 4), 3-12-10 (FD 3 y 4) y 21-12-11 (FD 4); Girona (1) 18-2-11 (FD 3 y 4) y 27-7-11 (FD 4); Islas Baleares (5) 20-6-11 (FD 5) y 22-7-11 (FD 7); Jaén (3) 27-3-09 (FD 2); Las Palmas (5) 16-9-11 (FD 5) y 6-10-11 (FD 6); León (2) 15-7-11 (FD 3), 8-11-11 (FD 3) y 14-12-11 (FD 3); Lugo (1) 26-1-12 (FD 1); Madrid (10) 7-3-12 (FD 5 y 6) y (18) 6-7-11 (FD 2); Murcia (1) 21-11-11 (FD 3 y 4); Navarra (1) 11-7-11 (FD 3 y 4); Orense (1) 1-12-11 (FD 4 y 5) y 3-1-12 (FD 6); Pontevedra (1) 7-4-10 (FD 7); Salamanca (1) 31-1-11 (FD 3), 21-6-11 (FD 2), 17-10-11 (FD 4) y 13-12-11 (FD 4); Santa Cruz de Tenerife (3) 6-3-09 (FD 2), 2-5-11 (FD 3) y (4) 21-9-11 (FD 2); Segovia (1) 21-7-11 (FD 3), 10-10-11 (FD 3) y 9-3-12 (FD 1); Soria (1) 10-10-11 (FD 3); Tarragona (1) 1-9-11 (FD 3 y 6); Toledo (1) 2-11-11 (FD 4); Valencia (9) 6-10-10 (FD 2 y 3), 29-3-11 (FD 3), 7-11-11 (FD 3) y 16-11-11 (FD 4); Valladolid (3) 28-9-11 (FD 3); Zamora (1) 18-7-11 (FD 4); y Zaragoza (5) 20-6-11 (FD 10) y 19-3-12 (FD 7).

<sup>995</sup> Así, la SAP Murcia (5) 1-4-11 (FD 1) –participaciones preferentes de Banco de Islandia- (reseñada por CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M<sup>a</sup>. de la C, GALLEGO CÓRCOLES, A. y MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, M<sup>a</sup>. del P., “Crónica jurisprudencial del primer semestre del año 2011 relativa al mercado de valores”, pp. 260s.). V. también las SAP Islas Baleares (3) 13-11-12 (FD 4) –fondos de inversión y bonos- (reseñada en TAPIA HERMIDA, A., “La jurisprudencia reciente”, pp. 327s.); Murcia (5) 3-11-11 (FD 2) –bonos-; Pontevedra (6) 25-4-12 (FD 2); Valencia (9) 15-2-11 (FD 4 y 5) –que no se pronuncia sobre la nulidad por no haberse solicitado en la demanda, estableciendo que procede indemnización por infracción de las obligaciones informativas de la EC-; y Zaragoza (5) 6-7-11 (FD 6) –bonos adquiridos por un cliente con contrataciones financieras previas-. Entre las que consideran cumplida dicha obligación pueden mencionarse las SAP La Coruña (3) 9-2-12 (FD 4) –que respecto de un contrato de gestión de cartera entiende que se cumplió con la información precontractual y contractual-; y Valencia (9) 30-10-08 y 13-11-08 –relativas a unas participaciones preferentes-.

## 2. Modalidades de incumplimiento

[228] **Acción y omisión.** Las EC pueden incumplir su obligación precontractual de informar de manera total (si no le entregan información al cliente) o parcial (si proporcionan al cliente información de manera tardía o incompleta)<sup>996</sup>. En efecto, dichas entidades infringen la aludida obligación cuando no suministran al cliente la información debida o le dispensan una incorrecta o que no se corresponde con la realidad del respectivo producto o servicio<sup>997</sup>. También el incumplimiento del otorgamiento de información a través del concreto medio de transmisión establecido de modo imperativo constituye una infracción de dicha obligación<sup>998</sup>.

En conformidad a lo anterior, las EC pueden incumplir su obligación precontractual de informar por acción o por omisión. Lo hacen por acción cuando otorgan una información defectuosa (*v. gr.*, falsa o inexacta), sea que proporcionen la información espontáneamente sea que lo hagan por imponerlo así determinada norma. En segundo término, incumplen dicha obligación por omisión cuando no suministran (en todo o parte) la información normativamente exigida o la que un deber de informar construido sobre la base de algún principio (*v. gr.*, buena fe) les obligaba a trasladar a sus clientes<sup>999</sup>.

En ocasiones, concurrirán una acción o una omisión de forma aislada, mientras que, en otras, lo harán conjuntamente. Esto último es lo que ocurre cuando se proporciona al cliente una información en principio correcta pero no concreta, no concluyente, imprecisa o incompleta y que determina en su destinatario una representación equivocada de la realidad. En este caso es la acción la que desencadena la falsa representación de la realidad en la contraparte, sin que deba recurrirse, como en la omisión aislada, a un principio que justifique el deber de informar. La confianza depositada por el cliente en quien provoca dicha representación impone a este la necesidad de deshacerla<sup>1000</sup>.

Las meras abstenciones, presentes cuando no se otorga determinada información sin que concurra el deber de hacerlo, no generan consecuencias jurídicas. En este evento, quien no la proporciona no genera el error ajeno, sino que solo no contribuye a deshacerlo<sup>1001</sup>. En la contratación con EC, el campo de la abstención propiamente dicha se reduce a los casos en que no facilitan al cliente la información adecuada sin que una norma o principio lo hayan impuesto. En todo caso, la obligación general de informar acerca de las presuposiciones contractuales que recae sobre las EC respecto de los clientes cuyos

<sup>996</sup> MAYORGA TOLEDANO M<sup>a</sup>. C., “Los derechos”, p. 21.

<sup>997</sup> V., en general, ARROYO I AMAYUELAS, E., “Formación”, 338; y ORTÍ VALLEJO, A., “Comentario” (al art. 13.1 LGDCU), p. 419.

<sup>998</sup> Cfr. el art. 2:204 (4) Principios *Acquis*. V. NASARRE AZNAR, S. y SIMÓN MORENO, H., “II-3:104-II-3:108”, p. 229 (respecto del DCFR).

<sup>999</sup> Cfr., en general, CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario” (a los arts. 60 y 61), p. 487; DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 56 y 289-291; y SANTOS MORÓN, M<sup>a</sup>. J., “Información”, p. 148. Una omisión será causalmente trascendente por lo que respecta al daño por ella provocado cuando haya existido un deber jurídico de evitar el menoscabo, cuando tiene lugar dentro de una actividad marco de carácter positiva y cuando concurre una acción anterior de quien omite que genera el riesgo que desencadena el perjuicio. PEÑA LÓPEZ, F., “De las obligaciones”, p. 2155 (respecto de la responsabilidad extracontractual).

<sup>1000</sup> V. DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 286-291 (respecto del error y el dolo -con cita de diversas STS-); y RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Los vicios”, p. 386 (respecto del dolo).

<sup>1001</sup> DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 56 y 289s.

conocimientos, experiencia o cualificación les impiden dimensionar una operación, hace que el terreno de las abstenciones, no desencadenantes de consecuencias jurídicas por no provisión de información relevante, resulte marginal. A modo de ejemplo, en los servicios de inversión podría hablarse de abstención en relación con los clientes profesionales respecto de las informaciones no exigidas normativamente.

### 3. Carga de la prueba.

**[229] Distinción.** Por lo que respecta a la carga de la prueba del cumplimiento de la obligación de informar que recae sobre las EC, cabe distinguir los casos en que una norma la atribuye expresamente de aquellos en que no existe una que lo haga.

**[230] Supuestos solucionados específicamente por una norma.** Entre los primeros destacan el art. 17 LCDSFDC, que hace recaer la carga de la prueba sobre el proveedor (v. también el art. 15 (1) Directiva 2002/65)<sup>1002</sup>. Asimismo, el art. 5.1 RD 1906/1999, que la impone al predisponente (v. también el art. 80.b (2) TRLGDCU)<sup>1003</sup>. En fin, por lo que atañe a la publicidad, el art. 217.4 LEC establece que en los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita la carga de la prueba acerca de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones efectuadas y de los datos materiales que exprese la publicidad, respectivamente, recae sobre el demandado<sup>1004</sup>.

La anterior es igualmente la solución para ciertos supuestos contemplada por los proyectos de Derecho contractual europeo, que hacen recaer dicha carga sobre el obligado a informar (v. *gr.*, arts. 2:204 (3) Principios *Acquis*<sup>1005</sup> y II.-3:103(3) y II.-3:104 (3) DCFR<sup>1006</sup>).

**[231] Supuestos no solucionados específicamente por una norma.** En los casos en que no exista una norma sobre distribución de la carga de la prueba, en conformidad al principio de disponibilidad y facilidad probatoria (art. 217.7 LEC), ella recae sobre la EC (trátese de la obligación de informar como, en su caso, de la de recabar información). De no ser así, el cliente tendría que probar un hecho negativo: la omisión o defecto de información<sup>1007</sup>. Así, a modo de ejemplo, la prueba del cumplimiento de los requisitos (informativos) de incorporación de las condiciones generales recae sobre la EC predisponente<sup>1008</sup>. Por lo que concierne a las relaciones con consumidores, a la argumentación basada en aquel principio se agrega que las consecuencias de la infracción de la obligación precontractual de informar siempre deben recaer sobre los

<sup>1002</sup> Cfr. GUIADO MORENO, Á., “Contratación a distancia”, p. 306.

<sup>1003</sup> Dicho n° menciona los medios de prueba. V. MATEU DE ROS, R., “El consentimiento”, p. 38; y MIRANDA SERRANO, L. “La contratación”, p. 174.

<sup>1004</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J., “Artículo 5”, p. 123.

<sup>1005</sup> RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles*, p. 4.

<sup>1006</sup> V. NASARRE AZNAR, S. y SIMÓN MORENO, H., “II.-3:104-II.-3:108”, pp. 218 y 221. A la luz del art. 4:106 PECL, también la carga de la prueba recaería sobre el obligado a informar, al tener que justificar su creencia en la corrección de la información otorgada. MORALES MORENO, A.-M., “¿Es posible”, p. 419.

<sup>1007</sup> FARRANDO MIGUEL, I., “SWAPs”, p. 36 (dando cuenta de la jurisprudencia sobre *swaps* de tipos de interés); MORALEJO, I., “Las nomas”, pp. 361 y 366; y PARDO GARCÍA, B., *La comercialización*, pp. 89-93. Adviértase que no resulta sencillo al cliente probar cuáles eran las expectativas que para él derivaron en su momento de la información, ya que no suele quedar constancia documental de ellas. PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 200.

<sup>1008</sup> V., en general, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 7”, p. 237.

empresarios (las EC), al representar dicha obligación una carga o riesgo asociado a su participación en el tráfico económico o a su ámbito de actuación que, además, suele estar tipificado<sup>1009</sup>.

El principio de disponibilidad y facilidad probatoria es esgrimido habitualmente por las resoluciones judiciales a la hora de determinar a quién corresponde la acreditación del deber precontractual de informar de las EC, si bien suele ser complementado con otras consideraciones. Así, con la de que la falta de prueba por una EC se opone a los principios de claridad y transparencia que deben regir las buenas prácticas y usos financieros. Y con la de que si la oferta ha provenido de la EC, que además ha creado el respectivo producto o servicio, su conducta justifica que sobre ella recaiga la carga de la prueba<sup>1010</sup>.

**[232] Carga de la prueba en caso de que haya operado el control notarial.** Ahora bien, la prueba del cumplimiento de la obligación precontractual de informar de las EC podría verse facilitada en los casos en que ha tenido lugar un control notarial del respectivo contrato.

En el anterior sentido, cabe recordar que el art. 23.1 LCGC impone a los notarios el deber de advertir, en el ámbito de sus competencias, de la aplicabilidad de dicha ley, tanto en sus aspectos generales como en cada supuesto concreto sometido a su intervención. Por su parte, el nº 2 de dicho art. obliga a los referidos funcionarios a velar por el cumplimiento de los requisitos de inclusión de los arts. 5 y 7 en los documentos que autoricen. En fin, en conformidad al art. 81.2 TRLGDCU, los aludidos fedatarios deben informar a los consumidores en los asuntos propios de su especialidad o competencia.

De modo específico, en el caso del préstamo hipotecario, cuando el cliente es una persona física, el art. 30.3 Orden EHA/2899/2011 impone a los notarios el deber de informar al prestatario acerca de los aspectos más relevantes del contrato y verificar que ha recibido determinadas informaciones. Asimismo, con arreglo al art. 6 Ley 1/2013, en su caso, las escrituras públicas de préstamo deberán contener, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, con arreglo a lo que determine el BdeE, por la que el prestatario manifieste haber sido advertido adecuadamente de los posibles riesgos derivados del contrato. En síntesis, conforme a dichas normas, los extremos a cuyo

---

<sup>1009</sup> GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1483 (nota 93).

<sup>1010</sup> V. FARRANDO MIGUEL, I., “SWAPS”, pp. 36s.; y NASARRE AZNAR, S., “Malas prácticas”, p. 2689. En cuanto a las resoluciones que imponen la carga de la prueba del otorgamiento de una información adecuada a las EC v. la STS 20-1-03 (FD 4) -relativa a un contrato de comisión bursátil (adquisición de pagarés) celebrado con una ESI cuyos socios mayoritarios eran EC y prestamistas de la emisora-. En materia de *swaps* de tipos de interés v. las SAP Alicante (8) 22-3-13 (FD 3); Asturias (4) 17-5-13 (FD 4) y (7) 25-7-11 (FD 4) –reseñada en CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M<sup>a</sup>. de la C., GALLEGO CÓRCOLES, A. y MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, M<sup>a</sup>. del P. “Crónica jurisprudencial del segundo semestre del año 2011 relativa al mercado de valores”, pp. 303-305-; Burgos (2) 2-6-11 (FD 3) y (3) 10-11-10 (FD 3), 3-12-10 (FD 4) y 21-12-11 (FD 4); León (1) 5-12-11 (FD 2) y (2) 15-7-11 (FD 3); Pontevedra (1) 7-4-10 (FD 7); y Toledo (1) 2-11-11 (FD 4) (referidas en MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, pp. 117s.). Respecto de las participaciones preferentes v. las SAP Asturias (7) 26-9-11 (FD 2) –reseñada en CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M<sup>a</sup>. de la C., GALLEGO CÓRCOLES, A. y MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, M<sup>a</sup>. del P., “Crónica jurisprudencial del segundo semestre del año 2011 relativa al mercado de valores”, pp. 314s.-; Córdoba (1) 30-1-13 (FD 3); Pontevedra (6) 25-4-12 (FD 2); y Valencia (9) 5-3-13 (FD 3). Y acerca de los productos estructurados la SAP Asturias (6) 23-7-12 (FD 3).



respecto los notarios deben informar a los clientes son los que inciden o pueden incidir en el coste total del préstamo<sup>1011</sup>.

No obstante, la facilitación de la prueba para las EC derivada de las aludidas prescripciones sobre control notarial no implica que en el respectivo proceso judicial quede cerrado el debate acerca de si la respectiva entidad ha cumplido o no con su obligación precontractual de informar. Debe tenerse en cuenta que la práctica demuestra que, por razones diversas, a pesar de la autorización notarial igualmente se producen en la contratación de productos financieros, principalmente de préstamos con garantía hipotecaria, abundantes incumplimientos de dicha obligación. Y, asimismo, que en tales contratos suelen imponerse a los clientes cláusulas abusivas, aserto corroborado en bastantes ocasiones por la jurisprudencia. Así, si se acredita que el notario no ha cumplido con sus obligaciones informativas o que, aun habiéndolo hecho, el cliente no ha comprendido los términos de la información, este podrá alegar que su consentimiento ha nacido viciado<sup>1012</sup>.

Por otra parte, cabe reparar en que algunas de las normas previamente referidas (arts. 23.1 LCGC y 81.2 TRLGDCU) solo persiguen que los notarios informen a los clientes acerca de las disposiciones protectoras que les favorecen frente al empleo de cláusulas predispuestas, sin que el cumplimiento de aquellas normas aspire a la correcta formación de la voluntad negocial de dichos clientes<sup>1013</sup>.

En fin, hay que advertir que, naturalmente, no habrá lugar a la facilitación de la prueba de las EC en caso de operar el control notarial cuando el cliente suscriba un contrato vinculado a uno autorizado por un notario (*v. gr.*, préstamo hipotecario), pero en cuya celebración no interviene dicho funcionario, como habitualmente ocurre, por ejemplo, con los *swaps* de tipos de interés<sup>1014</sup>.

#### **4. Síntesis de consecuencias**

##### **a. Preliminar**

**[233] Diversa naturaleza de las consecuencias.** Existen diversas consecuencias susceptibles de aplicarse ante la infracción de la obligación precontractual de informar

---

<sup>1011</sup> Asimismo, debe tenerse en cuenta que en conformidad al art. 84 TRLGDCU los notarios “no autorizarán ... 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”. Además, dichos funcionarios deben rechazar las cláusulas que formen parte de la lista negra de los arts. 85 a 90 TRLGDCU y las que sean claramente contrarias a una norma prohibitiva o imperativa. No corresponde a los notarios abstenerse de intervenir en un negocio jurídico o calificar de abusivas determinadas cláusulas en conformidad a la regla general de abusividad del art. 82 TRLGDCU ni considerar como tales a cláusulas negociadas individualmente o que se refieran al objeto del contrato (*v. gr.*, las referidas a tipos de interés). V. GÓMEZ GÁLLIGO, J., “Requisitos”, s/p.; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos”, p. 1674.

<sup>1012</sup> V. NASARRE AZNAR, S., “Malas prácticas”, pp. 2681s. -en relación con las cláusulas abusivas en los préstamos con garantía hipotecaria, citando la STS 16-12-09- y 2703s. (la STS declara abusivas diversas cláusulas de unos préstamos con garantía hipotecaria –está comentada en DÍAZ RUIZ, E., “Nulidad”). Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que en la práctica no suele darse cumplimiento a la regla de elección del notario por parte de los clientes, que suele serles impuesto por las EC. Este aserto se traduce en que el control informativo que deben desempeñar los notarios no sea todo lo eficiente que debería ser. OLAIZOLA, F., “Poner al lobo”, s/p

<sup>1013</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos”, p. 1674.

<sup>1014</sup> V. NASARRE AZNAR, S., “Malas prácticas”, pp. 2691s.

de las EC. Dichas consecuencias pueden ostentar diferente naturaleza: privada, administrativa o concurrencial<sup>1015</sup>.

Si bien en este trabajo solo estudiaré las consecuencias contractuales del incumplimiento de la obligación precontractual de informar de las EC, resulta ilustrativo tener en cuenta algunas ideas respecto de los otros dos ámbitos, principalmente porque su comparación con los efectos de Derecho privado justifica el tratamiento solo de estos, al ser los que *prima facie* mejores rendimientos inmediatos pueden producir para el cliente a cuyo respecto no se ha observado la señalada obligación<sup>1016</sup>.

**[234] Consecuencias administrativas.** Por lo que concierne a las consecuencias administrativas, cabe referir que resulta habitual que las normas que imponen a las EC la obligación precontractual de informar establezcan sanciones de dicha especie para el caso de infracción de las mismas<sup>1017</sup>. Estas sanciones pueden ser de aplicación general o específica para las EC. En el primer grupo se incluyen, *v. gr.*, las sanciones establecidas por los arts. 49 TRLGDCU –números 1.f, k y n y 2.b-, 34 LCCC y 38 LSSICE –en particular números 3.e y 4.e-<sup>1018</sup>. En el grupo de las sanciones específicamente

---

<sup>1015</sup> Incluso, la infracción del deber precontractual de informar de las EC podría generar responsabilidad penal (*v.* TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del consumidor”, p. 251). En este último sentido, debe tenerse en cuenta que el art. 31 *bis* del Código del ramo regula la responsabilidad de las personas jurídicas, que, a tenor del art. 251 *bis*, pueden cometer el delito de estafa. Lo cual debe entenderse sin perjuicio, en su caso, de la responsabilidad de las personas físicas. Sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en el mercado financiero *v.* RODRÍGUEZ RAMOS, L., “La protección”, en particular, pp. 689s.

<sup>1016</sup> *Cfr.* NASARRE AZNAR, S., “II.-3:109: Remedios”, pp. 243-246. Téngase presente que los clientes pueden presentar quejas y reclamaciones ante los Departamentos o Servicios de atención al cliente de las EC. *V.* la Orden ECO/734/2004, que se dicta en virtud de la habilitación del art. 31 de la Ley 44/2002. El art. 29 de esta última se refiere al Departamento de Atención al Cliente y Defensor del Cliente. *V.* PÉREZ TROYA, A., “Las medidas”, pp. 159s. y 190. Asimismo, los clientes pueden presentar consultas, quejas y reclamaciones por incumplimiento de las normas sobre transparencia y protección, así como de las buenas prácticas y usos financieros ante los respectivos servicios del BdeE y la CNMV. *V.* la Orden ECC/2502/2012, dictada en virtud de la habilitación del art. 30.3 de la referida Ley 44/2002 (el art. 30 de esta última se refiere al procedimiento de reclamaciones ante dichos organismos). *V.* PINILLOS LORENZANA, Á., “La protección”, pp. 92-102. Los clientes también pueden optar, en su caso, por someterse a arbitraje, por ejemplo, por infracciones en materia de consumo (arts. 57 y 58 TRLGDCU, 16 LCDSFDC y 35 LCCC). *V.*, en general, VELA TORRES, P. y CABALLERO GARCÍA, F., “La defensa”, pp. 451-457; respecto del TRLGDCU, MARÍN LÓPEZ, M., “Comentario” (a los arts. 57 y 58), pp. 709-754; respecto de la LCDSFDC, GUIADO MORENO, Á., “Contratación a distancia”, p. 311; y respecto de la LCCC, VELA TORRES, P., “Los contratos”, pp. 232s.

<sup>1017</sup> La potestad sancionadora por infracción de las normas sobre transparencia y protección de los clientes en la contratación con EC corresponde al BdeE. Sus resoluciones son recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa (*v.* GÓMEZ GÁLLIGO, J., “Las condiciones”, p. 269). En el ámbito de los servicios de inversión la supervisión e inspección de las ESI corresponde a la CNMV (*v.* CORTÉS, L., “El mercado”, p. 796).

<sup>1018</sup> *V.* BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, pp. 520s.; CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario” (a los arts. 60 y 61), p. 509; GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1483 (y nota 95); MORALEJO MENÉNDEZ, I., “Artículo 7”, p. 191 (respecto del TRLGDCU); NASARRE AZNAR, S. y SIMÓN MORENO, H., “II.-3:104-II.-3:108”, pp. 222 y 227; M<sup>a</sup>. R., TAPIA SÁNCHEZ, “Protección del consumidor”, pp. 254s. (respecto de la LSSICE); y VELA TORRES, P., “Los contratos”, p. 232 (respecto de la LCCC). Los arts. 50, 51 y 52 TRLGDCU se refieren, respectivamente, a la graduación de las infracciones, a las sanciones y a las sanciones accesorias. El art. 34.2 LCCC, en el caso de las EC, considera como normas de ordenación y disciplina, entre otras, las del Capítulo II. Dentro de este se contiene el art. 10, relativo a la información previa al contrato. Su incumplimiento, si no es ocasional o aislado, se sanciona como infracción grave en conformidad a la LDIEC. También regulan las sanciones los arts. 39 a 42 LSSICE. En Cataluña puede consultarse el Decreto 151/2013, de 9-4, sobre la potestad sancionadora en materia de consumo y sobre el procedimiento de restitución de cantidades percibidas

aplicables a las EC se encuentran las establecidas por la LDIEC<sup>1019</sup>, la LMV<sup>1020</sup> y la LCDSFDC<sup>1021</sup>.

Según avanzara, la aplicación de tales sanciones no redundaría en un beneficio directo para el cliente perjudicado por el incumplimiento de la EC, pese a lo cual resulta frecuente que el cliente que se considera perjudicado realice algún tipo de actuación en la vía administrativa (por ejemplo, presentar una denuncia o reclamación ante el organismo competente)<sup>1022</sup>. En todo caso, no obstan a la aplicación de sanciones contractuales<sup>1023</sup>.

**[235] Consecuencias concurrentes.** Por otra parte, encontramos sanciones propias del Derecho de la deslealtad concurrential, relacionadas con la vigencia de los principios de transparencia y competencia eficiente. En efecto, la infracción de la obligación precontractual de informar de las EC podría configurar, en su caso, las hipótesis de competencia desleal de los arts. 5 o 7 LCD, referidos, respectivamente, a los actos de engaño y a las omisiones engañosas<sup>1024</sup>.

---

indebidamente, reposición de la situación alterada y resarcimiento de daños y perjuicios (Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya, 11-4-13, nº 6353).

<sup>1019</sup> V. GALÁN CORONA, E., “Las Órdenes”, p. 892. El Título I de la LDIEC regula el régimen sancionador aplicable a las EC por infracción de las normas sobre ordenación y disciplina. Se consideran de este tipo, a tenor de su art. 1.5, las leyes y normativas administrativas generales que contengan disposiciones referidas en específico a las EC y que sean de obligada observancia para estas. Dentro de tales normativas se incluyen las aprobadas por órganos del Estado o por las comunidades autónomas (en su caso) y las Circulares del BdeE. El art. 14 Orden EHA/2899/2011 se remite, en cuanto al régimen sancionador, a la LDIEC, a la LCDSFDC y al TRLGDCU. V. PINILLOS LORENZANA, Á., “La protección”, p. 83 (nota 19).

<sup>1020</sup> V. MORALEJO, I., “Las normas”, pp. 375s. El Capítulo II del Título VIII regula las infracciones de normas de ordenación y disciplina y las sanciones en el mercado de valores, que se aplican a las ESI.

<sup>1021</sup> El art. 18.1 dispone que las sanciones administrativas se rigen por este art. y, subsidiariamente, por la LSSICE. Por su parte, el art. 18.2 establece que las disposiciones sobre información previa al contrato del art. 7 se considerarán normas de ordenación y disciplina. Su incumplimiento se sanciona como infracción grave en conformidad a la LDIEC para el caso de las EC (siempre que la infracción no sea ocasional o aislada) y a la LMV para el de las ESI (letras a. y b., respectivamente). V. NOVAL LAMAS, J., “El derecho”, p. 237; y M<sup>a</sup>. R., TAPIA SÁNCHEZ, “Protección del consumidor”, pp. 253s.

<sup>1022</sup> V. AA.VV., CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *El Derecho*, p. 299; FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A., *Las normas*, p. 557 (respecto del inversor); GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1483 y “Comentario” (al art. 65), p. 824; y NASARRE AZNAR, S., “II-3:109: Remedios”, p. 246.

<sup>1023</sup> AA.VV., CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *El Derecho*, p. 224.

<sup>1024</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario” (al art. 20), p. 285 (respecto del art. 7) y “Comentario” (a los arts. 60 y 61), p. 510 (respecto de los actos de engaño en general); y PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup>. Á., “Comentario” (al art. 18), p. 267 (respecto de ambos arts.). El encabezado del art. 5.1 LCD señala: “Se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos”. Sobre esta cuestión v. MASSAGUER, J., *Comentario*, pp. 212ss. Asimismo GARCÍA-CRUCES GÓNZÁLEZ, J., “Artículo 5”. El art. 7.1 LCD prescribe: “Se considera desleal la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Es también desleal si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto”. Un comentario de esta norma en MORALEJO MENÉNDEZ, I., “Artículo 7”. Para constatar cómo podría operar el control de deslealtad en dos casos específicos de comercialización de productos financieros v. ALONSO ESPINOSA, F., “Participaciones preferentes”, pp. 15s.; y FARRANDO MIGUEL, I., “SWAPS”, pp. 59ss. En la Directiva 2005/29 estas cuestiones están reguladas en los arts. 6 (acciones engañosas) y 7 (omisiones engañosas). V. TEJEDOR MUÑOZ, L., “Protección”, pp. 703s.

En cuanto a los actos de engaño, cabe apuntar que se trata de actuaciones que pueden provenir de dos tipos de conductas que se oponen a la “verdad subjetiva”, pudiendo generar un error en sus destinatarios: otorgamiento de información falsa y ofrecimiento de “información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios”<sup>1025</sup>. Entre los actos de engaño sobresale la publicidad ilícita (por engañosa), calificada por el art. 3.e LGP como acto de competencia desleal<sup>1026</sup>.

Por lo que atañe a las omisiones engañosas, cabe referir que dentro de ellas se incluyen las omisiones de información derivadas del silencio o la ocultación, así como los supuestos de información poco clara, ininteligible, ambigua e intempestiva y de publicidad encubierta<sup>1027</sup>.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que los arts. 19 a 27 LCD disciplinan diversas prácticas comerciales desleales por engañosas respecto de consumidores, que se entienden como tales en cualquier supuesto, con independencia de las consideraciones que deben tenerse en cuenta al evaluar los actos y omisiones engañosas antes aludidos. En este sentido, a mayor abundamiento, el art. 20.2 TRLGDCU señala que el incumplimiento del nº 1, referido a la información necesaria en la oferta comercial de bienes y servicios, será considerado práctica desleal por engañosa<sup>1028</sup>.

En fin, la infracción de las normas sobre consumo (v. gr., las relativas a la información precontractual) y sobre publicidad en materia de servicios financieros podría *prima facie* constituir un acto de competencia desleal por violación de normas de conformidad

---

<sup>1025</sup> V. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J., “Artículo 5”, pp. 121s. (en las pp. 127ss desarrolla los presupuestos de los actos de engaño); y MORALEJO MENÉNDEZ, I., “Artículo 7”, pp. 166s.

<sup>1026</sup> V. BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, p. 511; MASSAGUER, J., *Comentario*, p. 218; MIRANDA SERRANO, L. y PANIAGUA ZURERA, M., “La protección de los consumidores y usuarios”, pp. 70ss.; y SÁNCHEZ RUIZ, M., “Comentario”, pp. 90 y 99. A modo de ejemplo, la SAP Barcelona (15) 26-9-01 considera ilícita la publicidad de un contrato de crédito al consumo por haber omitido la entidad la mención de un ejemplo representativo de la TAE en aplicación de la LCC (v. NASARRE AZNAR, S., “II.-3:101-II.-3:103”, p. 208). También puede consultarse la SAP Asturias (4) 17-5-13 (FD 4), que indica que la publicidad respecto de un *swap* de tipos de interés inducía a confusión al incidir en su función de cobertura total ante el riesgo de subida de los tipos de interés sin hacer referencia a las pérdidas que podría conllevar. En sentido contrario, la SAP Orense (1) 26-5-09 (FD 4) descarta que la publicidad relativa a un depósito contratado junto a un fondo de inversión haya sido engañosa. La sentencia señala que la publicidad “destaca de forma ostensible la máxima rentabilidad que se puede obtener en una imposición a plazo fijo y si bien es calificado el producto como depósito basta una mera lectura íntegra del cartel publicitario para comprobar la condición mixta del producto, depósito y fondo de inversión. La publicidad destaca el aspecto más relevante y atractivo del producto y si bien es un aspecto sectorial del mismo, no oculta la totalidad de lo ofrecido sin que en modo alguno su comprensión y apreciación tengan especial dificultad, ni en el contenido ni en el continente pues a diferencia de otros casos, bastante habituales en la práctica bancaria, la grafía del anuncio en la que se exponen las condiciones, no tan llamativas, del mismo, aparecen perfectamente visibles, claras y legibles”.

<sup>1027</sup> MORALEJO MENÉNDEZ, I., “Artículo 7”, pp. 162s., considerando, en la p. 164, que, contrariamente a la evaluación de los actos de engaño (que es subjetiva), la apreciación de las omisiones engañosas responde al criterio objetivo de la “información necesaria”, en virtud del cual se debe atender al específico contexto fáctico en que tiene lugar la conducta enjuiciada. Dentro de dicha información se incluyen, teniendo en cuenta lo prescrito por el art. 20 TRLGDCU, la que incide en la elección de una oferta u oferente y la referida a las condiciones de la contratación, el precio y los derechos contractuales (p. 171). En las pp. 173-184 el autor analiza en detalle las conductas prohibidas por el art. 7 LCD.

<sup>1028</sup> V. CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario” (al art. 20), pp. 280s. y “Comentario” (a los arts. 60 y 61), pp. 509s.; y MORALEJO MENÉNDEZ, I., “Artículo 7”, pp. 172s.

con el art. 15 LCD<sup>1029</sup>. También puede constituirlo la vulneración de las normas sobre transparencia aplicables a la contratación entre EC y clientes<sup>1030</sup>.

Ahora bien, así como ocurre con las consecuencias administrativas, tampoco las concurrenciales son útiles para satisfacer de forma inmediata el interés de los clientes de las EC y no es sorprendente que en la práctica no hayan tenido una relevancia significativa. En todo caso, ello debe entenderse sin perjuicio de la aplicación de herramientas propiamente contractuales en estos supuestos, que sí pueden beneficiarles directamente<sup>1031</sup>. Sea como fuere, debe tenerse en cuenta que algunos proyectos de Derecho contractual europeo contemplan, ante la infracción de las reglas sobre publicidad, la aplicación de la responsabilidad precontractual (v. gr., art. II.-3:109 (3) DCFR) y de los remedios contractuales (v. gr., art. II.-3:109 (2) DCFR -integración publicitaria del contrato-)<sup>1032</sup>.

## b. Consecuencias contractuales

**[236] Ausencia de la determinación de las consecuencias contractuales por infracción de la obligación precontractual de informar en las normas que la imponen.** Las normas sobre información precontractual, incluidas las del Derecho comunitario, no suelen prescribir consecuencias contractuales para el caso de ser infringidas. Tampoco lo hacen las aplicables a las EC. Naturalmente, esta ausencia de regulación debe entenderse sin perjuicio de la aplicabilidad de las reglas del Derecho común en materia de vicios del consentimiento e incumplimiento de obligaciones, entre otras cuestiones<sup>1033</sup>.

Existen escasas disposiciones que se detengan expresamente a establecer los efectos contractuales de la infracción de la obligación precontractual de informar. Así, los arts. 7.2 LCCC y 61 y 65 TRLGDCU<sup>1034</sup>. Adicionalmente, el art. 9.4 LCDSFDC se remite a las reglas generales sobre nulidad<sup>1035</sup>.

<sup>1029</sup> V. MASSAGUER, J., *Comentario*, pp. 454-457.

<sup>1030</sup> PETIT LAVALL, M<sup>a</sup>. V., *La protección*, pp. 193s.

<sup>1031</sup> Así, en materia de indemnización de daños y perjuicios. Cfr. BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, pp. 510s.; FARRANDO MIGUEL, I., “SWAPS”, p. 74; GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1483 y “Comentario” (al art. 65), pp. 823s.; y NASARRE AZNAR, S., “II.-3:109: Remedios”, p. 246.

<sup>1032</sup> NASARRE AZNAR, S., “II.-3:101-II.-3:103”, pp. 208 y 210. En la p. 209 advierte que el FS no contempla reglas acerca de los daños causados por la actividad publicitaria del empresario, aun cuando su art. 67 contiene una relativa a la integración contractual de las declaraciones hechas en la fase de formación del consentimiento en relación con las características del objeto.

<sup>1033</sup> V. AA.VV., CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *El Derecho*, p. 235; CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario” (a los arts. 60 y 61), pp. 508s.; FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A., *Las normas*, pp. 558 y 563 (respecto de un régimen de responsabilidad aplicable a inversores perjudicados); DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, p. 155 (y nota 174); GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, pp. 1469 y 1471 y “Comentario” (al art. 61), pp. 821-823 (apuntando que una posible explicación de esta situación es el carácter instrumental de la información, así como las diferentes maneras contempladas para satisfacer los deberes informativos); NASARRE AZNAR, S. y SIMÓN MORENO, H., “II.-3:104-II.-3:108”, pp. 222 y 227; y PALACIOS GONZÁLEZ, M<sup>a</sup>. D., “El deber”, p. 95 (respecto del Derecho comunitario).

<sup>1034</sup> V. GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, pp. 1482s.; CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario” (a los arts. 60 y 61), pp. 508s. (respecto de los arts. 61 y 65 TRLGDCU); NASARRE AZNAR, S., “II.-3:101-II.-3:103”, p. 199 (respecto de la LCCC); y NASARRE AZNAR, S. y SIMÓN MORENO, H., “II.-3:104-II.-3:108”, p. 222 (respecto del art. 65 TRLGDCU).

<sup>1035</sup> V. CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario” (a los arts. 60 y 61), p. 509; GUIADO MORENO, Á., “Contratación a distancia”, p. 307; MARTÍN SALAMANCA, S., “Los derechos”, p. 100; MAYORGA

Resulta llamativo que a pesar de existir una importante cantidad de normas sobre información precontractual no presten atención alguna a las sanciones contractuales aplicables en el caso de ser incumplidas. Sobre todo considerando que se trata de disposiciones que operan en el terreno de la contratación y que dichas sanciones reportan ventajas directas para los acreedores de la información<sup>1036</sup>.

Según hemos visto *supra* § 13, resulta problemático afrontar la vulneración de la obligación precontractual de informar de las EC solo con mecanismos de desvinculación contractual, como el régimen de los vicios del consentimiento, y no también de mantenimiento del mismo con la correspondiente responsabilidad civil (sin perjuicio de que ésta pueda reclamarse también, en su caso, si el contrato se anula), sobre todo porque en ocasiones el acreedor de la información puede preferir valerse de los segundos. Por esto es que es necesario que en el futuro las normas sobre información precontractual aplicables a las EC, en orden a propiciar una mejor protección del cliente y proporcionar mayores grados de seguridad jurídica, regulen con un mínimo de detalle las sanciones contractuales procedentes ante su infracción.

**[237] Perecimiento o conservación del contrato. Tipología básica.** Teniendo en cuenta las reglas del Derecho común, son variadas las consecuencias contractuales susceptibles de aplicarse ante la infracción de la obligación precontractual de informar de las EC, trátase de deberes típicos o de deberes atípicos<sup>1037</sup>. Pueden dividirse entre las que suponen el perecimiento del contrato y las que implican su mantenimiento<sup>1038</sup>.

Entre las primeras destacan la nulidad total (por ejemplo, por infracción de normas imperativas<sup>1039</sup>), la anulación por vicio del consentimiento<sup>1040</sup>, la resolución

---

TOLEDANO M<sup>a</sup>. C., “Los derechos”, p. 22; y TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del consumidor”, p. 252. También merecen mención los arts. 71.3 TRLGDCU y 10 LCDSFDC, en cuya virtud si el empresario no cumple con las obligaciones de información y documentación el plazo para ejercer el derecho de desistimiento se comienza a contar desde un momento diferente del general. V., respecto del primero, CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario” (a los arts. 60 y 61), p. 509; y GARCÍA VICENTE, J., “Comentario” (a los arts. 68 a 79), p. 860; y, del segundo, MAYORGA TOLEDANO M<sup>a</sup>. C., “Los derechos”, pp. 22s. (refiriendo que el señalado incumplimiento también se refiere a las normas sectoriales de las EC); SERRA RODRÍGUEZ, A., “El derecho”, p. 28. Y, en relación con las Directivas comunitarias que proceden de tal forma (v. *gr.*, la Directiva 2002/65), DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, p. 155 (nota 174).

<sup>1036</sup> Cfr. GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1483.

<sup>1037</sup> Resulta ilustrativo en este sentido tener en cuenta las consecuencias *inter privatos* susceptibles de aplicarse en conformidad a la Directiva MiFID. V. al respecto TISON, M., “The Civil Law Effects”, pp. 2-5.

<sup>1038</sup> Cfr., BASOZABAL ARRUE, X., “En torno”, pp. 702ss.; y GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, pp. 1470s. y 1484 y “Comentario” (al art. 61), pp. 821s. Una síntesis de estas alternativas y de sus posibilidades operativas en relación con el Derecho inglés en CARTWRIGHT, J., *Misrepresentation*, pp. 16-29 (respecto de la *misrepresentation*) y 592-596 (respecto del error); y, con el Derecho italiano, en FEBBRAJO, T., “Violazione”, pp. 140-187 (respecto de los servicios de inversión).

<sup>1039</sup> V. MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G. *La comercialización*, pp. 152s.; y MORALEJO, I., “Las nomas”, pp. 375s.

<sup>1040</sup> ALONSO PÉREZ, M<sup>a</sup>. T., “La función”, p. 15; DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 156 y 269; GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, pp. 1470s. y “Comentario” (al art. 61), p. 821; GHESTIN, J., “The Pre-contractual Obligation”, p. 151; MORALEJO, I., “Las nomas”, pp. 376s.; NASARRE AZNAR, S., “II.-3:109: Remedios”, p. 246; ORTÍ VALLEJO, A., “Comentario” (al art. 13.1 LGDCU), pp. 420s.; SANTOS MORÓN, M<sup>a</sup>. J., “Información”, p. 148; TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del consumidor”, p. 251; y VELA TORRES, P., “Los contratos”, p. 224 (respecto de la LCCC).

contractual<sup>1041</sup> y la extinción en virtud del ejercicio del derecho de desistimiento<sup>1042</sup>. Entre las segundas se enmarca el cumplimiento del contrato. Aquí tienen un relevante papel las reglas sobre interpretación (*v. gr.*, arts. 6.2 LCGC y 80.2 TRLGDCU) e integración contractual (*v. gr.*, arts. 61 y 65 TRLGDCU)<sup>1043</sup>. A medio camino se encuentra la nulidad parcial y la figura de la no incorporación de determinadas condiciones generales (arts. 5 y 7 LCGC), al poder implicar el mantenimiento del contrato, si bien con un número menor de cláusulas que el originalmente proyectado<sup>1044</sup>. Las referidas consecuencias, si procede, pueden ir acompañadas de responsabilidad civil<sup>1045</sup>. Todas estas posibilidades resultan aplicables a la infracción de los deberes informativos de las EC<sup>1046</sup>.

**[238] Problemas de compatibilidad entre las diversas consecuencias.** Teniendo a la vista las diversas consecuencias contractuales susceptibles de aplicarse ante la vulneración de las obligaciones precontractuales de informar de las EC (típicas y atípicas), nos enfrentamos, de entrada, a un problema de compatibilidad. Este exige, en primer lugar, determinar cuál de aquellas consecuencias debe aplicarse en un caso concreto. En segundo término, implica determinar si puede aplicarse más de una a la vez. Sobre todo cuando una disposición ha establecido expresamente una consecuencia para el caso de infracción, en tanto que podría entenderse que así se eliminan las demás opciones sobre la base del principio de especialidad. En síntesis, debe clarificarse si el cliente de una EC puede elegir la vía que mejor se acomode a sus intereses como alternativa única o al menos básica (en caso de querer demandar por una en lo principal y por otra subsidiariamente) o, por el contrario, debe necesariamente prevalecer de una en particular<sup>1047</sup>.

El principal inconveniente en materia de remedios (pretensiones y derechos potestativos) por vulneración de los deberes precontractuales es la inexistencia de un sistema unitario que los articule y dirima la compatibilidad entre ellos. En este sentido, de lo que se trata es de satisfacer el interés agraviado con arreglo a las preferencias del legitimado, de manera que pueda escoger las vías de defensa que más le convengan. El papel de los remedios debe ser, en última instancia, salvaguardar el interés de quien ha

---

<sup>1041</sup> DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, p. 158; y ORTÍ VALLEJO, A., “Comentario” (al art. 13.1 LGDCU), p. 421.

<sup>1042</sup> GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1496.

<sup>1043</sup> Cfr. ALONSO PÉREZ, M<sup>a</sup>, T., “La función”, p. 15; GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1471, “Comentario” (al art. 61), p. 822 y “Comentario” (al art. 65), p. 825; y NASARRE AZNAR, S., “II.-3:109: Remedios”, p. 245 (respecto del art. 80.2 TRLGDCU).

<sup>1044</sup> GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1484; y NOVAL LAMAS, J., “El derecho”, p. 238 (para el caso de la LCDSFDC). Según veremos *infra* III.8.d., los defectos informativos también pueden incidir en la determinación del carácter abusivo de una cláusula.

<sup>1045</sup> DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, p. 1269; EHMANN, H. y SUTSCHET, H., *La reforma*, pp. 205s.; GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, pp. 1471 y 1482 y “Comentario” (al art. 61), pp. 821s.; GHESTIN, J., “The Pre-contractual Obligation”, p. 151; y SANTOS MORÓN, M<sup>a</sup>. J., “Información”, p. 148.

<sup>1046</sup> V. FERNÁNDEZ-COSTALES MÚÑIZ, J., “Aspectos”, pp. 3230s. (aludiendo, respecto de la LCDSFDC, a la responsabilidad precontractual, a la contractual, a la nulidad e, incluso, a la responsabilidad penal -por estafa-); y NOVAL LAMAS, J., “El derecho”, p. 241 (aludiendo a la anulabilidad, la responsabilidad precontractual, el cumplimiento y la resolución). Asimismo cabe destacar la sustitución de contenidos contractuales omitidos o inexactamente suministrados por los fijados por el legislador, como ocurre con el art. 21 LCCC. V. GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1484 (respecto de la LCC); y NASARRE AZNAR, S., “II.-3:109: Remedios”, p. 245.

<sup>1047</sup> Cfr., en general, GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, pp. 1471 y 1484 y “Comentario” (al art. 61), p. 825

celebrado un contrato no deseado, con un contenido no querido o bajo una organización de intereses que no cuadra con el equilibrio contractual. Frente a estas alternativas podrían operar, básicamente, la nulidad, la indemnización o, incluso, la adaptación del contrato<sup>1048</sup>.

En el actual escenario de ausencia de regulación de las consecuencias contractuales por infracción de la obligación precontractual de informar, la mejor solución pasa por tener en cuenta el interés del acreedor de la información, principalmente porque es el legitimado para ejercer las correspondientes acciones. Así, debe permitírsele optar por la vía que mejor proteja sus intereses, esto es, por la conservación del contrato o por su ineficacia. Por lo demás, esta posibilidad de optar se encuentra aceptada por el propio Derecho común en materia de anulabilidad, conduciendo a similares resultados prácticos el régimen aplicable al incumplimiento por falta de conformidad<sup>1049</sup>. Asimismo, es la solución instrumentada por algunos proyectos de Derecho contractual europeo, como los PECL (art. 4:119), el DCFR (art. II.-3:109) y el FS (art. 30)<sup>1050</sup>.

La anterior conclusión resulta particularmente aplicable a individuos beneficiados por el principio tuitivo de las partes contractuales débiles, como los consumidores y los clientes de las EC cuyos conocimientos, experiencia o cualificación les impiden comprender cabalmente la respetiva operación. Ante acciones incompatibles, el cliente de una EC debe poder escoger la que mejor se ajuste a sus intereses. Si quiere perseverar en el contrato, podrá optar por su cumplimiento. Si desea prescindir de él, podrá decantarse por la nulidad, la anulabilidad o la resolución. Además, en todos los supuestos podrá deducir la acción indemnizatoria si concurren los requisitos necesarios<sup>1051</sup>.

La aludida posibilidad de opción, aparte de proteger los diversos intereses de los clientes, permite desincentivar el incumplimiento de la obligación precontractual de informar de las EC y evita el recurso a nociones inevitablemente ambiguas como la buena fe, en aplicación, por ejemplo, del art. 65 TRLGDCU<sup>1052</sup>.

En todo caso, lo más eficiente es que en el futuro el Derecho positivo proporcione una solución expresa que proteja los intereses de los clientes de las EC, concediéndoles la posibilidad de elegir la alternativa que mejor se acomode a ellos (*v. gr.*, conservación o anulabilidad), como hace el art. 7.2 LCCC. Asimismo, resulta muy recomendable el

---

<sup>1048</sup> MORALES MORENO, A-M., “¿Es posible”, pp. 402-404 y 409. V. también ROSSI, M<sup>a</sup>. G., *Correttezza*, pp. 47s. (respecto de los servicios de inversión).

<sup>1049</sup> BASOZABAL ARRUÉ, X., “En torno”, p. 708

<sup>1050</sup> Cfr. BASOZABAL ARRUÉ, X., “En torno”, p. 710 (respecto de los PECL y el DCFR); y NASARRE AZNAR, S., “II.-3:109: Remedios”, pp. 235-240 (respecto del DCFR y el FS).

<sup>1051</sup> A favor de la opción del acreedor de la información, BASOZABAL ARRUÉ, X., “En torno”, pp. 708-711; GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, pp. 1472, 1482 y 1484; MORALES MORENO, A-M., “¿Es posible”, p. 403; y TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del consumidor”, p. 253. En las escasas hipótesis en que el legislador ha contemplado expresamente una sanción de Derecho privado también corresponde dar lugar a dicha opción. La explícita consagración de determinada sanción por parte del Derecho positivo no tiene por qué implicar la desconsideración de las alternativas del Derecho común, más aun teniendo en cuenta que no siempre la posibilidad establecida legislativamente logra cubrir por completo el interés de los clientes. A favor del derecho de elegir de la parte agraviada con el incumplimiento contractual se manifiesta, en términos generales, GÓMEZ POMAR, F., “El incumplimiento”, p. 14.

<sup>1052</sup> V., en general, GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, pp. 1482s. y “Comentario” (al art. 65), p. 823.



establecimiento de ciertas reglas básicas en cuanto a los requisitos sustantivos y procesales de la responsabilidad civil en el segmento de la contratación con EC que nos ocupa en este trabajo<sup>1053</sup>.

## 5. Eficacia contractual de la normativa sobre transparencia

[239] **Síntesis.** Otro problema vinculado con las consecuencias contractuales de la infracción de la obligación precontractual de informar de las EC se relaciona con la determinación del grado de eficacia de la normativa sobre transparencia que rige la contratación de dichas empresas con sus clientes (OM y Circulares del BdeE y la CNMV) y que, según hemos visto, contempla abundantes reglas sobre información precontractual. La cuestión central consiste en determinar si la infracción de dicha normativa puede producir, aparte de sanciones administrativas, efectos contractuales. Y, más específicamente, si puede generar efectos de este tipo de manera directa, en el sentido de que su vulneración desencadene de forma inmediata repercusiones negociales, sin necesidad de recurrir a otra normativa<sup>1054</sup>.

[240] **Efecto contractual directo de la normativa sobre transparencia.** Si bien un sector de la doctrina se inclina por la aplicación solo de consecuencias administrativas ante la vulneración de la referida normativa, los argumentos de la tesis que propicia la aplicación de consecuencias contractuales resultan más fundados, aun cuando existe discrepancia en orden a la intensidad que debe otorgarse a esta solución. En principio, puede mantenerse que en la medida de que los requerimientos informativos presentes en aquella normativa contribuyen a integrar el contenido de la obligación de transparencia de las EC, resulta innegable que tienen incidencia en el ámbito contractual<sup>1055</sup>.

Un sector se opone a la aplicabilidad contractual directa de la mencionada normativa bajo el argumento de su carácter administrativo, no presentando un rango suficiente, a tenor del art. 48.2 LDIEC, para limitar la libertad de contratación, en tanto que este precepto no habilitaría la promulgación de disposiciones de tal carácter para incidir de forma inmediata en las relaciones *inter privatos* derivadas de los contratos celebrados entre clientes y EC. Acepta, no obstante, que la vulneración de dicha normativa pueda provocar efectos contractuales indirectos, cada vez que contribuya a configurar el supuesto de hecho tenido en cuenta por una norma sustantiva al contemplar una infracción, por ejemplo, la disciplina dictada en materia de protección de los consumidores<sup>1056</sup>.

---

<sup>1053</sup> FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A., *Las normas*, pp. 557 y 566 (respecto del inversor), apuntando en esta última que su inexistencia genera problemas de inseguridad jurídica.

<sup>1054</sup> Acerca de esta problemática v. CUÑAT EDO, V., “El sistema”, pp. 290-292; y RAMOS HERRANZ, I., “Contratos”, pp. 365s.

<sup>1055</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 165.

<sup>1056</sup> Cfr. ANDREU MARTÍ, M<sup>a</sup>. del M., *La protección*, p. 119; CUÑAT EDO, V., “Las fuentes”, pp. 611ss. (agregando el art. 1255 CC en relación con los no consumidores –orden público como límite de la libertad de pactos–), “El sistema”, pp. 288 y 291 y “Las limitaciones”, pp. 23ss.; GALÁN CORONA, E., “Las Órdenes”, pp. 889, 894 y 896; MAYORGA TOLEDANO, M<sup>a</sup>. C., “Los derechos”, pp. 10s.; PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, p. 417; PETIT LAVALL, M<sup>a</sup>. V., *La protección*, pp. 192s. (agregando el principio de buena fe en orden a la integración normativa en caso de los no consumidores); y RIVERO ALEMÁN, S., *Crédito*, p. 271 (reconociendo que pueden operar como principios). V. también VICENT CHULIÁ, F., “Cuestiones”, p. 39, adicionando el art. 1255 CC, si bien se decanta por la tesis de la contractualidad directa.

En mi opinión, la infracción de la normativa sobre transparencia aplicable a la contratación con EC genera efectos contractuales directos, en atención a los siguientes argumentos.

- Gran parte de las disposiciones relevantes es de Derecho de los contratos, principalmente teniendo en cuenta que las normas en cuestión no se autocalifican de administrativas<sup>1057</sup>. Las reglas sobre información precontractual contenidas en la normativa sobre transparencia son disposiciones que regulan directamente un aspecto de la contratación con EC, es decir, una temática de carácter privado. No se refieren meramente a una de índole administrativa, como hacen, por ejemplo, las normas concernientes a las informaciones que las EC deben transmitir a los organismos supervisores.

- La prevención de la LDIEC en el sentido de que las normas dictadas en virtud de su habilitación no pueden ir contra la libertad contractual no afecta al terreno de la información previa a la celebración de una convención, sino solo a las estipulaciones que las partes puedan pactar.

- La normativa sobre transparencia tiene por propósito, y así lo revelan sus exposiciones de motivos, títulos y contenido (*v. gr.*, Orden EHA/2899/2011), la protección de los clientes de las EC, principalmente en la fase previa a la celebración del contrato. De esta circunstancia deriva que poseen un innegable carácter sustantivo contractual<sup>1058</sup>. No resulta lógico mantener que dicha protección se logra solo gracias a la imposición de sanciones administrativas, que no benefician de forma inmediata a tales clientes y constituyen un mecanismo comprobadamente insuficiente para alcanzar los fines que se pretenden<sup>1059</sup>. Tampoco es acertado argüir que en términos contractuales dicha protección se obtiene solo de manera indirecta, sobre todo teniendo en cuenta que puede suceder que no exista una normativa sustantiva que sirva para configurar el supuesto de hecho de la vulneración de normas administrativas, como acontece con los clientes no consumidores. Además, ni siquiera en el caso de los clientes consumidores puede hallarse siempre una disposición en tal sentido. Adicionalmente, negarle efectos privados a la referida normativa podría confundir a los clientes, al poder pensar estos que su infracción no solo desencadena sanciones administrativas, sino también efectos exigibles *inter partes*<sup>1060</sup>.

- El preámbulo de la Orden EHA/2899/2011 incardina dentro de las normas sobre transparencia a disposiciones directamente insertas en el terreno de la contratación y que incluso contemplan sanciones de carácter contractual, como la LCCC. De esto se colige que no es ajeno al propósito de protección de los intereses de los clientes perseguido por

---

<sup>1057</sup> VICENT CHULIÁ, F., “Cuestiones”, pp. 37s. Adicionalmente, cabe considerar que el art. 6.4 (2) RD 303/2004 prescribía que las normas sobre transparencia y protección de la clientela “establecen un conjunto de obligaciones específicas aplicables a las relaciones contractuales” entre las EC y sus clientes. V. NOVAL LAMAS, J., “El derecho”, p. 228; y RODRÍGUEZ MASEDA, J. C., “Las operaciones bancarias”, pp. 600s., (ambos señalando que dichas normas han de aplicarse en el ámbito contractual). Dicho RD fue derogado por la Ley 2/2011. V. PINILLOS LORENZANA, Á., “La protección”, p. 81 (nota 14).

<sup>1058</sup> Cfr. ANDREU MARTÍ, M<sup>a</sup>. del M., *La protección*, pp. 118s.

<sup>1059</sup> PETIT LAVALL, M<sup>a</sup>. V., *La protección*, p. 191; y VICENT CHULIÁ, F., “Cuestiones”, p. 39.

<sup>1060</sup> Cfr. ANDREU MARTÍ, M<sup>a</sup>. del M., *La protección*, p. 119; y CUÑAT EDO, V., “Las fuentes”, p. 612.

dichas normas el otorgamiento a aquellos de mecanismos contractuales directos de tutela.

- La referida Orden, al circunscribir su ámbito de aplicación (art. 2), menciona expresamente diversos contratos con EC, con lo que no cabe duda de que su esfera inmediata de acción es la contractual. Así, no resulta razonable entender que la vulneración de sus normas solo desencadene efectos administrativos o contractuales indirectos, y no también directos.

- Si bien un motivo para descartar el valor privado de la normativa sobre transparencia era que la LCC establecía expresamente en su exposición de motivos que las disposiciones dictadas en conformidad a la habilitación de la LDIEC tienen carácter administrativo sin que incidan en el régimen de las obligaciones y contratos (que sí era afectado por la propia LCC, así como por las Directivas comunitarias pertinentes)<sup>1061</sup>; dicha idea ha desaparecido del preámbulo de la actual ley (la LCCC).

- En el caso de los consumidores, el incumplimiento de la normativa sobre transparencia puede redundar en el surgimiento de responsabilidad civil a cargo de las EC por no haber probado estas “las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio”, según reza el art. 147 TRLGDCU. No cabe duda acerca de que dicha responsabilidad constituye una consecuencia propia de la infracción de normas con efecto contractual directo<sup>1062</sup>.

- El art. 8.1 LCDSFDC establece que, aparte de la regla general sobre información precontractual del art. 7, resultan aplicables en la contratación regida por ella los requisitos adicionales contemplados en la legislación particular existente para el respectivo servicio financiero. Esta disciplina especial es la normativa sobre transparencia, que complementa al art. 7 -que es una norma claramente contractual-, y cuya vulneración obsta a la formación de un consentimiento contractual pleno, dando lugar, aparte de a las sanciones administrativas pertinentes, a la nulidad<sup>1063</sup>.

- No se alcanza a ver el fundamento de sostener, como a veces se ha hecho, que las normas contractuales de las Circulares de la CNMV son de Derecho privado y las del BdeE no<sup>1064</sup>.

- En fin, en mi opinión, resulta decisivo lo dispuesto en el 2.5 Orden ECC/2502/2012. Este considera “normas de transparencia y protección de la clientela” a las “que contienen preceptos específicos referidos a las entidades supervisadas ... y, que con la finalidad de proteger los legítimos intereses de los clientes, establecen un conjunto de obligaciones específicas aplicables a las relaciones contractuales entre unos y otros, exigen la comunicación de las condiciones básicas de las operaciones y regulan determinados aspectos de su publicidad, normas de actuación e información” (cursivas mías).

---

<sup>1061</sup> V. RAMOS HERRANZ, I., “Contratos”, p. 366. Críticos con esta solución se mostraban ANDREU MARTÍ, M<sup>a</sup>. del M., “Crédito”, p. 451; PETIT LAVALL, M<sup>a</sup>. V., *La protección*, p. 194; y VICENT CHULIÁ, F., “Cuestiones”, p. 37.

<sup>1062</sup> Cfr. CUÑAT EDO, V., “El sistema”, pp. 291s. (en relación con el art. 26 LGDCU).

<sup>1063</sup> Cfr. NOVAL LAMAS, J., “El derecho”, p. 229.

<sup>1064</sup> VICENT CHULIÁ, F., “Cuestiones”, p. 37.

En síntesis, la normativa sobre transparencia debe aplicarse directamente a la contratación con EC, específicamente en materia de información precontractual, traduciéndose su incumplimiento en la aplicación inmediata de consecuencias no solo administrativas, sino también contractuales<sup>1065</sup>. Esta conclusión se aplica tanto a las OM como a las Circulares dictadas a su amparo, al participar estas de la naturaleza de aquellas<sup>1066</sup>. Es verdad que los juzgados y tribunales del orden civil tradicionalmente no han mantenido una posición muy decidida en esta línea. No obstante, tampoco se aprecian obstáculos significativos para su adopción. La técnica regulatoria actualmente generalizada en ámbitos como el que nos ocupa, conducen, en mi opinión, a defender la tesis indicada.

Muy recientemente, se ha decantado por esta orientación la STS 18-4-13 (FD 6) – relativa al contrato de gestión de cartera-, que en relación con la aludida normativa señala que “(e)n principio son normas que regulan principalmente aspectos jurídico-públicos relacionados con la actuación de las empresas que actúan en el mercado de valores, pero tienen incidencia directa en el contenido jurídico-privado del contrato en aspectos tales como imparcialidad y buena fe exigibles al profesional en su relación con la clientela, nivel de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones, información que debe recabar de los clientes y que debe facilitar a los mismos, contratos tipo, publicidad de las tarifas, etc.”<sup>1067</sup>.

Según veremos *infra* III.8.2., la relevancia de la anterior conclusión estriba, de modo específico, en que la infracción de tales disposiciones hace aplicable la nulidad por infracción de normas del art. 6.3 CC<sup>1068</sup>. La consecuencia es, por tanto, de primer orden.

Adviértase que en orden a las consecuencias civiles de la infracción de la aludida normativa habrá de resultar determinante, en términos probatorios, la existencia de una resolución firme de los organismos supervisores apreciando la infracción de las normas de conducta y, en su caso, la confirmatoria del respectivo tribunal contencioso-administrativo<sup>1069</sup>. Ahora bien, será frecuente que cuando los tribunales civiles conozcan de las diversas controversias, aquellas resoluciones aún no se hayan dictado, siendo perfectamente procedente que valoren y resuelvan las correspondientes cuestiones prejudiciales (art. 42 LEC).

## 6. Derecho de desistimiento

**[241] Derecho de desistimiento y obligación precontractual de informar.** Antes de ejercer una acción judicial por infracción de la obligación precontractual de informar de las EC, los clientes consumidores disponen, en determinados contratos, del derecho de

---

<sup>1065</sup> V. MORALEJO, I., “Las normas”, pp. 375-378; y RODRÍGUEZ MASEDA, J. C., “Las operaciones bancarias”, pp. 600-602. Más allá de las sanciones contempladas por dicha normativa, esta representa un límite a la libertad contractual a tenor del art. 1255 CC, al mencionar este precepto como límite de dicho principio a la ley, que debe ser entendida en un sentido amplio. PETIT LAVALL, M<sup>a</sup>. V., *La protección*, p. 191. Acerca del debate en materia de servicios de inversión respecto a si la LMV se aplica directamente a los contratos referidos a ellos pudiendo su infracción generar la nulidad de los mismos v. FARRANDO MIGUEL, I., “SWAPS”, pp. 19-22.

<sup>1066</sup> VICENT CHULIÁ, F., “Cuestiones”, p. 38. En contra, respecto de las Circulares del BdeE, MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., *Condiciones*, p. 48.

<sup>1067</sup> La sentencia está reseñada y comentada en LYCZKOWSKA, K., “Responsabilidad”, pp. 1-7.

<sup>1068</sup> RAMOS HERRANZ, I., “Contratos”, p. 365.

<sup>1069</sup> FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO A., *Las normas*, p. 567 (respecto de la CNMV).

desistimiento<sup>1070</sup>. En general, la procedencia de este derecho se fundamenta, en buena medida, en la asimetría informativa que afecta a dichos individuos, de manera que su concesión se apoya en una distribución del riesgo por el no otorgamiento de información o por el suministro de una incorrecta. Con ello se permite a los referidos sujetos sopesar de forma adecuada si el contrato celebrado se corresponde con el que creían concluir<sup>1071</sup>.

La concesión del aludido derecho en la referida circunstancia es también la tendencia de los proyectos de Derecho contractual europeo. Así, por ejemplo, los arts. II.-3:104 (4) y II.-3:105 (3) DCFR hacen procedente el mencionado derecho (regulado en la Sección I del Capítulo 5 del libro II –arts. II.-5:101 a II.-5:106-) en las contrataciones a distancia y por medios electrónicos, respectivamente. Eso sí, conforme al segundo precepto, procede tanto en relación con consumidores como con empresarios<sup>1072</sup>.

En realidad, considerando que el consumidor puede ejercer el señalado derecho no solo cuando se percata de que no fue informado adecuadamente, sino en todo caso, al no necesitar esgrimir justificación para hacerlo, su concesión se fundamenta no tanto en la protección de aquel sujeto frente a vicios del consentimiento o incumplimientos del empresario (sin perjuicio de que en ocasiones esta pueda ser su justificación), sino en la posibilidad de permitirle reflexionar y, eventualmente, arrepentirse de haber celebrado el contrato<sup>1073</sup>. La nulidad por vicios del consentimiento supone el cumplimiento de rigurosos requisitos (incluidos los probatorios) y la resolución contractual implica la concurrencia de incumplimientos de determinada entidad, presupuestos que no resultan relevantes a efectos del ejercicio del derecho de desistimiento<sup>1074</sup>.

Por tanto, teniendo en cuenta el caso de los servicios, la justificación del mencionado derecho se encuentra más precisamente en la posible falta de reflexión de los consumidores respecto de un contrato ya puesto en ejecución o por lo menos celebrado, esto es, en la racionalidad imperfecta que suele afectarles<sup>1075</sup>. Así, cuando procede en los servicios financieros, el derecho de desistimiento se fundamenta tanto en el déficit

---

<sup>1070</sup> V., en general, AA.VV., CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *El Derecho*, pp. 225 y 348s.; y SCHULTE-NÖLKE, H., “Right of withdrawal”, p. 471. Se trata de un derecho que se ejerce a través de una declaración unilateral y recepticia (MARTÍN SALAMANCA, S., “Los derechos”, p. 97).

<sup>1071</sup> V. AA.VV., CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *El Derecho*, pp. 224s.; GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, pp. 1472 y 1496; MARTÍN SALAMANCA, S., “Los derechos”, p. 98; y MAYORGA TOLEDANO M<sup>a</sup>. C., “Los derechos”, p. 23.

<sup>1072</sup> V. NASARRE AZNAR, S. y SIMÓN MORENO, H., “II.-3:104-II.-3:108”, pp. 218-220 y 224s. (y, respecto del FS, 225s.). También lo contempla el art. 2:207 (1) Principios *Acquis*. V. RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles*, p. 5.

<sup>1073</sup> Cfr. AA.VV., CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *El Derecho*, pp. 225 y 349; GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, pp. 1496s.; MARTÍN SALAMANCA, S., “Los derechos”, p. 98; SÁNCHEZ GÓMEZ, A., “Comentario” (al art. 101), p. 1286; y SERRA RODRÍGUEZ, A., “El derecho”, pp. 25 (y nota 28) y 29s.

<sup>1074</sup> GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1496.

<sup>1075</sup> V. AA.VV., CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *El Derecho*, p. 351; y DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 138s. (con cita de Peguera Poch). BAR-GILL, O. y BEN-SHAHAR, O., “Regulatory”, pp. 18-21, critican que este derecho se regule de forma imperativa. Consideran que encarece los costes de transacción para los consumidores sin poner atención en que algunos pueden no estar interesados en ejercerlo. Consignan que en la práctica igualmente los principales *retail* ofrecerían voluntariamente este derecho para resaltar su calidad y confiabilidad, mientras que los otros no. Concluyen que la imperatividad de aquel derecho impediría la producción de este efecto de selección y que el empresario podría ofrecer precios diferenciados según el interés del consumidor en él.

informativo (asimetría) como en la ausencia o insuficiencia de reflexión que a menudo afecta a los clientes consumidores<sup>1076</sup>.

Considerando las ventajas del derecho de desistimiento, el legislador debería hacerlo extensivo en el futuro a todo tipo de contratos celebrados con consumidores. Entre tales ventajas cabe señalar que el derecho de desistimiento representa un mecanismo eficiente y justo de control de los contratos celebrados con clientes consumidores, evita a estos tener que incurrir en costes legales y judiciales para obtener la anulación del contrato y en la necesidad de probar los requisitos de los vicios del consentimiento, contribuye a disminuir el sobreendeudamiento y defiende a los clientes de los efectos nocivos de la publicidad comercial<sup>1077</sup>.

**[242] Normativa aplicable y aspectos principales de la regulación.** Los arts. 68 a 79 TRLGDCU regulan, en general, el derecho de desistimiento del consumidor<sup>1078</sup>. Procede en los supuestos contemplados legal o reglamentariamente o en la oferta, promoción, publicidad o contrato. Su ejercicio no puede reportar gasto alguno o penalización y no es necesario justificarlo<sup>1079</sup>.

Con arreglo al art. 68.3 TRLGDCU, el mencionado derecho estará regido primeramente por las disposiciones que en cada caso lo contemplen y, en su defecto, por dicho Texto<sup>1080</sup>. Destacan, en la contratación a distancia, los arts. 4 RD 1906/1999 y 10 LCDSFDC<sup>1081</sup>. En esta esfera de la contratación, la necesidad de tutelar a los consumidores mediante la concesión del apuntado derecho resulta evidente, ya que la evaluación de los riesgos por parte de aquellos implica el manejo de especiales conocimientos y los costes y riesgos asociados a los servicios financieros suelen ser elevados<sup>1082</sup>. Asimismo, resulta relevante el art. 28 LCCC.

En general, las normas que regulan el derecho de desistimiento se refieren a la obligación de informar acerca de su existencia, a su plazo de ejercicio, a los derechos y

---

<sup>1076</sup> MAYORGA TOLEDANO, M<sup>a</sup>. C., “Los derechos”, p. 17; y SERRA RODRÍGUEZ, A., “El derecho”, p. 25 (ambos respecto de la contratación a distancia de tales servicios).

<sup>1077</sup> V. AA.VV., CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *El Derecho*, pp. 356s. Y también CARRASCO PERERA, Á., “Texto refundido”, p. 2217.

<sup>1078</sup> Acerca de la regulación del derecho de desistimiento en el ordenamiento comunitario v. SCHULTE-NÖLKE, H., “Right of withdrawal”.

<sup>1079</sup> Acerca del derecho de desistimiento en el TRLGDCU v. GARCÍA VICENTE, J., “Comentario” (a los arts. 68 a 79), pp. 845-881. En Cataluña, el derecho de desistimiento está definido en el art. 111-2.n CCC.

<sup>1080</sup> CAVANILLAS MÚGICA, S., “El Real Decreto Legislativo”, pp. 2152s.

<sup>1081</sup> V. CAVANILLAS MÚGICA, S., “El Real Decreto Legislativo”, p. 2152 (respecto de la LCDSFDC); CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, J. M., “La protección”, pp. 141s. (respecto del RD); GUIADO MORENO, Á., “Contratación a distancia”, p. 310.; MATEU DE ROS, R., “El consentimiento”, p. 37 (respecto del RD); PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, p. 430; y SERRA RODRÍGUEZ, A., “El derecho”, p. 21. Asimismo, deben tenerse en cuenta el art. 110 TRLGDCU, que regula el derecho de desistimiento en los contratos celebrados con consumidores fuera del establecimiento mercantil. En este caso también se aplican las reglas generales de los arts. 68 a 79 TRLGDCU, con la salvedad de que el plazo de ejercicio del referido derecho es de siete días naturales contados desde la recepción del documento de desistimiento si este es posterior a la celebración del contrato de servicios. Eso sí, debe considerarse que el art. 108 TRLGDCU excluye del campo de aplicación del título referido a tales contratos a operaciones que pueden celebrarse con EC, destacadamente las de las letras e. y f. Respecto del derecho de desistimiento en los contratos celebrados con consumidores fuera de los establecimientos mercantiles v. ÁLVAREZ LATA, N., “Comentario” (al art. 110).

<sup>1082</sup> SERRA RODRÍGUEZ, A., “El derecho”, p. 26. Adicionalmente, el derecho de desistimiento sirve para evitar sobreendeudamientos. GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, pp. 1494 y 1497. V. también MARTÍN SALAMANCA, S., “Los derechos”, p. 98.

obligaciones durante el periodo para desistir, a los requerimientos formales del mismo y a sus efectos<sup>1083</sup>.

**[243] LCDSFDC.** El art. 10.2.a LCDSFDC señala que el derecho de desistimiento no operará para contratos sobre servicios financieros cuyo precio esté sujeto a variaciones de los mercados referidos a tales servicios que el proveedor no pueda manejar y que pudieran tener lugar durante el plazo de ejercicio de aquel, mencionando a continuación nueve tipos de transacciones (v. también las letras c. a f.)<sup>1084</sup>.

Como primera cuestión, cabe puntualizar que, en conformidad al art. 3 LCDSFDC, el derecho de desistimiento es irrenunciable<sup>1085</sup>. Adicionalmente, el consumidor no tiene necesidad de indicar motivos para ejercer el referido derecho ni se le puede aplicar penalización alguna por hacer uso del mismo<sup>1086</sup>.

En cuanto al plazo de ejercicio del apuntado derecho, el art. 10.1 LCDSFDC, en general, contempla un plazo de catorce días para que el consumidor desista del contrato<sup>1087</sup>. El plazo se cuenta desde la celebración del contrato, salvo que aquel no hubiera recibido las condiciones contractuales y la información (pre)contractual mencionada por el art. 7.1. En este caso, se computará desde el día en que las reciba<sup>1088</sup>. Según se ve, en la LCDSFDC existe una íntima conexión entre el derecho de desistimiento y el la obligación precontractual de informar<sup>1089</sup>. Con posterioridad a estos momentos el derecho se extingue<sup>1090</sup>.

El art. 10.3 LCDSFDC indica que en caso de ejercer el consumidor el aludido derecho debe comunicarlo al proveedor en conformidad a lo estipulado en el contrato, con carácter previo al término del plazo. Debe hacerlo mediante un procedimiento que posibilite dejar constancia de la notificación a través de cualquier modo aceptado por el Derecho. Se entenderá que la notificación ha sido realizada dentro de plazo si se lleva a

---

<sup>1083</sup> Respecto de estas cuestiones en el Derecho comunitario v. SCHULTE-NÖLKE, H., “Right of withdrawal”, pp. 477-481.

<sup>1084</sup> V. GUIADO MORENO, Á., “Contratación a distancia”, p. 310; MARTÍN SALAMANCA, S., “Los derechos”, pp. 102s.; MAYORGA TOLEDANO, M<sup>a</sup>. C., “Los derechos”, pp. 31-34; PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, p. 430; y SERRA RODRÍGUEZ, A., “El derecho”, pp. 24s.

<sup>1085</sup> V. SERRA RODRÍGUEZ, A., “El derecho”, p. 26.

<sup>1086</sup> V. GUIADO MORENO, Á., “Contratación a distancia”, p. 309; MAYORGA TOLEDANO, M<sup>a</sup>. C., “Los derechos”, pp. 40-42; NOVAL LAMAS, J., “El derecho”, p. 242; PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, p. 430; y SERRA RODRÍGUEZ, A., “El derecho”, pp. 26 y 29s.

<sup>1087</sup> A diferencia del art. 69.1 TRLGDCU, no le exige al proveedor entregar al consumidor un documento de desistimiento. A favor de esta entrega SERRA RODRÍGUEZ, A., “El derecho”, p. 27 (en atención a la remisión del art. 1 LCDSFDC al TRLGDCU). En contra, CARRASCO PERERA, A., “La defensa”, p. 3 (respecto de la contratación a distancia en general).

<sup>1088</sup> En todo caso, si lo estima conveniente, el consumidor podrá desistir antes de la recepción de la información. MAYORGA TOLEDANO, M<sup>a</sup>. C., “Los derechos”, pp. 35s.

<sup>1089</sup> V. MAYORGA TOLEDANO, M<sup>a</sup>. C., “Los derechos”, p. 17; y SERRA RODRÍGUEZ, A., “El derecho”, p. 28. En el DCFR (art. II.-3:109(1)), en caso de no proveerse la información preceptiva por el empresario a un consumidor en especial desventaja, el plazo para ejercer el derecho de desistimiento no comienza a correr hasta que ella no sea facilitada de forma completa, con el tope de un año desde la celebración del contrato. V. NASARRE AZNAR, S., “II.-3:109: Remedios”, pp. 235s. (con formulación de objeciones a la regulación del mencionado derecho en dicho instrumento).

<sup>1090</sup> Acerca de los señalados plazos v. MARTÍN SALAMANCA, S., “Los derechos”, p. 101; MAYORGA TOLEDANO, M<sup>a</sup>. C., “Los derechos”, pp. 34-36; NOVAL LAMAS, J., “El derecho”, p. 242 (precisando que el precepto, a pesar de aludir expresamente a la recepción de la información contractual del art. 7.1, se refiere a la precontractual, ya que este último rige para este tipo de información); y SERRA RODRÍGUEZ, A., “El derecho”, pp. 27s.

efecto en soporte papel o en otro duradero, disponible y accesible al destinatario, y se envía antes del vencimiento del plazo. La prueba de todo ello corresponde al consumidor (art. 72 TRLGDCU)<sup>1091</sup>.

**[244] RD 1906/1999.** El art. 4 RD 1906/1999 (que lo llama erróneamente “derecho de resolución”) establece que una vez cumplidas las obligaciones de información previa y de confirmación documental de la contratación realizada, el adherente, sin que pueda aplicársele penalización y sin sujeción a formalidad alguna (basta cualquier forma admitida en Derecho), dispone de siete días hábiles para “resolver” el contrato. En el caso de los servicios, este plazo se cuenta desde la celebración del contrato, salvo que el cumplimiento de las referidas obligaciones tenga lugar después de dicha celebración, en que se computa desde que estén totalmente cumplidas. El derecho de desistimiento, en esta primera hipótesis, es renunciable, salvo que se trate de un cliente consumidor. En el supuesto de que se produzca un cumplimiento defectuoso o incompleto de la obligación de remitir justificación documental de los términos del contrato a que se refiere el art. 3, la “acción de resolución” no caducará hasta que transcurran tres meses desde la celebración del contrato.

El derecho de desistimiento no procede cuando en atención a la naturaleza del contenido de las prestaciones no sea posible llevarlo a efecto, sin perjuicio de la acción por responsabilidad civil<sup>1092</sup>.

**[245] LCCC.** En fin, el art. 28 LCCC define el derecho de desistimiento, regula las obligaciones del consumidor a este respecto y prescribe que él tiene un plazo de catorce días naturales para desistir, sin necesidad de motivación ni aplicación de penalización. El plazo se cuenta desde la celebración del contrato o desde la fecha posterior en que aquel haya recibido las condiciones contractuales y la información relativa al contenido del contrato. En caso de tener el consumidor el derecho de desistimiento con arreglo a dicho precepto, no se aplican los arts. 10 y 11 LCDSFDC ni el 110 TRLGDCU (contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles)<sup>1093</sup>.

**[246] Consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento.** Las consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento por parte de los clientes de las EC se traducen, básicamente, en la privación de efectos del contrato válidamente concluido con la correspondiente restitución de prestaciones en su caso<sup>1094</sup>. En conformidad al art. 78 TRLGDCU, la ausencia de ejercicio del aludido derecho dentro de plazo no impide el de las acciones de nulidad o resolución del contrato cuando procedan.

---

<sup>1091</sup> V. GUIADO MORENO, Á., “Contratación a distancia”, p. 309; ILLESCAS ORTIZ, R., “La Ley”, pp. 11-13; MARTÍN SALAMANCA, S., “Los derechos”, pp. 101s.; MAYORGA TOLEDANO, M<sup>a</sup>. C., “Los derechos”, pp. 36-38; y SERRA RODRÍGUEZ, A., “El derecho”, p. 29.

<sup>1092</sup> V., acerca de este párrafo y el anterior, CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, J. M., “La protección”, pp. 141s.; MATEU DE ROS, R., “El consentimiento”, p. 37; y MIRANDA SERRANO, L. “La contratación”, pp. 174s.

<sup>1093</sup> V. VELA TORRES, P., “Los contratos”, pp. 226s.

<sup>1094</sup> V. los arts. 74 a 77 y 79 TRLGDCU, 11 LCDSFDC y 4.4 RD 1906/1999. Cfr., en relación con la LCDSFDC, MARTÍN SALAMANCA, S., “Los derechos”, pp. 103s.; MAYORGA TOLEDANO, M<sup>a</sup>. C., “Los derechos”, pp. 39ss.; PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, p. 430; y SERRA RODRÍGUEZ, A., “El derecho”, pp. 30-32.



## 7. Anulación por vicio del consentimiento

### a. Preliminar

[247] **Advertencia.** Según apuntara, el expediente más utilizado por los clientes ante el incumplimiento de la obligación precontractual de informar de las EC ha sido, hasta ahora, demandar la anulación del contrato por vicio del consentimiento. Por esta razón esta es la primera vía judicial que analizo en lo que sigue.

[248] **Normativa aplicable.** En el Derecho español solo el art. 7.2 LCCC contempla la posibilidad de solicitar la anulación del contrato por infracción de la obligación de informar. Para cierto sector también la considera el art. 9.4 LCDSFDC, que ante tal infracción remite a las reglas generales sobre nulidad<sup>1095</sup>. En fin, también debe tenerse en cuenta la normativa sobre publicidad, ya que la información que se transmite por su intermedio debe cumplir con el criterio de veracidad, que se traduce en la interdicción de la falsedad, el engaño y la inducción a error<sup>1096</sup>.

La nulidad por vicio del consentimiento derivado de la vulneración de la obligación precontractual de informar de las EC se rige por las reglas generales del CC (arts. 1265 a 1270)<sup>1097</sup>. Teniendo en cuenta que los debates procesales acerca de dicha sanción han de considerar las peculiaridades de cada caso, su declaración debe demandarse por el cliente frente a la EC que haya sido causante del vicio, sin que pueda instarse mediante el ejercicio de acciones colectivas<sup>1098</sup>.

[249] **Efectos de la anulación.** La principal consecuencia de la declaración de nulidad por la concurrencia de un vicio del consentimiento derivado de la infracción de la obligación precontractual de las EC de informar al cliente es que ambas partes deberán proceder a las restituciones mutuas de las prestaciones con efecto retroactivo, esto es, del principal más los intereses (art. 1303 CC)<sup>1099</sup>.

### b. Error

#### i. Preliminar

[250] **Error del cliente provocado por la infracción de la obligación precontractual de informar de la EC.** El error de uno de los contratantes puede derivar de una

---

<sup>1095</sup> V. NOVAL LAMAS, J., “El derecho”, pp. 239 (y nota 57). El autor apunta que dicha ley no distingue tipos de incumplimiento informativo, por lo que debe asumirse que cualquiera posibilitaría reclamar la anulabilidad. No obstante, considera que ello iría contra la doctrina y la jurisprudencia que entienden que solo determinados errores vician el consentimiento.

<sup>1096</sup> V. PARDO LÓPEZ, M<sup>a</sup>. M., “Comentario”, p. 66.; y PASQUAU LIAÑO, M., (Comentario al) “Artículo 8.1 y 2”, pp. 159s.

<sup>1097</sup> Para un estudio de esta cuestión en algunos ordenamientos comparados v. FABRE-MAGNAN, M., *De l’obligation*, pp. 278-298 (respecto del Derecho francés); FEBBRAJO, T., “Violazione”, pp. 171-175 (respecto de la jurisprudencia italiana sobre servicios de inversión); y CARTWRIGHT, J., *Misrepresentation*, pp. 101ss. y 577ss. (respecto de los efectos de la *misrepresentation* y el error en el Derecho inglés, respectivamente).

<sup>1098</sup> V. BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, pp. 527s.; y CARRASCO PERERA, Á., “Paisaje judicial”, p. 4 (respecto de las participaciones preferentes, aun cuando cuestiona que la vía de los vicios del consentimiento sea la idónea).

<sup>1099</sup> CARRASCO PERERA, Á., *Derecho*, pp. 705s.

información deficiente o de su racionalidad imperfecta<sup>1100</sup>. En la mayor parte de los casos en que se ha discutido acerca del cumplimiento de la obligación precontractual de informar de las EC y fallado a favor del cliente, se ha dispuesto la anulación del contrato por la concurrencia de error, en aplicación del art. 1266.1 CC (v. gr., en materia de *swaps* de tipos de interés)<sup>1101</sup>. Esto se explica por la circunstancia de que la nulidad por error es la pretensión solicitada por lo común por los clientes<sup>1102</sup>.

El art. 1261 CC prescribe que el error invalida el consentimiento cuando 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”<sup>1103</sup>.

El CC no contiene ciertamente una regla expresa que contemple la existencia de error por la concurrencia de defectos informativos. Esta deficiencia pretendió ser salvada en su día por la PMDOC, que en relación con el proyectado art. 1298 CC faculta a la víctima del error esencial para anular el contrato cuando hubiese sido generado por la información proporcionada por la otra parte<sup>1104</sup>. También los proyectos de Derecho contractual europeo proceden en este mismo sentido<sup>1105</sup>.

**[251] Acciones y omisiones.** La infracción de la obligación precontractual de informar de las EC, desencadenante de un vicio del consentimiento en el cliente, puede provenir de la transmisión a este de una información inadecuada acerca del respectivo producto o servicio (acción) o de la ausencia de provisión de la misma (omisión)<sup>1106</sup>. Ejemplo del primer tipo de incumplimiento sería el suministro de una información que indica que un *swap* de tipos de interés es un seguro o la que señala que las participaciones preferentes son un depósito. Ejemplo del segundo tipo de incumplimiento sería la ocultación de las

---

<sup>1100</sup> BAR-GILL, O., “Informing”, p. 5. V. también ASÚA GONZÁLEZ, C., *La culpa*, p. 166; y GARRIDO, J. M., “Las permutas”, p. 451. En términos económicos, las discrepancias entre el contrato (aparente) y la eficiencia pueden constituir indicios de la existencia de error, incapacidad u otras circunstancias que muevan a pensar que el contrato no promueve verdaderamente los fines conjuntos de las partes. POSNER, R., *El análisis*, p. 94.

<sup>1101</sup> V. GARRIDO, J. M., “Las permutas”, pp. 448s.; MATEO, J., “Reflexiones”, s/p; MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G. *La comercialización*, p. 132; MORALEJO, I., “Las nomas”, pp. 376-378; PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección”, p. 416; y REDONDO TRIGO, F., “La nulidad”, p. 631.

<sup>1102</sup> Así lo constata, a su vez, para el caso de los productos emitidos por *Lehman Brothers*, BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y., “El caso”, p. 224.

<sup>1103</sup> Si se relaciona con los arts. 1261.2, 1262.1 y 1271, también debe entenderse referido a la prestación o servicio objeto de una obligación. RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Los vicios”, p. 380. V. también MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, p. 577. FERNÁNDEZ-COSTALES MÚÑIZ, J., “Aspectos”, p. 3231, plantea la aplicación analógica a las EC del art. 95.2 del Código de Comercio, que señala que una de las obligaciones de los agentes colegiados es “(p)roponer los negocios con exactitud, precisión y claridad, absteniéndose de hacer supuestos que induzcan a error a los contratantes”.

<sup>1104</sup> V. GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., “La responsabilidad precontractual en la Propuesta”, p. 12.

<sup>1105</sup> Así, los arts. 4:103 PECL, II-3:109 (4) DCFR (en relación con el II-7:201) y 151.1 CEC. V. COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, LANDO, O. y BEALE, H. (Edits.), *Principles*, p. 40 y 229-241 (respecto de los PECL); DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L. y LUNA SERRANO, A. (Trad.), *Código*, Libro Primero, p. 60 (respecto del CEC); GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., “La responsabilidad precontractual en la Propuesta”, p. 13 (respecto de los PECL y el DCFR); MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., “El deber”, pp. 168s. (respecto del CEC); y NASARRE AZNAR, S. “II-3:109: Remedios”, p. 238 (respecto del DCFR y el FS).

<sup>1106</sup> Cfr., en general, ESTEBAN DE LA ROSA, F., “El error”, p. 212; GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, p. 31; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., “El deber”, pp. 168s. (respecto del CEC); y PALACIOS GONZÁLEZ, M<sup>a</sup>. D., “El deber”, p. 89.

condiciones del préstamo en el contrato de crédito al consumo<sup>1107</sup>, como acontece, *v. gr.*, cuando no se proporciona información al cliente acerca de la TAE, en tanto que esta omisión puede generarle un error en relación con el coste total del crédito<sup>1108</sup>.

El error del cliente también puede derivar de una mezcla de omisiones y acciones, como cuando junto con la ausencia de revelación de una información que debía proporcionarse, concurren conductas positivas de la EC que agudizan la incorrecta representación de la realidad de aquel<sup>1109</sup>. Por ejemplo, cuando una EC, al explicar al cliente determinado producto, difumina sus riesgos en la descripción de la eventual rentabilidad o de los escenarios de pérdidas menos perjudiciales, sin señalar que estas podrían ser abultadas o que podría verse comprometido todo el capital.

Similares consideraciones cabe hacer respecto de las prácticas comerciales desleales relacionadas con la transmisión de información, al poder materializarse en una acción o en una omisión<sup>1110</sup>. Cabe recordar que la publicidad efectuada por las EC es un vehículo de información precontractual que, en su caso, puede provocar en el cliente un vicio del consentimiento.

**[252] Carga de la prueba del error invalidante.** En cualquier caso, en aplicación del art. 217.2 LEC, la prueba de los elementos del error invalidante corresponde al cliente que lo alega<sup>1111</sup>. Pero esto debe entenderse sin perjuicio de que, según hemos visto, será la EC la que deba probar el cumplimiento diligente de su obligación precontractual de informar (*v. la SAP Murcia (5) 1-4-11 -FD 3-*<sup>1112</sup>).

**[253] Carácter restringido del error invalidante.** La procedencia del error invalidante es restringida. Cada parte, por regla general, debe soportar las consecuencias de sus yerros, *v. gr.*, por ausencia de información o defecto en ella<sup>1113</sup>. Así, en términos económicos, las reglas relativas al error se encuentran directamente emparentadas con la obligación precontractual de informar, al representar una manera de distribución entre las partes de los riesgos de una defectuosa información, que permite determinar cuál de las dos habrá de asumir las consecuencias de una equivocada percepción de la

---

<sup>1107</sup> *V. la SAP Valencia (6) 7-6-03 (FD 2)*, que considera infringida la LCC por no informarse al cliente al respecto, concluyendo, contrariamente a lo resuelto en primera instancia, que no tiene obligación de pagar el préstamo. *Cfr. NASARRE AZNAR, S.*, “II.-3:101-II.-3:103”, p. 199 (nota 66).

<sup>1108</sup> SANTOS MORÓN, M<sup>a</sup>. J., “Información”, p. 148.

<sup>1109</sup> *V.*, en general, DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, p. 289.

<sup>1110</sup> *V. MASSAGUER, J.*, *Comentario*, p. 223. Conforme al encabezado del vigente art. 5.1 LCD, “(s)e considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos”. Luego, el art. 7.1 LCD establece: “Se considera desleal la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Es también desleal si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto”. En similares términos a estos dos preceptos se manifiestan, respectivamente, el encabezado del art. 6.1 y el art. 7 Directiva 2005/29. *V. SÁNCHEZ RUIZ, M.*, “Comentario”, pp. 100s. y 112-116.

<sup>1111</sup> MATEO, J., “Reflexiones”, s/p.

<sup>1112</sup> Reseñada en CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M<sup>a</sup>. de la C., GALLEGO CÓRCOLES, A. y MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, M<sup>a</sup>. del P., “Crónica jurisprudencial del primer semestre del año 2011 relativa al mercado de valores”, pp. 260s.

<sup>1113</sup> *V. BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y.*, “El caso”, p. 224; DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, p. 209; MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, p. 575; y MORALES MORENO, A-M., *El error*, pp. 218s.

realidad<sup>1114</sup>. La excepcional procedencia del error invalidante justifica también que solo pueda tener lugar a propósito de circunstancias intrínsecas, pero no respecto de las que sean extrínsecas<sup>1115</sup>. Y, en fin, que sea el cliente de la EC quien deba probarlo<sup>1116</sup>.

**[254] Requisitos del error invalidante. Esencialidad.** Tanto la doctrina como la jurisprudencia exigen, para que el error vicie el consentimiento, que sea esencial o relevante y excusable o inimputable a quien lo sufre<sup>1117</sup>. Considerando la gran relevancia de este segundo requisito para este trabajo, su tratamiento lo llevo a efecto se manera separada en el siguiente apartado.

En cuanto a la exigencia de la esencialidad del error, debe tenerse en cuenta que, según la tesis que se siga, puede ser concebida en términos objetivos, en el sentido de que debe recaer sobre aspectos sustanciales del contrato, o en términos subjetivos, en el sentido de que haya sido decisivo en la voluntad de contratar<sup>1118</sup>. A efectos de seguridad jurídica, lo más razonable es entender que el error debe recaer, no en meros motivos subjetivos aislados, sino en elementos incorporados a la causa del contrato o asumidos por ambas partes como conducentes a su celebración, que sin el error no habría tenido lugar (base del negocio, premisas o presuposiciones contractuales). Dichos motivos se relacionan con propósitos comunes a ambas partes, con finalidades buscadas solo por

---

<sup>1114</sup> Cfr. ESTEBAN DE LA ROSA, F., “El error”, p. 195; MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, p. 575; y MORALES MORENO, A-M., *El error*, pp. 88ss.

<sup>1115</sup> Cfr. MORALES MORENO, A-M., *El error*, pp. 156s. El autor apunta que “el error es intrínseco cuando se refiere a lo que constituye, de modo directo, la materia propia del contrato; su ámbito natural de organización de intereses, al que se conecta la causa típica del mismo”. Es extrínseco “cuando se refiere a elementos extraños a la organización de intereses propia del contrato, relacionada con la causa típica del mismo”.

<sup>1116</sup> BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y., “El caso”, p. 224; y GARRIDO, J. M., “Las permutas”, p. 451.

<sup>1117</sup> BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., (Comentario al) “Artículo 1266”, p. 1497; BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, p. 523 (respecto de la contratación con EC); DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, p. 213; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema*, p. 53; FERRES MORALES, D., “Estudio”, pp. 52s.; MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, p. 576; RIBOT IGUALADA, J., (Comentario al) “Artículo 1266”, pp. 1388s.; y RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Los vicios”, pp. 383s. Entre las STS que en materia de contratación con EC dan cuenta de los requisitos del error invalidante cabe mencionar la de 21-11-12 (FD 4) –relativa a un *swap* de tipos de interés (comentada en GARRIDO, J. M., “Las permutas”; y MERCADAL VIDAL, F., y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., “Primeras sentencias”, pp. 39-42)- y, en términos generales, las de 8-1-62, 29-12-78, 4-1-82, 18-2-85, 29-3-94, 28-9-96, 15-2-97, 21-5-97, 28-9-00, 13-5-09 y 12-11-10. Entre las sentencias de segunda instancia destacan, en el caso de los *swaps* de tipos de interés, las SAP Álava (1) 9-9-11 (FD 2); Alicante (8) 22-3-13 (FD 3); Asturias (5) 27-1-10 (FD 7) y 23-7-10 (FD 2), (6) 28-5-12 (FD 6) y (7) 29-10-10 (FD 5), 10-12-10 (FD 2 y 5), 16-12-10 (FD 2 y 5), 18-2-11 (FD 4) y 24-5-11 (FD 4); Ávila (1) 12-1-12 (FD 4); Badajoz (2) 17-5-11 (FD 2); Barcelona (11) 16-12-10 (FD 2) y (19) 9-5-11 (FD 2 y 4); Girona (1) 18-2-11 (FD 5); Islas Baleares (5) 20-6-11 (FD 4 y 5) y 22-7-11 (FD 4); Jaén (3) 27-3-09 (FD 2); León (2) 22-6-10 (FD 2), 21-1-11 (FD 3); 15-7-11 (FD 2), 8-11-11 (FD 2) y 14-12-11 (FD 2); Navarra (1) 11-7-11 (FD 4); Orense (1) 1-12-11 (FD 3) y 3-1-12 (FD 8); Palencia (1) 30-6-11 (FD 4); Pontevedra (1) 7-4-10 (FD 8) –citando una sentencia de primera instancia-; Salamanca (1) 31-1-11 (FD 3), 21-6-11 (FD 3), 29-7-11 (FD 2), 17-10-11 (FD 6) y 13-12-11 (FD 2); Santa Cruz de Tenerife (3) 2-5-11 (FD 4) y 2-6-11 (FD 3); Soria (1) 10-10-11 (FD 3); Toledo (1) 2-11-11 (FD 4); Valladolid (1) 3-11-11 (FD 6); y Zaragoza (5) 4-3-11 (FD 2), 28-3-11 (FD 3) y 20-6-11 (FD 10). V. también, en materia de productos estructurados, la SAP Asturias (6) 23-7-12 (FD 3) y, en materia de adquisición de valores, la de la misma Audiencia (4) 3-5-11 (FD 4); Islas Baleares (5) 2-9-11 (FD 3); y Zaragoza (5) 6-7-11 (FD 2).

<sup>1118</sup> V. ESTEBAN DE LA ROSA, F., “El error”, pp. 203-206.

una que han sido conocidas al contratar por la otra o, en su caso, con las derivaciones a que conducen la ley, los usos sociales o la buena fe<sup>1119</sup>.

Como se ve, existe una íntima conexión entre la obligación precontractual de informar y la esencialidad del error, toda vez que esta resulta útil para concretar el contenido y la extensión de aquella obligación, al estar referida esta a informaciones cuyo desconocimiento o inadecuada representación genera la concurrencia de dicho requisito<sup>1120</sup>. Por citar un ejemplo ilustrativo, en la contratación de un *swap* de tipos de interés la esencialidad del error del cliente puede relacionarse con los riesgos que entraña el producto o con los costes de su cancelación anticipada. Así lo han entendido, respecto de ambos aspectos la SAP Alicante (8) 22-3-13 (FD 3), respecto del primero, las SAP Palencia (1) 30-6-11 (FD 4 y 5); Tarragona (1) 1-9-11 (FD 4); y Valencia (9) 6-10-10 (FD 3); y respecto del segundo, la misma SAP Tarragona antes mencionada y la SAP Valladolid (3) 24-5-11 (FD 3)<sup>1121</sup>.

## ii. Excusabilidad

### 1. Preliminar

**[255] Autoinformación.** Según vimos en el Capítulo I, en la fase precontractual rige como regla general el principio de autoinformación. En su virtud, cada contratante debe recabar diligentemente las informaciones conducentes a una adecuada formación de su

---

<sup>1119</sup> Cfr. BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., (Comentario al) “Artículo 1266”, pp. 1497s.; BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, p. 524 (respecto de la contratación con EC); DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, p. 215; GARRIDO, J. M., “Las permutas”, p. 450; MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, pp. 576s.; MORALES MORENO, A-M., *El error*, pp. 197-202; RIBOT IGUALADA, J., (Comentario al) “Artículo 1266”, p. 1388; y RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Los vicios”, pp. 383s.

<sup>1120</sup> V. GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, p. 31.; y MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G. *La comercialización*, pp. 132-134.

<sup>1121</sup> V. FARRANDO MIGUEL, I., “SWAPS”, pp. 33s. y 46s.; FERRES MORALES, D., “Estudio”, p. 52; GARCÍA ANGULO, B., *Nulidad*, pp. 117-120 (respecto de la cláusula de cancelación anticipada); y MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G. *La comercialización*, pp. 132-134. Teniendo en cuenta que la publicidad también es un vehículo de información precontractual, cabe aludir brevemente a los requisitos que deben concurrir para que sea engañosa. Conforme a los encabezados de los arts. 5.1 LCD y 6.1 Directiva 2005/29, existen dos hipótesis de prácticas comerciales engañosas. En primer término, las que lo son por contener información falsa, caso en el cual no se requiere acreditar que la información ha podido inducir a error al individuo medio. En segundo lugar, las que lo son por inducir a error a dicho individuo o ser susceptibles de hacerlo, a pesar de que la información sea correcta en cuanto a los hechos. En este caso, para determinar si ha habido una falsa representación de la realidad en el destinatario debe prescindirse de analizar el eventual dolo o negligencia del anunciante. En ambos supuestos, la respectiva práctica debe influir en la decisión económica de contratar y estar referida a la información a alguno de los extremos señalados por los aludidos preceptos. Asimismo, cabe tener en cuenta que los arts. 7 LCD y 7 Directiva 2005/29 se refieren a las omisiones engañosas. Para que estemos en presencia de estas, la información omitida u ocultada debe influir en la decisión económica de contratar, sin que sea necesario que induzca a error. A este tipo de información se homologa la que resulta “poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto”. Se trata de las prácticas comerciales encubiertas. El art. 7.2 LCD agrega que “(p)ara la determinación del carácter engañoso de los actos a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al contexto fáctico en que se producen, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación utilizado”. Cfr. SÁNCHEZ RUIZ, M., “Comentario”, pp. 101, 112s., 115 y 126s.; y TEJEDOR MUÑOZ, L., “Protección”, pp. 703s. (ambos autores respecto de la Directiva). V. también MASSAGUER, J., *Comentario*, pp. 218, 223-225 y 228s.

voluntad, siempre que le hayan resultado accesibles, no teniendo su contraparte la obligación de proporcionárselas.

**[256] Protección de la confianza de la EC.** En materia de error, el correlato de la autoinformación está representado por el principio de protección de la confianza depositada por quien recibe la declaración del *errans* en esta (seguridad jurídica). Así, por regla general, la tutela del primero (la EC) prevalece frente a la negligencia del *errans* (el cliente) en procurarse la correspondiente información<sup>1122</sup>. Por esto es que, aun cuando el art. 1266 CC no lo exige, existe consenso doctrinal y jurisprudencial en que el error, para viciar el consentimiento, debe ser excusable<sup>1123</sup>. La exigencia se justifica en que nadie debe sacar provecho de su negligencia y en los principios de autorresponsabilidad (autoinformación) y buena fe<sup>1124</sup>.

El error del cliente de una EC será inexcusable cuando hubiera podido evitarse con el despliegue de una diligencia normal<sup>1125</sup>. A modo de ejemplo, la alegación de una empresa de magnitud significativa con experiencia en contrataciones en el mercado financiero (incluso de carácter sofisticado) consistente en que desconocía los riesgos asociados a las variaciones de la cotización de una moneda extranjera que se toma como referencia en el contrato, no puede estimarse excusable, por encontrarnos ante un error grosero o atribuible a culpa grave<sup>1126</sup>.

**[257] La excusabilidad del error del cliente. Concreciones de la buena fe.** En sentido inverso, cuando el error del cliente es excusable la protección de la confianza de la EC cede ante la de aquel. Un error es excusable cuando no resulta imputable a la víctima (al cliente de la EC), al no poder advertirlo procediendo con un cuidado normal (ignorancia legítima)<sup>1127</sup>. Para su configuración deben tenerse en cuenta una serie de criterios, relacionados con la conducta de ambas partes<sup>1128</sup>.

---

<sup>1122</sup> BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, p. 525 (respecto de la contratación con EC); CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil*, p. 660; DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 299-301 (con cita de diversas STS); DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, p. 216; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema*, p. 53; GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, p. 47; y MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., “El deber”, p. 171 (respecto del CEC). Acerca de los fundamentos del régimen del error (v. gr., protección de la confianza del receptor de la declaración) v. ESTEBAN DE LA ROSA, F., “El error”, pp. 193-195.

<sup>1123</sup> ESTEBAN DE LA ROSA, F., “El error”, pp. 220s.; DE VERDA Y BEAMONTE, J., *Error*, pp. 19ss. y “La reticencia”, pp. 910s. (con cita de variadas STS que recogen este requisito); DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, p. 215; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema*, pp. 53s.; FERRES MORALES, D., “Estudio”, pp. 52s.; GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, pp. 161s.; GARRIDO, J. M., “Las permutas”, pp. 449s.; MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, p. 579; y RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Los vicios”, p. 384. Entre las STS que dan cuenta de esta exigencia puede mencionarse la de 15-11-12 (JUR\2012\389660)-referida a la contratación de unos productos estructurados-, que a su vez menciona las de 4-1-82, 28-9-96, 21-5-97, 17-7-00 y 13-5-09.

<sup>1124</sup> DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, p. 215; MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, p. 579; NASARRE AZNAR, S., “II.-3:101-II.-3:103”, p. 202; y RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Los vicios”, p. 384 (citando a Pacchioni).

<sup>1125</sup> FARRANDO MIGUEL, I., “SWAPS”, p. 34.

<sup>1126</sup> DE SÁ, A., *Direito*, pp. 98s.

<sup>1127</sup> V. DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, p. 328; GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, p. 162; MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, p. 579; y MORALES MORENO, A.-M., *El error*, p. 217 (siguiendo la STS 4-1-82).

<sup>1128</sup> ESTEBAN DE LA ROSA, F., “El error”, p. 221; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, pp. 215s.; y MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, p. 579 (con cita, en la nota 250, de las STS que han dado cuenta en profundidad de los mismos).

Según expusiera *supra* § 54, la evaluación de la excusabilidad del error se relaciona con las concreciones de la buena fe. Estas pueden conducir a la imposición de la obligación precontractual de informar, cuyo incumplimiento redunda en la concurrencia de un error invalidante. Para concretar el principio de buena fe en orden a determinar si resulta procedente la imposición de dicha obligación y la subsiguiente excusabilidad del error, deben considerarse diversos factores. Así, si existe una norma legal que establezca la obligación de informar; el tipo de contrato; la complejidad de la relación; la condición de las partes (lego o profesional o empresario); la imposibilidad en que pueda haberse encontrado una de ellas de procurarse la información relevante; la circunstancia de que un consumidor haya solicitado una información que no pudiera negársele sin deslealtad por un experto; el comportamiento de los contratantes; la situación de confianza eventualmente concurrente; el coste de la información; y la circunstancia de ser o no aplicable el deber de velar por los intereses de la contraparte, como ocurre en los contratos que suponen relaciones de confianza y asesoramiento (*v. gr.*, servicios de inversión).

**[258] Posición de la jurisprudencia.** Las sentencias que se decantan por estimar excusable el error del cliente de una EC con la subsiguiente anulación del contrato, tienen en cuenta los aludidos factores, pero sobre todo algunos de ellos. Así, primero, el carácter profesional de las EC y su conocimiento del mercado financiero. Segundo, la posibilidad, derivada de lo anterior, de reconocer el error del cliente. Tercero, el incumplimiento por parte de aquellas empresas de su obligación precontractual de informar, tanto al proporcionar información al cliente como, en su caso, al recabarla de él. Cuarto, las características del respectivo producto o servicio, sobre todo su complejidad, avalada, en su caso, por su naturaleza y operativa, así como, incluso, por la imposibilidad o gran dificultad de comerciales y directores de sucursal para explicarlo. Quinto, la circunstancia de haberse recomendado al cliente determinada operación por la propia entidad. Sexto, la situación particular de confianza existente entre la EC y el cliente. Séptimo, la concurrencia en el cliente de un grado de conocimientos, experiencia o cualificación que le impide comprender cabalmente la respectiva operación. Este último es el criterio mayormente tenido en cuenta por los tribunales.

Las resoluciones que estiman que el error esgrimido por el cliente no es excusable, con el consiguiente mantenimiento de la validez contractual, se basan principalmente en la concurrencia de un grado de conocimientos, experiencia o cualificación en aquel que le permite comprender la respectiva operación, así como en el cumplimiento de los requerimientos informativos por parte de la EC. Tratándose de clientes empresarios, se basan, asimismo, en la magnitud económica de su negocio y en la existencia de contrataciones precedentes en el mercado financiero, a veces de elevada complejidad y riesgo<sup>1129</sup>.

En síntesis, en orden a la verificación de la concurrencia de la obligación precontractual de informar de las EC y de la excusabilidad del error del cliente deben tenerse en cuenta tres factores: la situación de confianza eventualmente existente, las circunstancias del cliente y la conducta de la EC.

---

<sup>1129</sup> V. MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, pp. 135ss. (acerca de los *swaps* de tipos de interés).

## 2. Situación de confianza

[259] **Síntesis.** Según advirtiera *supra* § 57, en la etapa precontractual los clientes de las EC tienen diversos motivos objetivos para confiar en que la información que les proporcionan dichas entidades es la adecuada. Es más, los clientes tienen razones suficientes para confiar en que en dicha etapa serán informados acerca de los datos relevantes para manifestar una voluntad con conocimiento de causa, sobre todo aquellos clientes cuyos conocimientos, experiencia o cualificación les impiden comprender satisfactoriamente la respectiva operación. La consecuencia de esta constatación es, según concluyera, que sobre las EC recae la obligación general de informar a tales clientes acerca de las presuposiciones contractuales. Así, cuando los clientes contratan servicios financieros, sobre todo aquellos afectados por asimetría informativa en los referidos términos, lo hacen en la convicción, derivada de la legítima confianza que pueden depositar en las EC, de que la información recibida es la idónea, aun cuando en su caso resulte escasa o de dificultosa comprensión.

De este modo, la situación de confianza existente entre las EC y los clientes es uno de los factores que hace nacer la obligación precontractual de informar de aquellas empresas, desapareciendo así la necesidad de que los clientes que se encuentren en la aludida circunstancia de asimetría informativa, se procuren la correspondiente información o, lo que es lo mismo, la de proteger la confianza de la EC en la declaración del cliente. Ello redundará, en su caso, en la excusabilidad del error de la víctima<sup>1130</sup>. Naturalmente, no se trata de avalar una confianza subjetiva, sino una objetiva, legítima y razonable, conocida por la otra parte, de forma que pueda concluirse que cualquier contratante medio que obra con diligencia hubiera tenido el mismo grado de confianza<sup>1131</sup>.

La protección de la confianza se funda en el principio de “seguridad en el tráfico jurídico”. En su virtud, se debe otorgar tutela a quien, obrando de buena fe, celebra un contrato basado en la confianza razonable provocada de manera objetiva por una situación de apariencia generada o mantenida por otro<sup>1132</sup>.

[260] **Causas y prueba de la confianza del cliente.** La confianza de uno de los contratantes en que será informado por el otro o en que la información que recibe es la adecuada puede derivar de diversas causas. Así, de la naturaleza del contrato, incluida su complejidad; de las cualidades de las partes (*v. gr.*, condición de profesional o redactor de condiciones generales de una de ellas); de la situación o comportamiento (expreso o tácito) del deudor de la información; y de las informaciones que el acreedor hubiera recibido de este<sup>1133</sup>, sobre todo ante la formulación de preguntas<sup>1134</sup>. La

<sup>1130</sup> Cfr. BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y., “El caso”, p. 224; DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 310-312; y NASARRE AZNAR, S., “II-3:101-II-3:103”, pp. 203s.

<sup>1131</sup> Cfr. DE SÁ. A., *Direito*, pp. 94s.; DEL OLMO GARCÍA, P., “Responsabilidad”, p. 348; DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, p. 67; y BLASCO GASCÓ, F. de P., “El Contrato”, p. 39 (respecto de la ruptura injustificada de tratos).

<sup>1132</sup> DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, pp. 72s.

<sup>1133</sup> V. BASOZABAL ARRUE, X., “En torno”, pp. 683 y 686s.; GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, p. 45s. (siguiendo a Ghestin); GHESTIN, J., “The Precontractual Obligation”, pp. 163ss.; NASARRE AZNAR, S., “II-3:101-II-3:103”, p. 201; MORALES MORENO, A-M., *El error*, p. 230; y STIGLITZ, R., “La obligación”, pp. 51s.

<sup>1134</sup> V. DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, p. 312. En caso de dolo, deriva de la inducción a confiar que genera la maniobra engañosa.



confianza del cliente resultará reafirmada si el destinatario de su declaración conocía o debía conocer el error en que se encontraba<sup>1135</sup>. Y, asimismo, si conocía la existencia de una causa de invalidez del contrato o la presencia, en el momento de celebrarlo, de circunstancias que variaban negativamente sus presuposiciones en el sentido de poder conducir a un incumplimiento del mismo<sup>1136</sup>.

En cuanto a la prueba de la confianza desencadenante de la obligación precontractual de informar, cabe advertir que puede presumirse o derivar de las circunstancias del caso. Podrá presumirse en las relaciones generadas por determinados tipos de contrato (*v. gr.*, mandato) y en las entabladas entre profesionales y profanos. Eso sí, en estas últimas, lo que explica el surgimiento de dicha obligación es, más bien, la asimetría informativa. En segundo término, la confianza del cliente podrá derivarse de las circunstancias del caso cuando se acredite una permanencia o habitualidad de tratos entre los contratantes, el cambio de la realidad informada en virtud de circunstancias posteriores producidas antes de la celebración del contrato o la existencia de declaraciones verdaderas en lo literal pero engañosas<sup>1137</sup>. En cualquier caso, debe considerarse qué es lo que hubiera podido deducir en el supuesto concreto un “buen padre de familia”<sup>1138</sup>.

**[261] Posición de la jurisprudencia.** De conformidad con las precedentes consideraciones, las sentencias judiciales en estas materias entienden concurrente la confianza de los clientes en las EC teniendo en cuenta diversos factores<sup>1139</sup>. En primer lugar, la condición de profesional del mercado financiero de dichas empresas o su condición de redactoras de las condiciones generales. Sobre todo tratándose de clientes profanos en la contratación del respectivo producto o servicio y, asimismo, de clientes que han mantenido relaciones previas con la entidad. En segundo término, el tipo de contrato. Así, consideran que concurre la aludida confianza cuando un cliente celebra con una EC un contrato de mandato o comisión mercantil<sup>1140</sup> o uno que imponga a dicha empresa la obligación de velar por los intereses de aquel como si fuesen propios (*v. gr.*, gestión de una cartera). En tercer lugar, el comportamiento expreso o tácito de la EC. De este modo, los tribunales aprecian la concurrencia de dicha confianza cuando una EC proporciona al cliente determinadas informaciones, sobre todo ante la formulación de preguntas. Los conflictos se presentan cuando dichas informaciones han sido inexactas, han resultado modificadas por circunstancias posteriores acontecidas antes de la celebración del contrato o han consistido en declaraciones verdaderas en lo literal pero engañosas. En fin, a la acreditación de la confianza del cliente contribuye, en su caso, que la EC haya conocido o debido conocer la existencia de una causa de invalidez

---

<sup>1135</sup> BASOZABAL ARRUE, X., “En torno”, pp. 686s. (siguiendo a Rehm); y DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, p. 313.

<sup>1136</sup> DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 316s.; y NASARRE AZNAR, S., “II-3:101-II-3:103”, p. 203.

<sup>1137</sup> DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 322-325.

<sup>1138</sup> BASOZABAL ARRUE, X., “En torno”, p. 696.

<sup>1139</sup> MORALEJO, I., “Las nomas”, pp. 377s.

<sup>1140</sup> Es lo que ocurre frecuentemente en algunos casos judicializados de prestación de servicios de inversión, en los que el cliente ha celebrado con la ESI un contrato de comisión mercantil encargándole la compra de determinados instrumentos financieros. Sin perjuicio de la celebración específica, en su caso, de un contrato de asesoramiento o de gestión de cartera. V. BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y., “El caso”, pp. 214-217. En relación con la confianza suscitada por el contrato de gestión de cartera *v. la STS 18-4-13 (FD 6 y 7)*. La STS está reseñada y comentada en LYCZKOWSKA, K., “Responsabilidad”, pp. 1-7.

del contrato o la presencia, en el momento de celebrarlo, de circunstancias que alteran negativamente sus presuposiciones conduciendo a un incumplimiento del mismo<sup>1141</sup>.

En todo caso, aun cuando la confianza del cliente suele ser tenida en cuenta por las resoluciones judiciales a la hora de imponer a las EC la obligación precontractual de informar y estimar la excusabilidad del error de aquel, la consideración fundamental a dicho efecto es la relativa a las circunstancias personales del cliente.

### 3. Circunstancias del cliente

**[262] Síntesis.** En orden a la imposición de la obligación precontractual de informar a las EC y a la verificación de la excusabilidad del error resulta fundamental tener en cuenta las circunstancias personales de la parte que yerra, esto es, de la que reclama ser la acreedora de aquella obligación (el cliente de la EC). Entre dichas circunstancias destacan su edad, nivel cultural y condición profesional. En algunos casos estas circunstancias avalarán la pretensión del cliente y, en otros, la tornarán inadmisibles<sup>1142</sup>.

En el anterior sentido, la jurisprudencia suele tener en cuenta el nivel de conocimientos, experiencia o cualificación del cliente a la hora de verificar si las EC han cumplido o no con su obligación precontractual de informar y determinar si el error del cliente ha sido excusable. Adviértase, eso sí, que si bien este proceder resulta correcto en un amplio espectro de supuestos, puede que no lo resulte en todos. Cabe tener en cuenta, desde ya, que la vulneración de las disposiciones sobre información precontractual aplicables a las EC podría dar lugar a la nulidad de pleno derecho, especialmente por infracción de normas imperativas, en conformidad al art. 6.3 CC. De acogerse esta posibilidad, la evaluación del nivel de conocimientos, experiencia o cualificación del cliente, llegado el caso, debería ceder ante la constatación de la infracción normativa (v. *infra* III.8.e).

Teniendo en cuenta que la evaluación de la situación personal del cliente resulta determinante para la jurisprudencia, corresponde ahora examinar los factores que contribuyen a la estimación de la excusabilidad de su error y los que permiten desestimarla.

**[263] Estimación de la excusabilidad del error del cliente.** Contribuirá a la estimación de la excusabilidad del error del cliente, cuando no hubiera recibido la información que debía suministrársele, la concurrencia en él de un nivel de

---

<sup>1141</sup> A modo de ejemplo, la STS 22-12-09 (FD 1) señala que “no puede aceptarse que el error en el consentimiento sea imputable a los clientes (...), pues teniendo presente el perfil de los consumidores afectados, éstos actuaron en la confianza del asesoramiento que recabaron de los profesionales de banca”. Por su parte, la SAP Salamanca (1) 11-10-12 (FD 2) declara la nulidad por error de un seguro de hipoteca inversa, por haber infringido la EC los designios de la buena fe y los parámetros de la relación de confianza, al entregar a la clienta una información discordante con el contrato concluido. Agrega que la EC no acreditó suficiente e indubitablemente que la información fuese completa, así como que había sido perfectamente comprendida por la clienta, conducta que –en concepto de la Audiencia– avala la excusabilidad del error. V. también las SAP Alicante (8) 22-3-13 (FD 3); Córdoba (1) 30-1-13 (FD 2 y 3); y Valencia (9) 26-4-06 (FD 5).

<sup>1142</sup> Cfr., en general, GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1472 (respecto de la profesionalidad); GHESTIN, J., “The Pre-contractual Obligation”, pp. 161s.; MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, p. 579; y NASARRE AZNAR, S. “II-3:101-II-3:103”, p. 202. Y, respecto de las EC, BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y., “El caso”, pp. 225-228; DE SÁ. A., *Direito*, pp. 86s.; RALUCA STROIE, I., “Deberes de información”, p. 126; y TAPIA HERMIDA, A., “La jurisprudencia reciente”, p. 329.

conocimientos, experiencia o cualificación situado bajo de determinado umbral<sup>1143</sup>. En este sentido, contribuirán a dicha estimación las escasas posibilidades del cliente de acceder a la información relevante si se las compara con las de su contraparte (costes de acceso asimétricos)<sup>1144</sup>.

La principal consideración tenida en cuenta por los tribunales en orden a apreciar dicha excusabilidad es, aparte de los incumplimientos informativos en sí mismos por parte de las EC (principalmente en materia de características y riesgos del producto), la concurrencia en el cliente de un nivel de conocimientos, experiencia o cualificación que le impide comprender cabalmente la respectiva operación<sup>1145</sup>. Las resoluciones judiciales en estas materias suelen apreciar dicha excusabilidad a pesar de poseer el cliente cierta formación (incluso en temas financieros), haber contratado previamente productos financieros o ser una empresa<sup>1146</sup>. Asimismo, resulta frecuente que las resoluciones judiciales entiendan que concurre la excusabilidad a pesar de que el cliente no haya leído el contrato, principalmente en consideración a la relación de confianza existente con la EC y a la complejidad del clausulado<sup>1147</sup>.

Entre las resoluciones relevantes en el anterior sentido destacan las siguientes SAP:

*Swaps de tipos de interés:*

- Asturias (4) 17-5-13 (FD 8). Relativa a una licenciada en ciencias empresariales sin experiencia en la contratación de inversiones, sino solo en la de productos bancarios tradicionales.

- Asturias (5) 16-2-11 (FD 2). Referida a una empresa informática con un solo trabajador (su representante legal), con un volumen económico menor y sin asesor financiero, sino solo con uno fiscal, que declaró no saber nada acerca del producto en litigio<sup>1148</sup>.

- Asturias (7) 10-12-10 (FD 4). Referida a una SL de comercio al por menor de accesorios y útiles de jardinería, siendo un negocio familiar dirigido por dos socios sin particulares conocimientos para sopesar el riesgo del producto y percatarse de las previsiones de evolución del mercado sin información idónea.

- Asturias (7) 24-5-11 (FD 4). Relativa a una pequeña empresa de pinturas, sin que se haya acreditado su contratación previa de productos financieros complejos.

- Asturias (7) 25-7-11 (FD 4). Referida a una pequeña empresa comercializadora de azulejos que no consta que haya contratado productos financieros complejos previamente<sup>1149</sup>.

---

<sup>1143</sup> Cfr., en general, DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, p. 216 (con cita de STS).

<sup>1144</sup> V., en general, BASOZABAL ARRUE, X., “En torno”, p. 701; FABRE-MAGNAN, M., *De l’obligation*, pp. 201s.; GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, pp. 21s. y 89; y NASARRE AZNAR, S., “II.-3:101-II.-3:103”, p. 202. En relación con la posición de las partes frente a la información v. *supra* § I.6.d. ii.2.

<sup>1145</sup> V. BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y., “El caso”, pp. 225s.; FARRANDO MIGUEL, I., “SWAPs”, pp. 38-43; FERRES MORALES, D., “Estudio”, pp. 52-55; NASARRE AZNAR, S., “Malas prácticas”, pp. 2693s.; RALUCA STROIE, I., “Deberes de información”, p. 126; y TAPIA HERMIDA, A., “Doctrina jurisprudencial”, p. 266.

<sup>1146</sup> FARRANDO MIGUEL, I., “SWAPs”, pp. 39-43; GARCÍA ANGULO, B., *Nulidad*, pp. 61-67; MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, pp. 146-148; y RALUCA STROIE, I., “Deberes de información”, pp. 144-148.

<sup>1147</sup> V. FARRANDO MIGUEL, I., “SWAPs”, pp. 56s. (comentando la jurisprudencia en materia de *swaps* de tipos de interés).

<sup>1148</sup> Reseñada en CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M<sup>a</sup>. de la C., GALLEGO CÓRCOLES, A. y MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, M<sup>a</sup>. del P., “Crónica jurisprudencial del primer semestre del año 2011 relativa al mercado de valores”, pp. 267s.

<sup>1149</sup> Reseñada en CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M<sup>a</sup>. de la C., GALLEGO CÓRCOLES, A. y MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, M<sup>a</sup>. del P., “Crónica jurisprudencial del segundo semestre del año 2011 relativa al mercado de valores”, pp. 303-305.

- Badajoz (2) 17-5-11 (FD 6). Desestima que la profesión de ingeniero topógrafo del representante legal de la SA demandante tuviera trascendencia, al no acreditarse que contara con especiales conocimientos financieros.
- Girona (1) 18-2-11 (FD 3). Constata la inexperiencia en materias financieras de una empresa de venta minorista de instrumentos musicales.
- Girona (1) 1-9-11 (FD 4). Respecto del representante de la sociedad actora y de esta misma señala que es irrelevante (además de no haberse probado) que aquel haya sido administrador de diversas sociedades y que la segunda lleve a cabo actividades inmobiliarias, ya que ello no les hace “conocedores del funcionamiento de productos de inversión complejos, aleatorios y especulativos”.
- Jaén (3) 27-3-09 (FD 2). Apunta que la experiencia del cliente en la contratación de diversos productos financieros, incluso de inversión, no significa que conociese las condiciones del enjuiciado.
- Las Palmas (5) 6-10-11 (FD 3). Referida a dos SL dedicadas, una, a las reclamaciones indemnizatorias por accidentes y, ambas, a actividades inmobiliarias.
- Lugo (1) 8-2-11 (FD 2). Señala que el administrador de una SL no cuenta con experiencia inversora, habiendo convenido antes solo operaciones simples y tradicionales, sin que se haya probado que el haber trabajado en el pasado para una entidad financiera implicara conocimientos para comprender lo que suscribía.
- Lugo (1) 23-4-12 (FD 3). Referida a un joven transportista sin conocimientos financieros, que necesitaba adquirir un camión. Para ello tuvo que celebrar cuatro contratos (leasing, plan de pensiones, póliza de préstamo de garantía personal y *swap*).
- Murcia (5) 14-12-11 (FD 3). Relativa a una SL familiar de explotación agraria, uno de cuyos miembros no contaba con estudios superiores, centrándose su actividad en el trabajo agrícola; el otro (encargado de las cuentas) era funcionario policial; y el tercero carecía de formación académica, habiéndose desempeñado hasta su jubilación en la agricultura.
- Orense (1) 1-12-11 (FD 6). Para esta, el hecho de que el representante de la demandante sea licenciado en empresariales no significa que el error deba calificarse de inexcusable, al haberse licenciado hace casi veinte años, no haberse nunca dedicado profesionalmente a la actividad económica y, pese a sus conocimientos en la esfera de su empresa, no acreditarse que estos supusieran conocimiento del ámbito financiero.
- Palencia (1) 30-6-11 (FD 5). Apunta que los estudios en administración de empresas del hijo de quien contrató por la demandante, aparte de que consistiesen solo en una diplomatura y a pesar de que proporcionasen conocimientos en negocios bancarios, no le convierten en experto o conocedor de los mismos de manera tal que una simple lectura del contrato le posibilitara apreciar todas sus implicaciones.
- Segovia (1) 10-10-11 (FD 2). Referida a una mujer de mediana edad, del ámbito rural y acerca de quien no constan estudios superiores o financieros.
- Toledo (1) 2-11-11 (FD 4). Para esta, el hecho de contar el administrador de la SL contratante con una licenciatura universitaria y con la experiencia propia de dicha empresa en la gestión de sus negocios, no obsta a la concurrencia de un error excusable.
- Valladolid (3) 7-6-11 (FD 3). Se refiere a un médico sin preparación en el terreno financiero, que no consta que poseyera experiencia inversora o en operaciones especulativas y que previamente había obtenido un crédito hipotecario conviniendo un instrumento de cobertura no especificado ni acreditado en el juicio.
- Zamora (1) 18-7-11 (FD 4). Indica que si los empleados de la EC y el Director de la sucursal no estaban capacitados para informar respecto del contrato, menos aun el demandante para comprenderlo sin dificultad, a pesar de ser el administrador único y participe en diversas sociedades, sin que la suscripción de variados contratos de préstamo, crédito y préstamo hipotecario le haya otorgado la formación financiera adecuada.
- Zaragoza (5) 20-6-11 (FD 7). Para esta, un corredor de seguros que había convenido productos de renta variable y, principalmente, de renta fija, no cuenta con la experiencia y cualificación suficientes para adoptar decisiones de inversión y apreciar adecuadamente sus riesgos, al haber sido catalogado por la EC como minorista, si bien –dice el tribunal- debe tenerse en cuenta su experticia en materia de documentación contable y actuarial<sup>1150</sup>.

---

<sup>1150</sup> V. también las SAP Álava (1) 5-5-11 (FD 2) -licenciada en empresariales que no había trabajado antes en materias financieras ni conocía la clase de producto contratado-; Alicante (8) 22-3-13 (FD 3) –relativa a una SL ajena al ámbito bancario-; Asturias (4) 2-3-11 (FD 5) –relativa a una SL- y 7-11-11 (FD 3) y 12-1-12 (FD 3) –que advierte que no cabe confundir los conocimientos de una empresa acerca del producto enjuiciado con los adquiridos por ella en la previa contratación de productos bancarios comunes en la práctica cotidiana- y (6) 28-5-12 (FD 5) –minero con estudios primarios- y (7) 29-10-10 (FD 4) –sociedad constructora-, 18-2-11 (FD 4) –cliente que sólo había contratado productos no complejos- y 21-

*Participaciones preferentes:*

- Córdoba (1) 30-1-13 (FD 2 y 3). Relativa a un contrato de gestión de cartera referido a unas participaciones preferentes de un banco extranjero. En este caso la clienta era una graduada escolar que anteriormente solo había encomendado a la entidad la adquisición de letras del tesoro y contratado con ella un depósito a plazo fijo. La sentencia considera que la discrepancia entre la información contenida en el contrato (que indicaba la fecha de amortización del producto) y el carácter perpetuo de las participaciones preferentes nos coloca ante un escenario no ya de información imperfecta o errónea, sino de contradicción sustancial entre lo que efectivamente firmaba la clienta y las reales características del producto.

- Madrid (10) 26-6-12 (FD 4). Relativa a unas participaciones preferentes de bancos extranjeros. En este caso el cliente era graduado social con contrataciones previas de productos bancarios y participación en operaciones de bolsa.

- Murcia (5) 1-4-11 (FD 1). Referida a unas participaciones preferentes de un banco islandés comercializadas a una clienta no experimentada en inversiones, pero con contrataciones previas de productos financieros, a quien no se informó acerca de la posibilidad de pérdida total o parcial del capital invertido. El tribunal entiende que la mera mención del *rating* de la emisión en los anexos del contrato no implica información adecuada respecto del riesgo del producto<sup>1151</sup>.

- Pontevedra (6) 25-4-12 (FD 2). Relativa a unas participaciones preferentes emitidas por una entidad distinta de la intermediaria, siendo la clienta una persona mayor que antes se había limitado a invertir en un fondo de renta fija garantizado<sup>1152</sup>.

- Valencia (9) 5-3-13 (FD 3). Referida a un matrimonio de personas mayores –un conserje jubilado y un ama de casa (con ocasionales trabajos como limpiadora)-, de limitados medios económicos, con instrucción básica y que habían contratado antes productos bancarios sencillos. Uno de los clientes

---

10-11 (FD 3) –pequeña empresa dedicada al rubro de plantas y decoraciones, cuyo administrador no consta que con anterioridad hubiera contratado productos financieros complejos-; Badajoz (3) 26-1-12 (FD 3) –que consigna que la experiencia de una empresa a los efectos tenidos en cuenta no puede colegirse de la circunstancia de haber contratado productos bancarios no complejos, sin que en el caso enjuiciado el cliente haya podido conocer el riesgo del producto al no haber tenido lugar todavía ninguna liquidación negativa ni el otorgamiento de información adecuada-; Barcelona (15) 19-4-12 (FD 5); Cáceres (1) 26-3-12 (FD 8) –que apunta que el conocimiento de un empresario del objeto de su empresa no supone conocimientos acerca del mercado financiero-; Guipúzcoa (2) 20-7-11 (FD 3) –relativa a unas SL-; Islas Baleares (5) 20-6-11 (FD 5) –relativa a una SL- y 22-7-11 (FD 7) –referida a una persona en relación con la cual no se comprueba que participara en operaciones financieras distintas de las tradicionales y simples de la práctica bancaria-; León (2) 22-6-10 (FD 2) –referida a una SL- y 14-12-11 (FD 3) –caso en que si bien el representante legal de la entidad actora había contratado productos similares con otra EC, uno de ellos se había extinguido sin consecuencias perjudiciales y el otro empezó a generar efectos negativos en paralelo con el enjuiciado, mientras que los otros dos habían sido concertados con la misma EC demandada y cancelados sin coste por esta en orden a que no generasen liquidaciones negativas adicionales para el cliente, lo que lleva al tribunal a sostener que de dichas circunstancias no pueden derivarse suficientes conocimientos para comprender un contrato como el enjuiciado-; Lugo (1) 27-9-11 (FD 2) –relativa a una SL-; Murcia (1) 21-11-11 (FD 3) –referida a una SA-; Palencia (1) 9-2-12 (FD 3) –relativa a un ama de casa y a su cónyuge albañil-; Pontevedra (1) 30-9-11 (FD 2) –referida a una persona física-; Salamanca (1) 29-7-11 (FD 4) –que apunta que los representantes legales de la entidad actora solo poseen conocimientos contables acerca de su negocio- y 13-12-11 (FD 4); Soria (1) 10-10-11 (FD 3) –que consigna que el actor (una persona física) no cuenta con formación económica técnica-; Santa Cruz de Tenerife (3) 2-6-11 (FD 4) –que considera que los representantes legales y los socios de la SA actora son expertos, como mucho, en cuanto al objeto social de su empresa, mas no en cuestiones financieras-; Valencia (9) 16-11-11 (FD 3) –que apunta que ni del volumen de la SL actora ni de la contratación por esta de productos bancarios no complejos pueden desprenderse conocimientos financieros importantes en relación con operaciones como la enjuiciada-; Valladolid (3) 28-9-11 (FD 4) –relativa a una SL-; y Zaragoza (5) 19-3-12 (FD 7) –referida a un graduado escolar y empresario que había suscrito préstamos y líneas de descuento con anterioridad-. Una exposición de otras resoluciones que declaran la nulidad del contrato de *swap* de tipos de interés en RALUCA STROIE, I., “Deberes de información”, pp. 137-150.

<sup>1151</sup> Sentencia reseñada en CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M<sup>a</sup>. de la C., GALLEGO CÓRCOLES, A. y MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, M<sup>a</sup>. del P., “Crónica jurisprudencial del primer semestre del año 2011 relativa al mercado de valores”, pp. 260s.

<sup>1152</sup> Reseñada críticamente en CARRASCO PERERA, Á., “Paisaje judicial”, p. 3.

padecía una atrofia cerebral con apreciables trastornos conductuales, habiendo sido posteriormente declarado incapaz.

#### *Bonos:*

- Asturias (4) 3-5-11 (FD 4). Considera que la alusión de la EC consistente en que el producto contratado (bonos emitidos por un banco islandés) se encontraba garantizado, implicaba para una persona como el cliente (carente de conocimientos y experiencia en los mercados financieros) que era la entidad demandada quien asumía la garantía de los valores, no siendo una mera intermediaria<sup>1153</sup>.

- Madrid (10) 1-2-12 (FD 44). La sentencia confirma la de primera instancia, que había declarado la nulidad de la orden de suscripción de un bono emitido por un banco extranjero y del contrato de depósito de los valores a consecuencia de la ausencia de información a los clientes respecto del emisor. No obstante, contrariamente a la resolución apelada, considera que no hubo dolo de la EC, sino solo error invalidante. Lo interesante de este caso es que uno de los clientes era Licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales, había desempeñado altos cargos en distintas EC nacionales y extranjeras, incluida la demandada, y había invertido antes en productos arriesgados, siendo conocedor del mercado de valores y de los diferentes productos de inversión, que él mismo había comercializado. Finalmente, la Audiencia considera que a los clientes no se informó adecuadamente acerca de la situación del emisor y garante de los bonos, posteriormente devenida en su quiebra, a pesar de ser dicha situación ya bastante comprometida al momento de cursarse la orden de compra, debiendo esta circunstancia ser conocida por los empleados de la entidad.

- Madrid (11) 26-3-12 (FD 3). Relativa a una SL dedicada al tráfico de bienes muebles que contrata un bono señalándose a su administrador que se trataba de un instrumento de renta fija, sin que se le haya informado de que no se garantizaba el capital y ni siquiera haya figurado en la CNMV información respecto de la emisión.

#### *Servicios bancarios:*

- SAP Salamanca (1) 11-10-12 (FD 2). Declara la nulidad por error de un seguro de hipoteca inversa, aparte de por defecto informativo, por el hecho de ser la clienta una anciana de ochenta y siete años, afectada por una discapacidad física y sensorial del noventa y cuatro por ciento y con una enfermedad neurológica grave a consecuencia de un tumor cerebral. Adicionalmente, considera que un contrato concluido con un incapaz solo puede ser válido si le beneficia a él y no a su contraparte como en este caso (en aplicación del art. 1304 CC).

Otra cuestión relevante en orden a la apreciación de la excusabilidad del error de los clientes de las EC en caso de incumplimiento de la obligación precontractual de informar que recae sobre dichas empresas se relaciona con la determinación de las consecuencias que puede tener a tal efecto la existencia de un folleto informativo de una emisión de valores. En mi opinión, en el caso de los clientes minoristas, no basta, en orden a estimar concurrente la aludida excusabilidad, la circunstancia de que la información relevante haya estado contenida en un folleto de aquel tipo. Las exigencias de la normativa MiFID, precisamente, parten de la premisa de que la información reglada a través de dichos folletos no resulta suficiente en relación con los clientes, sobre todo minoristas, razón por la cual impone a las ESI, según hemos visto, detalladas obligaciones en materia de información<sup>1154</sup>. Así, en último término, lo relevante en

<sup>1153</sup> Reseñada en TAPIA HERMIDA, A., “Jurisprudencia”, pp. 275s.

<sup>1154</sup> V. ALONSO ESPINOSA, F., “Participaciones preferentes”, pp. 12s. En la primera p. el autor señala lo siguiente: “La simple disposición de la información legal sobre un valor o instrumento de inversión y su emisor no produce el efecto de capacitar a todo inversor para evaluar su naturaleza y riesgos ni para evaluar la situación financiera actual y previsible de su emisor. Ésta no es la realidad ni la función de la información ante el inversor minorista. Por ello, se ha de afirmar el nacimiento de obligaciones de responsabilidad del emisor y demás sujetos intervinientes en la colocación de los valores con independencia del mecanismo de autotutela basado en una información que no puede ser funcional ni eficiente cuando se trate de (i) valores o instrumentos de inversión cuyo contenido se aleje de las distinciones elementales (acciones cotizadas en mercado regulados, bonos u obligaciones tradicionales y asimilados como los denominados «instrumentos del mercado monetario», la simpleza de la deuda

orden a la apreciación de la excusabilidad del error del cliente es si la EC le proporcionó una información adecuada en el momento de contratar, con independencia de la existencia del referido folleto informativo.

También resulta trascendente en orden a la apreciación de la excusabilidad del error de los clientes de las EC en estas materias determinar las consecuencias que puede tener la aceptación por parte de dichos clientes de una cláusula de conocimiento y asunción de los riesgos de la respectiva operación.

En general, en los casos en que el riesgo por una incorrecta información ha sido distribuido de forma explícita o implícita en el contrato no se presenta el problema de la excusabilidad del error<sup>1155</sup>. No obstante, las cláusulas sobre exoneración o limitación de responsabilidad referidas a supuestos de defectos informativos solo pueden considerarse legítimas si han superado el control de incorporación de las condiciones generales y, en su caso, el de contenido<sup>1156</sup>.

En la contratación con EC la asimetría informativa que afecta a la mayor parte de su clientela obsta a la legitimidad de la aludida distribución. A esto cabe agregar, de modo congruente con lo anterior, que las normas de conducta aplicables a dichas empresas son de índole imperativa. Y, asimismo, que en el caso de consumidores, las referidas cláusulas pueden catalogarse como abusivas por ser contrarias a la buena fe y producir un desequilibrio importante en las prestaciones contractuales<sup>1157</sup>. Cabe tener presente, en fin, que las cláusulas globales de conocimiento y aceptación de las condiciones generales no resultan legítimas porque con ellas no se logra el conocimiento efectivo de las mismas por parte del adherente<sup>1158</sup>.

En síntesis, aun cuando en términos generales los pactos relativos al error deban considerarse como válidos, no deberán serlo cuando concurra culpa o estemos en el ámbito de leyes imperativas<sup>1159</sup>. Por esto es que solo resultan legítimos en relación con los “grandes clientes” de las EC, pero no respecto de aquellos cuyos conocimientos, experiencia o cualificación les impiden comprender una operación.

En consonancia con las anteriores ideas, los tribunales suelen privar de valor a las cláusulas de conocimiento y asunción de los riesgos de la respectiva operación por parte del cliente si no se han considerado por la EC las circunstancias de aquel. Para estas decisiones judiciales lo importante es, en definitiva, si se proporcionó o no información adecuada al cliente en el momento de contratar. A esta conclusión llegan, entre otras, las SAP Asturias (5) 15-3-13 (FD 2) –relativa a unas obligaciones subordinadas- e Islas Baleares (3) 13-11-12 (FD 4) -referida a un contrato de adquisición de valores-<sup>1160</sup>.

---

pública o las participaciones en instituciones de inversión colectiva); y (ii) cuya suscripción o colocación tiene lugar entre inversores minoristas, máxime si tal colocación es efectuada a iniciativa del propio emisor y mediante trato personal y directo con los tales clientes minoristas”.

<sup>1155</sup> DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 297s.

<sup>1156</sup> MATEU DE ROS, R., “El consentimiento”, p. 52.

<sup>1157</sup> V. ZUNZUNEGUI, F., “Negociación”, pp. 671s. La abusividad de estas cláusulas también puede fundarse en el art. 89.1 TRLGDCU, que considera abusivas las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios (v. la SAP Asturias (5) 15-3-13 -FD 2-).

<sup>1158</sup> LARROSA AMANTE, M., “Las condiciones”, p. 132.

<sup>1159</sup> DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, pp. 217s.

<sup>1160</sup> La sentencia esta reseñada en TAPIA HERMIDA, A., “La jurisprudencia reciente”, pp. 327s. También en materia de *swaps* de tipos de interés las resoluciones judiciales privan de efectos a la aceptación por parte de los clientes de cláusulas en que se señala que conocen y asumen los riesgos del

**[264] Desestimación de la excusabilidad del error del cliente.** Ahora bien, en cuanto a los factores que favorecen la desestimación de la excusabilidad del error del cliente pueden destacarse su decisión deliberada de no procurarse una información que podría haber obtenido, debiendo asumir el riesgo de su proceder (ignorancia consciente)<sup>1161</sup>. También la avalan el empleo de un grado de diligencia inferior al mediano cuando ostenta la calidad de experto o profesional en la respectiva materia (caso en que el grado de diligencia exigible es superior al normal); ha tenido fácil acceso a la información; se ha asesorado por peritos; o se encuentra favorecido por alguna otra circunstancia personal, como determinado nivel de formación<sup>1162</sup>.

En la contratación con EC la concurrencia en el cliente de un nivel de conocimientos, experiencia o cualificación que le permite comprender la respectiva operación es la principal consideración de las sentencias en orden a la desestimación de la excusabilidad de su error. Sobre todo cuando la EC demuestra que ha cumplido con los requerimientos informativos que le resultaban exigibles<sup>1163</sup>. En el caso de clientes empresarios, se basan, adicionalmente, en la dimensión económica de su negocio y en la existencia de contrataciones previas en el mercado financiero, en ocasiones de alta complejidad y riesgo<sup>1164</sup>.

Entre dichas resoluciones destaca la STS 15-11-12<sup>1165</sup>. Esta sentencia se refiere a la contratación de diversos productos estructurados, habiéndose suscrito determinadas pólizas de crédito originalmente vinculadas a la adquisición de los mismos. El TS entiende que esta vinculación desapareció cuando los contratantes convinieron otros contratos de adquisición de activos, en reemplazo de los anteriores, sin haber cancelado, modificado o sustituido las referidas pólizas (FD 3). Los clientes adujeron que su consentimiento había nacido viciado por error, puesto que la voluntad que les movió a contratar fue la de adquirir aquellos productos con una financiación subyacente. Adicionalmente, señalaron que, considerando su solvencia limitada, no serían capaces de afrontar las deudas derivadas de las aludidas pólizas, a menos que los vencimientos de estas coincidieran con los de los contratos relativos a dichos productos. El alto tribunal considera que en caso de haber existido el alegado error este sería inexcusable porque las consecuencias de no sujetar unos y otros contratos al mismo régimen de vencimiento resultan evidentes. Y, a mayor abundamiento, porque es razonable suponer que los clientes (uno de los cuales había contratado antes operaciones idénticas), concedores de que debían cantidades de dinero sustanciales (varios millones de euros) en virtud de los contratos de crédito, eran o debían ser conscientes de que, al cumplirse

---

producto (v. GARCÍA ANGULO, B., *Nulidad*, pp. 81-93). Asimismo, en las condenas de EC por comercialización de participaciones preferentes de bancos extranjeros en ocasiones se deja constancia de que la cláusula en virtud de la cual se señala que la EC no asume responsabilidad ni compromiso alguno respecto a la garantía, seguridad o liquidez de los valores objeto de la compraventa, ni respecto de la garantía o solvencia de la sociedad emisora de los mismos, no obsta a que dichas empresas hayan debido cumplir con su obligación de informar adecuadamente al cliente, debiendo considerarse dicha condición, además, como abusiva (v. la SAP Murcia (5) 1-4-11 -FD 2-).

<sup>1161</sup> V., en general, DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 329s.

<sup>1162</sup> Cfr. DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 330-335; DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, p. 216; MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, p. 579; y NASARRE AZNAR, S., “II.-3:101-II.-3:103”, p. 202.

<sup>1163</sup> V. MATEO, J., “Reflexiones”, s/p; MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, pp. 146-149; y RALUCA STROIE, I., “Deberes de información”, p. 126.

<sup>1164</sup> V. BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y., “El caso”, pp. 225-228; DE SÁ. A., *Direito*, pp. 86ss.; y RALUCA STROIE, I., “Deberes de información”, p. 126.

<sup>1165</sup> JUR\2012\389660.



los vencimientos a que ellos estaban sujetos, se verían expuestos a las reclamaciones de la EC (FD 4).

Asimismo, destacan las siguientes SAP:

*Swaps de tipos de interés:*

- Asturias (7) 3-11-11 (FD 4). Se refiere a tres entidades mercantiles, dos de las cuales eran empresas familiares a través de las que una persona física explotaba su estudio de arquitectura y, la otra, una promotora inmobiliaria, siendo los únicos socios de aquellas entidades dicha persona física y su cónyuge, de profesión economista.

- Badajoz (2) 11-2-11 (FD 9 y 12). Apunta que el contrato era comprensible para los demandantes (letrados de profesión) en cuanto a los riesgos y eventuales consecuencias negativas de una cancelación anticipada del producto.

- Barcelona (16) 12-12-11 (FD 2). Se refiere a una sociedad dedicada a una actividad con claro componente especulativo y con contrataciones previas de productos como el enjuiciado vinculadas con operaciones de elevado montante.

- Burgos (3) 19-5-11 (FD 5). Desestima la concurrencia de error en la elección del contrato (por creerse que se trataba de un seguro) en virtud de los conocimientos del administrador de la SL demandante. Asimismo, desestima la concurrencia de error en el conocimiento de las cualidades y contenido de aquel por haberse suscrito antes uno igual por diez millones de euros (si bien en representación de otra mercantil) y por dedicarse aquella empresa a la promoción inmobiliaria, presentando un alto grado de endeudamiento.

- La Coruña (3) 24-1-12 (FD 3 y 4). Se refiere a un grupo de empresas conducido por titulados superiores y con personal conocedor de los productos financieros y experiencia en su suscripción.

- La Coruña (6) 4-11-10 (FD 2). En este caso el representante legal de la SL demandante había contratado en otra sucursal dos productos del mismo tipo por un nominal más de diez veces mayor que el del enjuiciado.

- Madrid (18) 5-10-11 (FD 3). Se refiere a una sociedad inmobiliaria que había obtenido con anterioridad de la EC un préstamo hipotecario por un importe de dieciséis millones de euros sobre un inmueble tasado en más de veintisiete millones (un hotel cuatro estrellas), luego ampliado a 18,8 millones, que había sido informada adecuadamente por la EC y que contrató posteriormente otros productos del mismo tipo para empresas de su grupo.

- Pontevedra (1) 16-1-12 (FD 2 y 3). Se refiere a una SL con experiencia en la contratación de productos como el litigioso, cuyo objeto incluía el asesoramiento fiscal, laboral, contable y financiero y que había sido correctamente informada.

- Toledo (1) 2-11-11 (FD 5). Se refiere a una SL con conocimientos y experiencia en el terreno financiero, que había sido informada idóneamente.

- Valencia (9) 21-5-13 (FD 4). Se refiere a una SL, teniendo en cuenta que la administradora que suscribió el contrato era letrada en ejercicio y con amplia experiencia profesional, como asimismo su pareja. Además, ambos eran administradores o partícipes en el órgano de administración de diversas sociedades dedicadas a tareas de asesoramiento y promoción inmobiliaria. A mayor abundamiento, la representante legal había suscrito un contrato del mismo tipo dos años después de celebrar el que era objeto del litigio y, junto con su pareja, otros similares para otras sociedades. En fin, la sentencia entiende que la información proporcionada fue suficiente.

- Zaragoza (5) 4-10-10 (FD 3). Para esta, aun cuando el producto litigioso entrañara cierta complejidad, no resultaba inasequible para el administrador de una sociedad que contrata varios créditos en el ámbito de su sector y que incluso concierta en las mismas fechas con otra entidad un producto como el enjuiciado, habiendo sido asimismo suficientemente informado<sup>1166</sup>.

- Zaragoza (5) 14-1-11 (FD 5). Apunta que el legal representante de la SL demandante (que suscribió los contratos en nombre de esta) había gestionado durante varios años una sociedad mercantil, contratado frecuentemente diversos instrumentos de financiación bancaria y declarado haber cursado la carrera de ingeniería técnica y tener interés en materias financieras.

- Zaragoza (5) 28-3-11 (FD 8). Da por acreditado que el representante legal de la SL demandante está relacionado con el mundo de los negocios al participar y ejercer funciones directivas en empresas

---

<sup>1166</sup> Reseñada en CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M<sup>a</sup>. de la C., GALLEGO CÓRCOLES, A. y MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, M<sup>a</sup>. del P., “Crónica jurisprudencial del segundo semestre del año 2010 relativa al mercado de valores”, pp. 320-322.

inmobiliarias y de energías renovables, algunas de ellas con socios extranjeros, y que se proporcionó información idónea y se efectuaron los test preceptivos.

- Zaragoza (5) 24-11-11 (FD 23). Da por probada la experiencia del contable de la cooperativa agrícola demandante en la gestión de contratos como el litigioso, manteniendo la validez de algunos de ellos. No obstante, la sentencia confirma la de primera instancia en cuanto a la invalidez de los demás.

- Zaragoza (5) 19-12-11 (FD 4 y 5). Se refiere a una SA con un importante volumen de negocios y facturación, dilatada trayectoria empresarial y contrataciones previas de productos como el litigioso<sup>1167</sup>.

#### *Otros instrumentos financieros:*

- Asturias (6) 23-7-12 (FD 3). En relación con la contratación de un producto estructurado desestima la excusabilidad del error de los clientes en atención a que trabajan en importantes cargos en una aseguradora, conociendo por tanto la operativa de productos como el enjuiciado, y poseían previas contrataciones en productos de riesgo.

- Asturias (7) 26-9-11 (FD 2). Se refiere a unas participaciones preferentes, habiendo la clienta invertido previamente en dichos instrumentos. La sentencia considera que si algún error padeció se debió a su desidia y exceso de confianza<sup>1168</sup>.

- Islas Baleares (5) 2-9-11 (FD 3). Desecha la concurrencia de un vicio del cometimiento en los clientes en consideración a que se trataba de personas con previas contrataciones de instrumentos de inversión arriesgados. No obstante, da lugar a la resolución más la indemnización de perjuicios en atención a los incumplimientos informativos de la EC durante la vigencia del contrato relacionados con la mala situación del emisor de las participaciones preferentes objeto de litigio, devenida finalmente en la quiebra del mismo (FD 6)<sup>1169</sup>.

- Madrid (13) 5-7-11 (FD 3). Referida a la contratación de unos bonos de un banco extranjero. La sentencia desestima la existencia de error en la clienta en relación con la circunstancias por ella alegada de que la EC era garante de la emisión de dichos instrumentos. La clienta era Licenciada en Ciencias Empresariales y consultora de empresa, siendo su cónyuge, que se encontraba presente en el momento de la contratación, Licenciado en Derecho. Además, ambos habían contratado otros bonos estructurados con anterioridad.

- Madrid (14) 23-7-12 (FD 6). Relativa a la contratación de unos productos estructurados. En este caso el cliente tenía conocimientos específicos, había suscrito previamente diversos productos financieros, incluso similares a los litigiosos con obtención de gran rentabilidad, y había sido informado con detalle.

- Madrid (19) 27-1-12 (FD 2 y 3). En relación con la adquisición de un bono estructurado, considera que no hubo contrato de gestión y que a la EC no correspondía asesorar al cliente, precisando

---

<sup>1167</sup> V. también las SAP Barcelona (15) 26-1-12 (FD 6) –que consigna que el representante legal de la SL demandante ya había convenido previamente un producto igual con la misma EC, siendo el sometido a litigio una actualización de él, que había sido variado solamente en cuanto al tipo de interés aplicable a las liquidaciones; así como otros productos idénticos en representación de otra compañía del grupo-; Castellón (3) 30-5-11 (FD 3) –que da cuenta, en relación con las SL actoras (dedicadas a la fabricación y comercialización de materiales de construcción), de la contratación anterior de productos semejantes varios años antes de los enjuiciados-; Madrid (18) 19-4-11 (FD 4) –supuesto en que los consejeros de la entidad demandante eran letrados en ejercicio, “de los que se debe de presumir lógicamente su capacidad de pleno conocimiento o posibilidad de estudio durante las conversaciones previas, y del tema objeto de contrato en el que decidieron voluntariamente entrar”-; Pontevedra (3) 26-5-11 (FD 5) –que considera comprobado que las empresas demandantes habían concertado otros productos de la misma clase con la EC y con otras diferentes y, también, que el grupo del que forman parte tiene un elevado volumen de negocio, siendo estas algunas de las razones que llevan a estimar el recurso de la EC-; y Valencia (9) 21-10-11 (FD 3) –relativa a una SA que había suscrito y cancelado un contrato similar antes del sometido a litigio- y 28-10-11 (FD 3) –supuesto en el cual la persona que negoció el contrato por la entidad demandante (una SL) fue un ex trabajador bancario, perfecto conocedor del producto, en concepto de la Audiencia-. Adicionalmente, pueden consultarse las SAP Madrid (9) 10-7-09 (FD 4) –v. BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, p. 525-, (10) 21-9-11 (FD 3) y (13) 9-3-09 (FD 2); y Zaragoza (5) 26-1-12 (FD 6). Una exposición de otras resoluciones que declaran la validez del contrato de *swap* de tipos de interés en RALUCA STROIE, I., “Deberes de información”, pp. 127-137.

<sup>1168</sup> Reseñada en CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M<sup>a</sup>. de la C., GALLEGO CÓRCOLES, A. y MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, M<sup>a</sup>. del P., “Crónica jurisprudencial del segundo semestre del año 2011 relativa al mercado de valores”, pp. 314s.

<sup>1169</sup> Comentada en *Ib.*, p. 317.

que este contaba con determinado nivel de formación y que se le otorgó la información precontractual y contractual adecuada.

- Valladolid (1) 30-3-12 (FD 3). En relación con la contratación de un producto estructurado entendiéndose cumplidos los requisitos informativos por parte de la EC, teniendo en cuenta, respecto del representante y administrador de la empresa actora, su particular profesionalidad y sus conocimientos y experiencia en la contratación de productos financieros con un importante nivel de riesgo.

- Zaragoza (5) 6-7-11 (FD 4 y 6). Referida a la adquisición de bonos de un banco extranjero. En este supuesto el actor tenía contrataciones previas de productos complejos y arriesgados y se dieron por cumplidas las obligaciones de la EC en materia de información y asesoramiento<sup>1170</sup>.

*Servicios bancarios:*

- Córdoba 14-12-93 (FD 1). Desestima la excusabilidad del error de los clientes por no informárseles acerca de las comisiones que cobraba la EC por devolver dos letras, en atención a la profesión de aquellos (un abogado y un ingeniero), así como a la irrelevancia del supuesto error<sup>1171</sup>.

#### 4. Conducta de la entidad de crédito

**[265] Síntesis.** Junto a las circunstancias del cliente que yerra, en orden a la determinación de la excusabilidad de su error debe tenerse en cuenta la conducta del destinatario de su declaración -la EC-, en cuanto puede haberle inducido a formarse una errónea representación de la realidad. En este caso debe protegerse la confianza del primero y su interés en la anulación, al ser víctima de un error excusable<sup>1172</sup>. Naturalmente, también deben considerarse la capacidad y proximidad a la información del proveedor del servicio (la EC)<sup>1173</sup>.

La evaluación de la excusabilidad del error del cliente se realiza sin que necesariamente deba considerarse la eventual culpa de la EC<sup>1174</sup>. Por lo que atañe a la culpa del cliente, si el interés del destinatario no es digno de protección, habrá excusabilidad tanto cuando el error de aquel no sea negligente como cuando sí lo sea<sup>1175</sup>. En este supuesto, en rigor, la negligencia del *errans* queda borrada por la conducta de su contraparte, en atención a la confianza generada por esta<sup>1176</sup>.

**[266] Supuestos en que la conducta de la EC contribuye a la excusabilidad del error del cliente.** La conducta de la EC (el destinatario de la declaración) contribuye a la excusabilidad del error del cliente en caso de haberlo conocido o podido conocer (recognoscibilidad) y en caso de haberlo provocado<sup>1177</sup>.

---

<sup>1170</sup> V. también las SAP Asturias (5) 15-3-13 (FD 2) -relativa a unas obligaciones subordinadas-; Madrid (18) 29-11-11 (FD 3) -relativa a la adquisición de unas participaciones preferentes de un banco extranjero por una clienta con dilatada experiencia en la contratación de dichos productos- y (19) 21-3-11 (FD 5) -relativa a la adquisición de bonos de un banco extranjero-; Valencia (9) 28-6-11 (FD 4) -referida a la contratación de unas participaciones preferentes por dos clientes con experiencia en la contratación de productos de inversión-; y Zaragoza (2) 24-1-12 (FD 3) -relativa a la contratación de unas obligaciones de un banco extranjero por un cliente con previa experiencia inversora en productos similares-. V. BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y., “El caso”, p. 217 (nota 17), que cita estas dos últimas resoluciones.

<sup>1171</sup> V. DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, p. 156 (nota 175).

<sup>1172</sup> Cfr., en general, DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, p. 216; GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1472; y MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, p. 579.

<sup>1173</sup> NASARRE AZNAR, S., “II.-3:101-II.-3:103”, pp. 202s.

<sup>1174</sup> V., en general, DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, p. 216.

<sup>1175</sup> Cfr. DE VERDA Y BEAMONTE, J., *Error*, pp. 78s.; y MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, p. 579 (y nota 254).

<sup>1176</sup> DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, p. 302.

<sup>1177</sup> V., en general, MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, p. 580.

**[267] Reconoscibilidad del error del cliente por la EC.** En el anterior sentido, parte de la doctrina opina que, aparte de excusable, el error debe haber sido conocido o reconocible para la parte que no yerra<sup>1178</sup>. En verdad, resulta más adecuado considerar que este elemento es uno de los criterios que sirve para determinar si hay o no excusabilidad, no siendo, por tanto, un requisito autónomo<sup>1179</sup>. Así, si una parte conoce o, en atención a las circunstancias del caso (*v. gr.*, profesionalidad), debe conocer el error de la otra y la otra no le informa acerca de ello, procede la anulación del contrato<sup>1180</sup>.

La reconocibilidad del error por parte de la EC supone evaluar la conducta de ambos contratantes, así como la posición del cliente que yerra<sup>1181</sup>. Si al celebrarse el contrato la contraparte conoce o debe conocer el error esencial del *errans* y no se le informa convenientemente, el error será excusable aunque se haya debido a la negligencia de la víctima, eso sí que a condición de que la reticencia sea ilícita, esto es, contraria a la buena fe<sup>1182</sup>. Si no concurre reconocibilidad, la excusabilidad deberá evaluarse teniendo en cuenta la diligencia desplegada por el *errans*<sup>1183</sup>.

Ahora bien, a pesar de que el destinatario de la declaración no haya reconocido el error ajeno, si ambas partes actúan con negligencia, la presencia de esta en aquel igualmente genera la excusabilidad del error. Esto, porque no puede entenderse que dicha declaración haya producido en su destinatario una confianza razonable en la validez contractual, no debiendo protegerse su interés en la conservación del negocio jurídico<sup>1184</sup>.

**[268] Reconoscibilidad del error del cliente y obligación precontractual de informar de las EC.** La reconocibilidad del error se relaciona directamente con la obligación precontractual de informar de las EC<sup>1185</sup>. En virtud de esta, dichas empresas deben proporcionar información al cliente no solo cuando saben que este la ignora (conocimiento), sino también cuando deberían haberlo sabido empleando determinado grado de diligencia (reconoscibilidad). En ambos supuestos concurrirá la excusabilidad del error del cliente ante la vulneración de dicha obligación con independencia si ha actuado diligente o negligentemente<sup>1186</sup>. De este modo, la omisión de información por la parte que debía revelarla permite imputarle el error de la contraria (al haberlo

---

<sup>1178</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Los vicios”, pp. 384s. La PMDOC, en el proyectado art. 1298 CC, señala que en caso de haber sido generado el error esencial por la información proporcionada por una parte, esta debe haberlo conocido o debido conocer, siendo contrario a la buena fe mantener en él a la víctima. V. GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., “La responsabilidad precontractual en la Propuesta”, p. 12.

<sup>1179</sup> BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, p. 524 (respecto de la contratación con EC); DE VERDA Y BEAMONTE, J., *Error*, pp. 127ss.; GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1472; y MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, p. 580.

<sup>1180</sup> ESTEBAN DE LA ROSA, F., “El error”, pp. 215s.

<sup>1181</sup> V., en general, DE VERDA Y BEAMONTE, J., *Error*, pp. 130s.; y GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1472.

<sup>1182</sup> La reticencia negligente debe distinguirse de la dolosa, a pesar de que ambas impliquen una vulneración de la buena fe. En la primera no concurre el *animus decipiendi*. En esta, quien guarda silencio se percató del error de su contraparte, mas no de su esencialidad, pero podría haberlo hecho procediendo con una diligencia normal. V. DE VERDA Y BEAMONTE, J., “La reticencia”, pp. 152s.

<sup>1183</sup> V. MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, p. 580.

<sup>1184</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J., *Error*, p. 136. En contra, DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, p. 286.

<sup>1185</sup> BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, p. 524.

<sup>1186</sup> Cfr., en general, DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 284s.; DE VERDA Y BEAMONTE, J., *Error*, pp. 110-140; y MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, p. 580.

provocado), configurándose así la excusabilidad de este<sup>1187</sup>. El interés en la conservación del contrato del que recibe la declaración del *errans* no resulta protegible por haberse comportado contraviniendo la buena fe al no informarle acerca de su error esencial. No existiendo una obligación de informar, la excusabilidad deberá evaluarse teniendo en cuenta la diligencia o negligencia del *errans*<sup>1188</sup>.

La posibilidad de la EC de percatarse de la esencialidad del error del cliente, actuando con diligencia, puede derivar de su carácter de profesional del mercado financiero<sup>1189</sup>, de las explícitas manifestaciones del *errans* en la etapa precontractual o de la circunstancia de estar referido el yerro a un aspecto típicamente relevante en la prestación del consentimiento (de acuerdo a la índole del contrato), con arreglo a los usos acostumbrados en el tráfico jurídico<sup>1190</sup>.

**[269] Grado de diligencia exigido a las EC en orden a la reconocibilidad del error del cliente.** En general, del principio de buena fe se colige que el receptor de la declaración del *errans* solo debe conocer aquellos errores que no hubiera podido ignorar sin culpa lata, sin que tenga que informarse para informar<sup>1191</sup>. La reconocibilidad del error implica que este ha de poder identificarse por la parte que no yerra empleando una diligencia normal, de manera que la protección de su confianza (buena fe) en la declaración del *errans* o en la conservación del contrato cede en caso de actuar con negligencia, imponiéndose la invalidez del negocio<sup>1192</sup>.

No obstante, en el caso de las EC ha de exigirse a estas un máximo nivel de diligencia. Por lo que respecta a las obligaciones de informar típicas, no pueden ampararse en su desconocimiento de la ignorancia del cliente acerca de las informaciones preceptivamente exigidas, porque su entrega resulta obligatoria con independencia de dicho desconocimiento. Por lo que atañe a los deberes atípicos y a las informaciones no exigidas expresamente en el caso de los típicos, su calidad de profesionales del mercado financiero hace que siempre a su respecto rija el estándar del ordenado y leal empresario, debiendo evaluarse su conducta conforme a la “diligencia profesional”<sup>1193</sup>. Esto conduce a que dichas empresas deban informarse para informar. Según hemos visto, este último deber se establece de manera clara en los servicios de inversión (tests de conveniencia e idoneidad), pero también, aun cuando en menor medida, en los bancarios. Volveré sobre la diligencia exigible a las EC al referirme al factor de atribución de responsabilidad civil que debe concurrir a su respecto (v. *infra* III.9.c).

**[270] Provocación del error del cliente por la EC.** También contribuye a la apreciación de la excusabilidad del error del cliente la circunstancia de haber sido

<sup>1187</sup> GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, pp. 1471s.

<sup>1188</sup> Cfr., acerca de esta idea y la anterior, MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, p. 580.

<sup>1189</sup> V., en general, ESTEBAN DE LA ROSA, F., “El error”, pp. 215s.

<sup>1190</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J., “La reticencia”, p. 153.

<sup>1191</sup> DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 285s.

<sup>1192</sup> V. DE VERDA Y BEAMONTE, J., *Error*, pp. 133-136 (advirtiendo que toda reconocibilidad, incluida la ilícita, genera la excusabilidad del error); MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, p. 580; MORALES MORENO, A-M., *El error*, pp. 229-234; y RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Los vicios”, pp. 384s.

<sup>1193</sup> El art. 4.1 LCD define ‘diligencia profesional’ como el “el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado”. El art. 2.h Directiva 2005/29 la define en términos similares, si bien solo respecto de las relaciones con consumidores, agregando que dicho nivel ha de ajustarse al principio general de buena fe en la esfera de actividad de aquel individuo.

provocado, mediante acción o reticencia, por la EC. En este sentido, debe distinguirse si el error ha sido inducido dolosamente, negligentemente (o contraviniendo la buena fe) o sin que concurren culpa o dolo. Así, el error provocado no siempre coincide con el dolo, por ejemplo, cuando se suministra una información defectuosa de manera no deliberada<sup>1194</sup>.

El error inducido con dolo por una EC pertenece al campo del dolo y no al del simple error<sup>1195</sup>. Así, en conformidad a los arts. 1269 y 1270 CC, siempre será excusable (en aplicación de la buena fe), a pesar de que el comportamiento del *errans* sea negligente, puesto que no debe privilegiarse a quien engaña en detrimento del engañado<sup>1196</sup>.

En caso de error inducido negligentemente por una EC (*v. gr.*, suministro de información inexacta o con desconocimiento de la esencialidad del error), cabe aplicar idéntica solución, también aunque el *errans* haya actuado negligentemente, en atención a la defraudación culposa de la buena fe<sup>1197</sup>.

Cuando una EC no infringe la diligencia destinada a evitar errores esenciales en la contraparte, no puede entenderse siempre que el error de esta sea excusable. Esto ocurre cuando estamos en presencia de afirmaciones exageradas constitutivas de dolo bueno y de reticencia lícita por no concurrir un deber de informar (lo que, según hemos visto, resulta excepcional en el caso de las EC). En estos supuestos, en orden a la evaluación de la excusabilidad del error del cliente se deberá tener en cuenta la conducta (lícita) de la EC destinataria de su declaración, que *podrá* ser considerada como indicio de excusabilidad. En este sentido, deberá tenerse en consideración que la EC es un profesional y, en su caso, la circunstancia de haber propuesto a un cliente lego la celebración del contrato. Asimismo, deberán considerarse las demás circunstancias del caso. Por ejemplo, la condición de profesional del *errans* en el sector de que se trate y el esfuerzo que haya realizado para informarse. Todo ello en aras de determinar si el error podría haberse evitado por el *errans* empleando un grado medio de diligencia. Si la respuesta es negativa, habrá excusabilidad<sup>1198</sup>.

**[271] Reconoscibilidad y provocación del error del cliente por la EC en la jurisprudencia.** Según hemos visto, en la jurisprudencia relativa a la contratación con EC resulta fundamental, en orden a la determinación de la excusabilidad del error del cliente, el incumplimiento por parte de la entidad de su obligación precontractual de proporcionar al cliente las informaciones relevantes acerca de la respectiva operación, resultando asimismo determinante al referido efecto la ausencia en aquel de un nivel de conocimientos, experiencia o cualificación que le impide comprender la operación de

<sup>1194</sup> ESTEBAN DE LA ROSA, F., “El error”, pp. 212s.

<sup>1195</sup> MORALES MORENO, A-M., (Comentario a los) “Artículos 1269 y 1270”, p. 391.

<sup>1196</sup> MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, p. 580 (y nota 258). Acerca de la infracción dolosa del deber precontractual de informar de las EC *v. infra* III.7.c.

<sup>1197</sup> Cfr. BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y., “El caso”, p. 228 (aludiendo a la forma de comercialización); BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, p. 525 (respecto de la contratación con EC); DE VERDA Y BEAMONTE, J., *Error*, pp. 194s. y “La reticencia”, pp. 154s.; MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, pp. 570 (y nota 181) y 580s. En contra, MORALES MORENO, A-M., *El error*, pp. 228s., entendiendo que el error provocado por negligencia no siempre redunda en su excusabilidad, si bien contribuye a una evaluación más laxa de la eventual negligencia del *errans*.

<sup>1198</sup> V., en general, DE VERDA Y BEAMONTE, J., “La reticencia”, pp. 169-174; y MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, p. 581 -y nota 261- (apuntando que este es el criterio del TS). BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y., “El caso”, p. 227, opina que la recomendación de un producto por una EC a un cliente que no lo conoce puede justificar la existencia del error invalidante.

que se trate. Ambos factores han permitido a los tribunales concluir que la EC conocía o debía conocer el error que padecía el cliente o que lo provocó, lo que termina sustentando la apreciación de la excusabilidad del error.

Aparte de la evaluación de si en la realidad de los hechos la EC proporcionó al cliente la información relevante acerca de la respectiva operación teniendo en cuenta las circunstancias de aquel, los tribunales suelen reflexionar acerca de si la EC suministró al cliente otro tipo de informaciones, en relación con las cuales también debe determinarse si la eventual reconocibilidad o provocación del error por parte de dicha empresa justifica o no la excusabilidad del mismo. Me refiero a las informaciones relativas a las condiciones de mercado, cuya fluctuación respecto del instante de la contratación puede generar riesgos o perjuicios, a veces sustanciales, para el cliente.

De este modo, cabe preguntar, en esencia, si una EC, a pesar de tener un interés económico en no hacerlo, debería revelar al cliente dicha información. De lo que se trata es de determinar si los intereses contrapuestos de los contratantes podrían avalar el ocultamiento de la mencionada información.

A modo de regla general, puede decirse que las informaciones relativas a las condiciones de mercado y a los riesgos típicos derivados de ellas, no resultan de obligada transmisión. Estas informaciones, en tanto que relacionadas con la conveniencia de un negocio, forman parte del juego normal de la contratación.

No obstante, cuando una parte conoce dichas informaciones y sabe o debe saber que son determinantes para la decisión de su contraparte, sí debería proporcionárselas<sup>1199</sup>. Principalmente en ámbitos de acusados desequilibrios informativos. Naturalmente, en estos supuestos la información a suministrar, en tanto que referida a condiciones de mercado, no sería una información exacta o concluyente, sino referida a las previsiones de que disponga la EC en relación con el aspecto de que se trata. Si la EC no dispone de dicha información, el error del cliente no debería reputarse excusable, porque toda comercialización de productos financieros conlleva un riesgo de mercado.

Así, en el caso hipotético de haber dispuesto una EC de previsiones o informaciones relativas a las condiciones de mercado, que *oculta* al cliente, sabiendo que forman parte de sus presuposiciones contractuales, la entidad sí debería informarle a su respecto<sup>1200</sup>. De no hacerlo, el consentimiento del cliente debería considerarse viciado.

La revelación de la referida información, cuando se encuentra a disposición de la EC y esta sabe que forma parte de las presuposiciones contractuales del cliente se impone por varias razones. Primero, porque las EC deben proporcionar a sus clientes toda la información privilegiada de que dispongan, en atención a la confianza depositada en ellas por dichos clientes y a los principios de transparencia y veracidad de la información. Por esto es que la descripción de un instrumento financiero por una EC debe ser lo más fiel posible a su naturaleza y contenido, tanto en relación con su emisor

---

<sup>1199</sup> DE SÁ. A., *Direito*, pp. 78s.

<sup>1200</sup> V., en general, BASOZABAL ARRUÉ, X., “En torno”, pp. 694 y 702, si bien cuestiona esta solución como regla general (sin perjuicio de las excepciones que plantea), porque en una economía de mercado los riesgos por desconocimiento del mercado, a pesar de que se refieran a presuposiciones contractuales, resultan difícilmente imputables a la parte que los conoce cuando se trata de contratos que contraponen intereses. Y, a propósito de los *swaps* de tipos de interés, MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G. *La comercialización*, pp. 138s.

como con sus repercusiones patrimoniales<sup>1201</sup>. Adicionalmente, los criterios económicos estudiados *supra* § I.6.d.ii.2 conducen a que dicha información deba revelarse, sobre todo porque resulta socialmente valiosa y porque por medio de su transmisión se consigue que arribe al mercado a un menor coste<sup>1202</sup>. En virtud de dichos criterios, asimismo, según vimos en aquel lugar, las EC deben revelar a sus clientes las informaciones que deprecian el valor del producto o servicio, aun cuando la adquisición de dicha información les haya resultado costosa, porque, en caso contrario, podría producirse un daño patrimonial para los clientes o alterarse las presuposiciones contractuales con que contaban al contratar. En fin, cuando las EC actúan como ESI, el otorgamiento de la apuntada información se funda en la circunstancia de que este tipo de empresas tiene la obligación de diligencia y transparencia, que se traduce en el deber de cuidar de los intereses del cliente como si fuesen propios y en el de prevenir, gestionar y evitar los conflictos de intereses<sup>1203</sup>.

**[272] Información sobre la bajada de los tipos de interés.** Buen ejemplo del anterior problema es el de la información relativa a la bajada de los tipos de interés cuando se ha contratado un *swap* de tipos de interés o pactado una “cláusula suelo” en los préstamos con garantía hipotecaria. A este respecto, debe notarse que existe controversia en torno a si las EC, cuando se contrataron los productos litigiosos, tenían o no una información bastante precisa acerca del cuál iba a ser la evolución más probable de los tipos de interés.

En el primer caso, la concurrencia de un vicio del consentimiento en el cliente puede estimarse, según consideran diversas SAP, con base en el conocimiento y ocultación por la EC, en el momento de la comercialización del *swap*, de la información relativa a la probable variación a la baja de los tipos de interés<sup>1204</sup>. Esta conclusión cuenta hoy con el apoyo del art. 24.c.2º Orden EHA/2899/2011, que obliga a las EC a informar a los clientes, en función de la naturaleza del instrumento de cobertura, si fuere el caso, acerca de “las potenciales liquidaciones periódicas del instrumento, producto o sistema de cobertura, teniendo en cuenta diversos escenarios de tipos de interés que respondan a la evolución histórica del tipo de referencia, destacando la posibilidad de que las

<sup>1201</sup> FERNÁNDEZ-COSTALES MÚÑIZ, J., “Aspectos”, pp. 3232s.

<sup>1202</sup> V. NASARRE AZNAR, S., “II.-3:101-II.-3:103”, p. 204 (con cita, como ejemplo de la solución contraria, de la SAP Asturias (5) 27-1-10 –relativa a un *swap* de tipos de interés-).

<sup>1203</sup> SASTRE CORCHADO, G. “La regulación”, pp. 227s., señala que las ESI están obligadas a conducirse con honestidad, imparcialidad y profesionalidad, lo que implica ofrecer a sus clientes, en las mejores condiciones, los servicios de inversión más adecuados a las necesidades de ellos. Agrega que los conflictos de intereses no deben implicar que la imparcialidad y objetividad de dichas empresas se vea comprometida de manera que pueda repercutir en un detrimento para los clientes. Finaliza apuntando que los clientes no deben ser perjudicados por la preeminencia de los intereses de la entidad o de un tercero, debiendo primar los legítimos intereses de aquellos.

<sup>1204</sup> V. las SAP Asturias (7) 29-10-10 (FD 4) y 18-2-11 (FD 4); Barcelona (19) 9-5-11 (FD 4); Las Palmas (5) 16-9-11 (FD 5); Lugo (1) 23-4-12 (FD 3); Murcia (5) 14-12-11 (FD 3); y Santa Cruz de Tenerife (3) 2-5-11 (FD 2). Y también la SAP Asturias (5) 29-10-10 (FD 2) -reseñada en CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M<sup>a</sup>. de la C., GALLEGO CÓRCOLES, A. y MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, M<sup>a</sup>. del P., “Crónica jurisprudencial del segundo semestre del año 2010 relativa al mercado de valores”, pp. 323-325-. Cfr. FARRANDO MIGUEL, I., “SWAPS”, pp. 28-32. En contra de que las EC otorguen a los clientes esta información por referirse a un elemento aleatorio respecto del cual, además, la normativa sectorial no obliga a informar y porque la información acerca de la referida evolución, atendida su imprevisibilidad, podría resultar finalmente errónea, se manifiestan DÍAZ RUIZ, E. e IGLESIAS RODRÍGUEZ, J., “A propósito”, pp. 229s. Y, también, GARRIDO, J. M., “Las permutas”, pp. 452s. (agregando otros argumentos, principalmente para los supuestos de *swaps* contratados con finalidad especulativa).



mismas pueden ser negativas”<sup>1205</sup>. Distinta ha de ser la solución en el supuesto en que la EC no haya dispuesto de la referida información.

La STS 21-11-12 concluye que la ausencia de información acerca de la probable evolución a la baja de los tipos de interés en los *swaps* no invalida el consentimiento del cliente. Esto, porque se trata de un factor respecto del cual no puede construirse una “presuposición razonablemente segura”, al concurrir siempre un riesgo de pérdida como contrapartida de las expectativas de ganancia<sup>1206</sup>. Y, asimismo, porque los vicios de la voluntad se relacionan con circunstancias anteriores o coetáneas a la formación del contrato, así como con posteriores, pero siempre que se hayan incorporado a la causa del negocio jurídico<sup>1207</sup>. Según el alto tribunal, la evolución de los tipos de interés no se encuentra en dicho supuesto, en tanto que las partes pactan la ejecución de sus prestaciones con base en una determinación supeditada a factores aleatorios. Agrega el TS que en el caso concreto el cliente fue informado de los riesgos que asumía. Este punto resulta importante para distinguir el supuesto enjuiciado de aquellos otros en que no se informa al cliente acerca de dichos riesgos. Finalmente, el TS apunta que en caso de *ocultación maliciosa* de la información relativa a la evolución de los tipos de interés por la EC habría dolo omisivo. Esta prevención da cuenta de que si la entidad hubiera tenido información al respecto que no proporciona al cliente, sí cabría hablar de una voluntad viciada por dolo<sup>1208</sup>.

Respecto de la cláusula suelo en los préstamos con garantía hipotecaria, algunas sentencias, en relación con el conocimiento o posibilidad del mismo acerca de las repercusiones de la bajada de tipos de interés, han estimado la abusividad de dicha cláusula, aparte de por falta de reciprocidad, por contravenir la buena fe al considerar que la EC *sabía* acerca de dicha bajada. Así, v. gr., la SAP Cáceres (1) 5-10-12 (FD 6)<sup>1209</sup>.

---

<sup>1205</sup> V. también el art. 60.5 RD 217/2008, que menciona la información a transmitir por las ESI cuando ella contiene datos sobre resultados futuros. Cfr. FARRANDO MIGUEL, I., “SWAPs”, p. 29 (nota 65).

<sup>1206</sup> V. BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, pp. 525s.

<sup>1207</sup> V., en general, ESTEBAN DE LA ROSA, F., “El error”, pp. 200s.

<sup>1208</sup> V. MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P., “Nulidad”, p. 15. La STS está comentada en GARRIDO, J. M., “Las permutas” (v. especialmente las pp. 446ss.); y MERCADAL VIDAL, F., y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., “Primeras sentencias”, pp. 39-42.

<sup>1209</sup> Que señala lo siguiente: “Para sostener la validez del pacto se exige que el mismo cubra aparentemente los intereses de uno u otro contratante para que no pueda ser atacado desde la perspectiva de la falta de reciprocidad y, en este punto, la entidad apelante ha actuado en contra de las exigencias de la buena fe, imponiendo una prerrogativa unilateral bajo una formal reciprocidad, que encubre una real y clara desproporción. La entidad apelante sabe que si sólo hubiera establecido en el contrato un pacto de suelo, la cláusula sería claramente desproporcionada y, por tanto, susceptible de una clara nulidad. Lo que hace es establecer esa cláusula de suelo, con voluntad de que entre en juego, al estar sustentada en parámetros reales, en el marco de una clara tendencia, con alguna leve fluctuación, a la bajada de los tipos de interés. La entidad financiera sabe, desde que predispone la cláusula “suelo” que la misma entrará en funcionamiento, sin duda alguna, como aquí ha sucedido y, al tiempo, reviste de falso ropaje recíproco dicha cláusula, con el establecimiento de otra, supuestamente beneficiosa para el consumidor y perjudicial para la entidad, que impide la subida de tipos de interés a partir de un hecho absoluto y totalmente irreal: que los tipos de interés suban del 12%. Ese techo no se ha aplicado nunca en la vida del contrato y es desconocido en los últimos años, sin que sea de ninguna manera previsible su operatividad práctica. Sin embargo, la cláusula suelo se ha aplicado frecuentemente, impidiendo que el consumidor disfrute de la bajada de los tipos de interés, más allá del umbral establecido. De ese modo, disimula la cláusula que se quiere predisponer, con otra que sabe que nunca tendrá virtualidad práctica, todo ello en un acto de clara contradicción con la buena fe; en un acto, por ello, claramente abusivo y que, por tanto, debe provocar la nulidad de la cláusula como acertadamente estableció el juzgador de la instancia”.

En este sentido, la STS 9-5-13 (Sala de lo Civil, Pleno) señala que las aludidas cláusulas no son transparentes en el caso concreto porque “(n)o existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar” (FD 15). En conformidad a este pasaje, puede colegirse que las EC tienen la obligación de informar a los clientes acerca de los diferentes escenarios relativos a la evolución razonablemente previsible de los tipos de interés. Se trata de una conclusión que habría variado en parte la contenida en la STS 21-11-12, previamente referida, que considera, según vimos, que en los *swaps* de tipos de interés las EC no cargan, por lo general, con dicha obligación. Así, a la luz de la STS 9-5-13, podría concluirse que en cualquier contratación en que dicha información resulte decisiva en orden a la adecuada manifestación de la voluntad negocial del cliente ella debería proporcionarse, esto es, no solo en materia de cláusulas suelo, sino también, por ejemplo, en materia de *swaps* de tipos de interés<sup>1210</sup>.

**[273] Información sobre circunstancias de mercado relativas al rendimiento del producto financiero que podrían producirse con posterioridad a su contratación y generar pérdidas al cliente.** Contrariamente a los casos antes mencionados, no resulta exigible a una EC la información relativa a circunstancias de mercado relativas al rendimiento del producto financiero que podrían producirse con posterioridad a su contratación y generar pérdidas al cliente, incluso la de todo el capital. En este caso, la alegación de anulabilidad del cliente no debería prosperar. Aplicando a este supuesto los fundamentos de la STS 21-11-12, previamente referida, dicha alegación no debería fructificar, aparte de por el riesgo de mercado ínsito en la contratación de instrumentos financieros, porque los vicios del consentimiento solo pueden operar respecto de circunstancias anteriores o coetáneas a la formación de la voluntad negocial, e incluso futuras, pero siempre que se hayan incorporado a la causa del contrato<sup>1211</sup>. Por lo demás, las referidas circunstancias resultan difíciles de predecir para las EC.

En el sentido expuesto, resulta interesante destacar diversas STS referidas a supuestos en que la EC había demandado a los clientes en reclamación de cantidad derivada de una póliza de crédito celebrada para la adquisición de acciones de la misma EC y cuyo valor había disminuido sustantivamente a consecuencia de la sobrevenida situación de crisis de la entidad. Pueden mencionarse, entre otras, las STS 2-11-01 (FD 3), 30-9-02 (FD 5), 16-12-05 (FD 2), 17-2-06 (FD 3) y 25-9-06 (FD 1). El argumento central de estas sentencias para desechar la concurrencia de un vicio del consentimiento en el cliente es que “la pretensión de declarar nula toda compraventa de acciones cuya cotización no se correspondiera en el momento de la operación con la verdadera situación patrimonial de la sociedad resultaría incompatible con el funcionamiento del mercado de valores y produciría situaciones caóticas en forma de sucesivas nulidades retroactivas de operaciones bursátiles cada vez que una compañía entrara en crisis”.

En la anterior línea, destaca también la SAP Madrid (14) 23-7-12 (FD 8). La sentencia desecha la concurrencia de error invalidante respecto de un cliente con conocimientos sofisticados en materia de inversiones, que había contratado con anterioridad variados productos financieros, incluso semejantes a los enjuiciados (estructurados) con obtención de gran rentabilidad, y que fue informado de forma exhaustiva. En el caso concreto se había producido una pérdida significativa en el valor de cotización de las

---

<sup>1210</sup> ZUNZUNEGUI, F., “Meterse en un jardín”, s/p.

<sup>1211</sup> V. GARRIDO, J. M., “Las permutas”, p. 450 (comentando la referida STS).

acciones subyacentes a las que estaba ligada la evolución y la rentabilidad de los productos litigiosos.

La misma Sección, en sentencia de 23-12-12 (FD 7), señala que la información proporcionada por la EC antes del contrato y hasta determinada fecha acerca de las bondades de la adquisición de unas acciones de una sociedad extranjera resulta suficiente, considerando como ínsito en operaciones de tal tipo el riesgo/rentabilidad. No obstante, condena a la entidad por responsabilidad civil por mediar una relación de asesoramiento y haber incumplido su obligación de informar al cliente durante la vida del contrato acerca de las variaciones de mercado que pudieran afectarle (FD 6).

La SAP Asturias (6) 23-7-12 (FD 3) estima inexcusable el error de los clientes en atención a que ostentaban importantes cargos en una aseguradora (conociendo por ende la operativa de productos como el litigioso) y contaban con anteriores contrataciones en productos con ciertos niveles de riesgo. Así, consigna que no puede considerarse como error esencial el yerro de los clientes acerca de las previsiones respecto del lucro inicialmente proyectado, sobre todo si este depende –como en el caso- de variaciones de la Bolsa.

No obstante, a pesar de que la ausencia de información sobre circunstancias de mercado relativas al rendimiento del producto financiero que podrían producirse con posterioridad a su contratación y generar pérdidas al cliente no deba determinar el acogimiento de su solicitud de anulación, cuando en supuestos como este se omite otro tipo de información relevante, sí debe hacerlo. Por ejemplo, la información relativa a posibles fraudes en relación con determinados instrumentos financieros, conflictos de intereses y garantías de una emisión de valores.

La STS 17-4-13 (FD 6) -referida a un contrato de gestión de cartera en que la EC invirtió en un operador financiero que resultó ser fraudulento (“Madoff”), generándole al cliente (calificado como “conservador”) la pérdida de todo el capital- señala que “(l)a posibilidad de fraude en los denominados “productos estructurados” no es un imponderable, sino un riesgo a ponderar por las entidades de gestión de carteras de valores, del mismo modo que cualquier entidad de crédito tiene que velar por la inmunidad de sus clientes frente a conductas fraudulentas de los empleados de la entidad”. La sentencia agrega (FD 9) que el perfil conservador del cliente no aconsejaba invertir en un fondo como el señalado. Y, asimismo, que la EC no le otorgó la información necesaria acerca de los riesgos del mismo<sup>1212</sup>.

La SAP Álava (1) 15-9-11 (FD 7), aun cuando reconoce que las variaciones de mercado lógicamente inciden en los rendimientos de una inversión, condena a la EC a indemnizar a los clientes por no haberles informado acerca del posible conflicto de intereses derivado de sus relaciones con la sociedad cuyas acciones les recomendó adquirir.

La SAP Asturias (4) 3-5-11 (FD 3 y 4) considera invalidante el error del cliente por el hecho de que la información proporcionada por la EC posibilitó que aquel entendiera que la calidad de “garantizado” del producto contratado –bonos emitidos por un banco islandés- implicaba que la garantía era asumida por la entidad demandada. Así, según el tribunal, la EC no debía entenderse como mera intermediaria, más todavía teniendo en

---

<sup>1212</sup> La sentencia está reseñada y comentada en LYCZKOWSKA, K., “Responsabilidad”, pp. 7-9.

cuenta que no hizo nada por desvirtuar la apariencia de que asumía una posición de garante<sup>1213</sup>. En sentido contrario, la SAP Madrid (13) 5-7-11 (FD 3) descarta la presencia del error en el cliente por no haber acreditado que la EC fuese garante o fiadora de la operación realizada por el emisor de unos bonos<sup>1214</sup>.

**[274] Información sobre la mala situación financiera del emisor de instrumentos financieros.** En fin, tampoco la ausencia de información respecto de la mala situación financiera del emisor de instrumentos financieros, luego devenida en su quiebra (riesgo de crédito), debe ser asumida como base para estimar la pretensión anulatoria del cliente, sobre todo si este contaba con los conocimientos, experiencia o cualificación para comprender la respectiva operación. Ello, salvo que se demuestre que la probabilidad de quiebra era conocida o podía serlo para la EC en el momento de la comercialización y que no informó al cliente al respecto<sup>1215</sup>.

En el anterior sentido destaca la SAP Madrid (10) 1-2-12 (FD 44). La sentencia confirma la de primera instancia, que había declarado la nulidad de la orden de suscripción de un bono emitido por un banco extranjero y del contrato de depósito de los valores a consecuencia de la ausencia de información respecto del emisor. La Audiencia concluye que a los clientes no se informó correctamente sobre la situación del emisor y garante de los bonos, que ya era arriesgada en el momento de cursarse la orden de compra, debiendo esta circunstancia ser conocida por los comerciales de la entidad. Cabe reparar en que uno de los clientes era Licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales, había desempeñado altos cargos en diversas EC nacionales y extranjeras, incluida la demandada, y había invertido anteriormente en productos de riesgo, siendo conocedor del mercado de valores y de los distintos productos de inversión, que el mismo había comercializado.

En sentido contrario, la SAP Madrid (19) 27-1-12 (FD 2 y 3), que en relación con la adquisición de un bono estructurado considera que no hubo contrato de gestión y que la EC no debía asesorar al cliente, consigna que a este se le entregó la información precontractual y contractual adecuada, sin que la quiebra del emisor fuese *previsible* para la entidad.

Asimismo, la SAP Zaragoza (5) 6-7-11 (FD 6) desecha la concurrencia de vicio del consentimiento en el cliente por considerar incluida dicha quiebra en el catálogo de

---

<sup>1213</sup> V. también la SAP Valencia (9) 26-4-06 (FD 5). Esta, con miras a la estimación de la concurrencia de error en el cliente, tiene en cuenta, aparte de la infracción de los deberes informativos de la EC, “la preocupación de los Directores de las sucursales que ya venían barruntando desde el mes de agosto que se iba a producir un resultado negativo en el capital invertido como consecuencia de la evolución de los valores, lo que determinó la búsqueda de mecanismos de solución que se tradujeron en las diversas ofertas realizadas a los perjudicados, e incluso, en ocasiones, en gestiones como llamadas telefónicas a los clientes o visitas en sus propias casas”.

<sup>1214</sup> V. BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, p. 523 (nota 72); CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M<sup>a</sup>. de la C., GALLEGO CÓRCOLES, A. y MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, M<sup>a</sup>. del P., “Crónica jurisprudencial del segundo semestre del año 2011 relativa al mercado de valores”, p. 320; y TAPIA HERMIDA, A., “Jurisprudencia”, p. 274.

<sup>1215</sup> Eso sí, debe tenerse presente que no basta, en orden a desechar la concurrencia de un vicio del consentimiento en los clientes minoristas, la información presente en el folleto de la respectiva emisión. V. ALONSO ESPINOSA, F., “Participaciones preferentes”, p. 12. En todo caso, la eventual nulidad por vicio del consentimiento del contrato entre la entidad intermediaria y el cliente no debería afectar al contrato de compra de valores celebrado entre este y el emisor de los valores. V. BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y., “El caso”, pp. 229 y 237s.

descripción del riesgo y en los factores concernientes a la rentabilidad positiva o negativa. Agrega que aquella circunstancia constituye un riesgo elemental conocido por personas con el nivel de formación de los actores en operaciones como la enjuiciada<sup>1216</sup>.

### c. Dolo

**[275] Infracción dolosa de la obligación precontractual de informar de las EC.** Los arts. 1269 y 1270 CC no contemplan expresamente la concurrencia de dolo *in contrahendo* por vulneración del deber precontractual de informar. La PMDOC, en su día, aspiró a solventar esta deficiencia en el proyectado art. 1300.1 CC, que conecta la concurrencia del dolo con la infracción de dicho deber<sup>1217</sup>. También los proyectos de Derecho contractual europeo proceden de esta forma<sup>1218</sup>.

En términos jurídicos, la represión del dolo relacionado con defectos informativos o con omisión de información relevante se fundamenta en que su concurrencia genera confianza en la víctima o refuerza su ingenuidad<sup>1219</sup>. El dolo es contrario a la buena fe, la lealtad contractual y los usos del tráfico<sup>1220</sup>. En términos económicos, la represión de

---

<sup>1216</sup> En esta línea pueden consultarse también la SAP Madrid (9) 19-12-11 (FD 2) y (25) 15-7-11 (FD 3). En todo caso, las consecuencias de la incorrección de la información *precontractual* relativa al emisor de los valores comercializados por una EC deben distinguirse de las consecuencias contractuales derivadas del conocimiento y ocultación por dicha entidad de la situación financiera de dicho emisor con posterioridad a la formación del consentimiento en caso de mediar un contrato de gestión de cartera o de asesoramiento. En este supuesto estaríamos en presencia de una infracción de los deberes *contractuales* de información de la EC. La SAP Zaragoza (4) 20-7-12, que confirma la de primera instancia, desecha la solicitud de nulidad por error del cliente, quien alegaba que no se le informó al contratar sobre la situación del emisor. No obstante, acoge la subsidiaria de responsabilidad civil, pero por infracciones relacionadas con la vida del contrato. Se basa el tribunal en que no se informó periódicamente al cliente acerca del emisor de los bonos y del valor efectivo de los mismos, sobre todo luego de la rebaja en la calificación crediticia de dicho emisor. Además, tiene especialmente en cuenta la relación de confianza y asesoramiento existente entre ambas partes, así como el perfil conservador del cliente y su finalidad de contratar un producto seguro. La SAP Barcelona (14) 19-1-12 entiende que la EC incumplió su obligación de informar a los clientes durante la vida del contrato acerca de las vicisitudes por las que atravesaba la entidad a la que estaba vinculado el fondo de inversión contratado por aquellos, obligando a pagarles determinada cantidad dineraria. La SAP Islas Baleares (3) 16-2-12 (FD 5) considera que la EC contaba con suficiente información acerca de la mala situación financiera del emisor de unas participaciones preferentes, más aun cuando el valor nominal de las mismas se había reducido notablemente desde la fecha de compra. Así, también se refiere a las informaciones que debería haberle proporcionado la entidad al cliente durante la vida del producto (y no con anterioridad a su contratación), en orden a posibilitarle su venta y evitarle pérdidas mayores. No obstante, el FD 6 da por infringidas las obligaciones informativas de la EC en lo que atañe a los datos que debió otorgar al cliente acerca de las características del contrato, lo que, junto al anterior incumplimiento, genera un incumplimiento contractual desencadenante de resolución.

<sup>1217</sup> El proyectado art. establece que “(h)ay dolo cuando uno de los contratantes induce al otro a prestar su consentimiento...mediante la ocultación maliciosa de alguna información que teniendo en cuenta las circunstancias y conforme a la buena fe, debería haberle comunicado”. El precepto está inspirado en el art. 4:107 PECL, vinculando ambas normas la concurrencia del dolo reticente con la buena fe y la lealtad. V. GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., “La responsabilidad precontractual en la Propuesta”, p. 12 (y nota 45).

<sup>1218</sup> Así, los arts. II-7:205 DCFR (v. VON BAR, C., CLIVE, E., SCHULTE-NÖLKE, H. *et al.* (Edits.), *Principles*, p. 211), 4:107 PECL. (v. COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, LANDO, O. y BEALE, H. (Edits.), *Principles*, pp. 44 y 252-256) y 7.2 CEC (v. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L. y LUNA SERRANO, A. (Trad.), *Código*, Libro Primero, p. 3; y GANDOLFI, G. (Trad.), *Codice*, Libro Primo, p. 3).

<sup>1219</sup> NASARRE AZNAR, S., “II-3:101-II-3:103”, p. 203.

<sup>1220</sup> V. FARRANDO MIGUEL, I., “SWAPS”, pp. 52s. (dando cuenta de la jurisprudencia en materia de *swaps* de tipos de interés); y MORALES MORENO, A-M., (Comentario a los “Artículos 1269 y 1270”, p. 382.

dicho fraude también se justifica plenamente. La inducción a la suscripción de un contrato a través de aquel dispensa a la víctima del cumplimiento del contrato, al desmentir la presunción de que el negocio generará un intercambio que traiga aparejado un aumento de valor. La inversión en la producción y difusión de una mala información constituye un absoluto desperdicio en términos sociales, sin que deba, por tanto, premiarse a quien comete fraude. Por lo demás, la existencia de vías legales contra el fraude ahorra a las potenciales víctimas gastos en mecanismos de autoprotección, aun a pesar de que su descubrimiento pudiese representar un coste bajo<sup>1221</sup>.

De manera que una conducta ilícita por contravenir los imperativos de la buena fe y los deberes de lealtad precontractual debe producir consecuencias jurídicas (anulabilidad). Y no debe producir una conducta que no lo haga. Este es el caso de la reticencia lícita (inadvertencia legítima del error esencial ajeno), esto es, no contraria a la buena fe<sup>1222</sup> y del *dolus bonus*<sup>1223</sup>. No obstante, debe consignarse que la operatividad de este último se ha reducido por la imposición de la obligación precontractual de informar, principalmente en materia de consumo, y de la fuerza vinculante de la publicidad<sup>1224</sup>.

**[276] Acciones y omisiones.** La infracción dolosa de la obligación precontractual de informar de las EC puede tener lugar en virtud de una acción, una omisión o una mezcla de ambas. Estas configuran el elemento objetivo de la conducta dolosa.

En el caso de las acciones (incluido aquel en que estas concurren con omisiones), son ellas las que provocan una falsa representación de la realidad en la víctima<sup>1225</sup>. Por esto es que en este supuesto no debe recurrirse a ningún principio para justificar la procedencia de un deber informativo, recayendo sobre quien genera tal representación el deber de deshacerla, en virtud de la confianza suscitada en la otra parte<sup>1226</sup>.

En el caso de las omisiones nos encontramos en presencia del dolo negativo, por omisión o reticencia dolosa<sup>1227</sup>. Esta se presenta cuando tiene lugar la vulneración de un deber precontractual de informar, sin que la falta de concurrencia de uno (mera abstención) pueda generarla<sup>1228</sup>. De esta forma, la ocultación de información relevante

<sup>1221</sup> POSNER, R., *El análisis*, pp. 108s. y 111.

<sup>1222</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J., “La reticencia”, p. 167.

<sup>1223</sup> DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema*, p. 59; y MORALES MORENO, A.-M., (Comentario a los) “Artículos 1269 y 1270”, p. 382.

<sup>1224</sup> MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, pp. 566ss. y 571. V. también FARRANDO MIGUEL, I., “SWAPS”, p. 55 (dando cuenta de la jurisprudencia en materia de *swaps* de tipos de interés); y ROJO AJURIA, L., *El dolo*, pp. 225 y 237s.

<sup>1225</sup> Las acciones pueden consistir en “manifestaciones falsas, parciales o engañosas”. MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, p. 567.

<sup>1226</sup> V. DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, p. 290; y PAZ-ARES, C., “Principio”, p. 2890.

<sup>1227</sup> A pesar de que el art. 1269 CC se refiere a un comportamiento activo, la doctrina y la jurisprudencia admiten que dicho tipo de dolo también puede viciar la voluntad. MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, p. 568. Entre las STS que conectan la concurrencia del dolo con la omisión de información pueden mencionarse las de 21-6-78, 26-10-81, 9-7-85, 18-7-88, 27-3-89, 28-11-89, 27-9-90, 11-5-93, 29-3-94, 11-12-98, 11-6-03, 11-7-07, 11-12-06, 3-7-07, 26-3-09, 5-5-09, 16-2-10 y 5-3-10.

<sup>1228</sup> V. BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y., “El caso”, p. 229; DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 276s.; DE SÁ. A., *Direito*, pp. 96 y 100 (apuntando que el deber de aclaración ha de derivar de la ley o de las concepciones dominantes en el comercio); DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, p. 202; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema*, p. 58; FABRE-MAGNAN, M., *De l’obligation*, p. 298; FEBBRAJO, T., “Violazione”, pp. 173s. (respecto de la jurisprudencia italiana en materia de servicios de inversión); FLUME, W., *El negocio jurídico*, pp. 635s.; GALGANO, F., *El negocio jurídico*, pp. 308 y 462; GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1471; GHESTIN, J., “The

al cliente por parte de una EC, cuando dicha información resulta exigible conforme a determinada normativa, a la buena fe o a los usos del tráfico, puede constituir un supuesto de dolo omisivo<sup>1229</sup>. Cuando así ocurra, estaremos en presencia de un supuesto de defraudación de la buena fe por no colaboración en sacar a la contraparte de su error<sup>1230</sup>.

Eso sí, la mera infracción de la obligación precontractual de informar de las EC no es suficiente para configurar el dolo. Adicionalmente, debe concurrir el *animus decipiendi*, que implica que la respectiva entidad debe haber sido consciente del error del declarante y de su esencialidad, así como que se haya aprovechado de esta situación. Su prueba corresponde al cliente<sup>1231</sup>. Es decir, el dolo en este terreno no requiere intención de dañar, sino consciencia de la falsedad de la información, lo que abarca el dolo eventual<sup>1232</sup>. Asimismo, el cliente debe demostrar la existencia de una relación de causalidad entre el engaño y la prestación del consentimiento, de forma que sin él no habría contratado, sin perjuicio de que la respectiva prueba pueda tener lugar en virtud de alguna presunción de hecho<sup>1233</sup>. No cabe duda acerca de que aun cuando por lo común la prueba de estos requisitos resulta dificultosa, en algunos será más sencilla. Así, por ejemplo, cuando la EC que otorga un consejo o información al cliente tiene interés en que lo siga y no le informa a este respecto, presentándole el consejo o la información como si fuesen neutrales<sup>1234</sup>.

Adviértase, en todo caso, que los supuestos en que los tribunales entienden concurrente dolo por omisión son excepcionales y generalmente circunscritos a hipótesis en que el deber precontractual de informar ha sido positivado<sup>1235</sup>.

El dolo puede derivar también de una mezcla de acciones y omisiones, como cuando, aparte de la ausencia de provisión de una información que debía otorgarse, concurren determinadas conductas positivas que agravan la incorrecta representación de la realidad<sup>1236</sup>.

---

Pre-contractual Obligation”, p. 155; GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, p. 41; MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, p. 568; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., “El deber”, p. 170; MORALES MORENO, A-M., (Comentario a los) “Artículos 1269 y 1270”, pp. 387s.; MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P., “Nulidad”, p. 5; NASARRE AZNAR, S., “II.-3:101-II.-3:103”, p. 201 (y nota 80 –con cita de STS que lo definen-); QUIÑONERO CERVANTES, E., “El dolo”, pp. 353-356; y ROJO AJURIA, L., *El dolo*, pp. 258 y 262ss. Tampoco habrá lugar a la anulabilidad si la víctima llega a tener conocimiento de que la maquinación estaba destinada a incidir en su voluntad (MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, pp. 565 y 573). Respecto del dolo por omisión en general v. también DE VERDA Y BEAMONTE, J., “El dolo”, pp. 43-60; y RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Los vicios”, pp. 386s.

<sup>1229</sup> BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, p. 522.

<sup>1230</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J., “La reticencia”, p. 145; y MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., “El deber”, p. 170 (y nota 32).

<sup>1231</sup> V. BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y., “El caso”, p. 229; BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, p. 522; DE SÁ. A., *Direito*, p. 99; FARRANDO MIGUEL, I., “SWAPS”, pp. 53s.; y MATEO, J., “Reflexiones”, s/p (todos respecto de las EC); y, en general, DE VERDA Y BEAMONTE, J., “La reticencia”, pp. 146s. (precisando que este requisito no ha sido claramente definido por la jurisprudencia); y MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, p. 570.

<sup>1232</sup> DEL OLMO GARCÍA, P., “Responsabilidad”, p. 350.

<sup>1233</sup> BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y., “El caso”, p. 229; DE VERDA Y BEAMONTE, J., “La reticencia”, pp. 147-149; y MORALES MORENO, A-M., (Comentario a los) “Artículos 1269 y 1270”, p. 386.

<sup>1234</sup> DEL OLMO GARCÍA, P., “Responsabilidad”, pp. 351s.

<sup>1235</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J., “La reticencia”, p. 145 (nota 41).

<sup>1236</sup> V. DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, p. 289.

En fin, cabe referir que a tenor del art. 1270 (2) CC el dolo incidental (el que repercute de cierta manera en el contenido del contrato, por recaer sobre cláusulas accidentales o porque la víctima igualmente habría concluido el contrato pero en condiciones diferentes) no permite la anulación del contrato celebrado con una EC, dando lugar solo a indemnización de perjuicios<sup>1237</sup>. Sin embargo, autorizada doctrina concluye que no debe distinguirse entre dolo causante e incidental, considerando la gran dificultad práctica (sobre todo probatoria) de hacerlo, de manera que cualquier hipótesis de dolo podría ser determinante del consentimiento negocial y generar la anulación<sup>1238</sup>.

**[277] Aprovechamiento de mala fe de la situación de asimetría o debilidad de la víctima.** Mención especial merece el caso en que el *deceptor* no induce a error a la víctima pero se aprovecha de mala fe de la situación de asimetría o debilidad en que ella se encuentra en orden a la captación de su voluntad negocial y conclusión de un contrato muy ventajoso para él y muy desfavorable para su contraparte. En este supuesto, en ocasiones, el TS ha resuelto que ha de entenderse concurrente dolo-vicio. Esta conclusión se apoya en la amplitud del art. 1269 CC, que permite calificar de dolosa toda conducta que contravenga los deberes impuestos por la buena fe, sin que la norma exija la inducción a error, sino solo la captación ilícita de la voluntad. Esta misma interpretación permite tachar de dolosas aquellas conductas que generan un temor o un yerro que no reúnen los requisitos para invalidar el contrato por violencia o error<sup>1239</sup>.

Un ejemplo ilustrativo en el anterior sentido lo proporcionan los PECL. Estos, en su art. 4:109, contemplan la posibilidad de anular el contrato en caso de obtención de un provecho injusto o de un beneficio excesivo. En este supuesto, el interesado tiene derecho a solicitar la adaptación judicial del contrato (nº 2). Ante la demanda de anulación el tribunal puede proceder a su adaptación en conformidad a la buena fe. Frente a dicha solicitud, la contraparte dispone del mismo derecho (nº 3)<sup>1240</sup>. Así, los PECL permiten la impugnación del contrato cuando resulta leonino o abusivo. Tal cosa acontece cuando en el instante de la conclusión de aquel concurren determinados requisitos en los contratantes (nº 1). Primero –en lo que aquí importa-, que uno haya tenido una relación de confianza con el otro, se haya encontrado en problemas económicos, haya tenido otras necesidades urgentes o haya sido imprevisor, ignorante, inexperimentado o carente de capacidad negociadora. Segundo, que su contraparte haya conocido o debido conocer dichas circunstancias y, considerando estas y el objeto del contrato, se haya aprovechado de la referida situación de manera claramente injusta o conseguido un beneficio excesivo<sup>1241</sup>.

---

<sup>1237</sup> V. BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, p. 523; MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, pp. 571s.; y MORALES MORENO, A-M., (Comentario a los) “Artículos 1269 y 1270”, p. 407.

<sup>1238</sup> V. Díez-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema*, p. 59; GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, pp. 165s.; y MORALES MORENO, A-M., (Comentario a los) “Artículos 1269 y 1270”, pp. 407s.

<sup>1239</sup> V. MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, pp. 567s.; y MORALES MORENO, A-M., (Comentario a los) “Artículos 1269 y 1270”, p. 384. En contra, ROJO AJURIA, L., *El dolo*, pp. 250ss., para quien, si no concurren los requisitos de los arts. 1269 y 1270 CC, no habrá dolo, por mucho que no haya buena fe en el agente.

<sup>1240</sup> V. COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, LANDO, O. y BEALE, H. (Edits.), *Principles*, pp. 44 y 261-265; y MORALES MORENO, A-M., “¿Es posible”, p. 414.

<sup>1241</sup> V. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, pp. 203-205.



Lo óptimo sería que la precedente solución se acogiera expresamente por el Derecho positivo, sobre todo en materia de contratación con EC, ámbito en que el incumplimiento de la obligación precontractual de informar de estas empresas puede conducir a significativos desequilibrios en las posiciones de las partes.

Aun cuando la jurisprudencia relativa a la infracción de la obligación precontractual de informar de las EC no se ha hecho eco expresamente de la posibilidad de anular los contratos leoninos o abusivos cuando concurren defectos informativos, es posible apreciar en algunas sentencias ciertas consideraciones en esta dirección. No obstante, estas resoluciones no suelen estimar concurrente dolo-vicio, sino error. Así, en materia de *swaps* de tipos de interés algunas sentencias estiman concurrente la excusabilidad del error del cliente, aparte de por los defectos informativos habituales en estos casos, por desequilibrio en la posición de las partes al contratar cuando no se ha informado al cliente acerca de dicha disparidad<sup>1242</sup>. Asimismo, veremos *infra* § 302 que algunas resoluciones declaran abusivas determinadas cláusulas de los contratos con EC, aparte de por la concurrencia de los elementos propios de la abusividad, por falta de transparencia.

**[278] Dolo y error.** Por otra parte, cabe hacer una breve referencia a las relaciones entre el dolo y el error. Si bien el dolo requiere, para parte de la doctrina, la concurrencia de excusabilidad, al igual que el error, se diferencia de este en que, conforme al art. 1270 CC, le basta con ser determinante o grave para provocar la nulidad, cualquiera sea el yerro por él generado<sup>1243</sup>. Así, si la alegación de dolo del cliente de una EC se fundamenta en un defecto informativo, resulta irrelevante, en orden a la anulabilidad del contrato, cuál haya sido dicho defecto, contrariamente al caso del error, que procede cuando no se suministra la información concerniente a las presuposiciones contractuales<sup>1244</sup>.

Si la reticencia dolosa no reúne los requisitos para viciar el consentimiento estaremos ante una conducta no constitutiva de dolo, sino de negligencia, que, cumpliéndose los presupuestos pertinentes, podrá provocar en la víctima un error que sí lo vicie<sup>1245</sup>.

---

<sup>1242</sup> Así, entre otras, las SAP Álava (1) 14-4-11 (FD 4) y 5-5-11 (FD 3); Asturias (4) 12-11-10 (FD 3), 12-1-12 (FD 2) y 4-6-12 (FD 3), (5) 23-7-10 (FD 3) y (7) 16-12-10 (FD 4); Badajoz (2) 17-5-11 (FD 3, 5 y 9) y (3) 26-1-12 (FD 6); Barcelona (19) 9-5-11 (FD 4); Burgos (3) 16-4-12 (FD 3 y 8); Cáceres (1) 26-3-12 (FD 2 y 9); Girona (1) 1-9-11 (FD 6); Guipúzcoa (2) 20-7-11 (FD 3); Islas Baleares (5) 20-6-11 (FD 5); Las Palmas (5) 16-9-11 (FD 5); León (2) 22-6-10 (FD 2) y 21-1-11 (FD 3); Lugo (1) 8-2-11 (FD 2), 26-5-11 (FD 1) y 27-9-11 (FD 2); Madrid (10) 7-3-12 (FD 6); Navarra (1) 11-7-11 (FD 3); Orense (1) 1-12-11 (FD 2) y 3-1-12 (FD 5); Palencia (1) 9-2-12 (FD 3); Pontevedra (1) 7-4-10 (FD 4); Salamanca (1) 31-1-11 (FD 3) y 21-6-11 (FD 2); Valencia (9) 16-11-11 (FD 4); Valladolid (1) 3-11-11 (FD 5) y (3) 28-9-11 (FD 3); Zamora (1) 22-9-11 (FD 6); y Zaragoza (5) 20-6-11 (FD 10, 12, 13 y 14), 24-11-11 (FD 19) y 19-3-12 (FD 7) –consignando la existencia de desproporción en las limitaciones del *swap* pero advirtiendo que ello no es objeto de litigio en el caso específico–.

<sup>1243</sup> V. DE VERDA Y BEAMONTE, J., *Error*, p. 171 y “La reticencia”, p. 155; DÍAZ RUIZ, E. e IGLESIAS RODRÍGUEZ, J., “A propósito”, pp. 237s.; MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, p. 571; RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Los vicios”, p. 388; y ROJO AJURIA, L., *El dolo*, p. 195. El art. requiere, además, que el dolo no haya sido empleado por las dos partes. Ambas exigencias se mantienen en el proyectado art. 1300.1 PMDOC. V. GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., “La responsabilidad precontractual en la Propuesta”, p. 12.

<sup>1244</sup> Cfr. DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, p. 283. V. también MORALES MORENO, A-M., (Comentario a los) “Artículos 1269 y 1270”, p. 403.

<sup>1245</sup> MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, p. 570 (y nota 181).

En caso de que el dolo de una EC genere un error esencial en el cliente, este podrá elegir entre deducir la acción relativa al primero o al segundo. No obstante, puede constatarse en la jurisprudencia (incluida la relativa a la contratación con EC) una tendencia a encuadrar los casos de yerros inducidos (por acción u omisión) en la disciplina del error y no en la del dolo, a pesar de que dichos yerros puedan rayar en este último. Este proceder deriva de las dificultades probatorias del dolo. Y, asimismo, de la irrelevancia de dicha distinción en orden a las consecuencias de la invalidez<sup>1246</sup>.

**[279] Dolo y excusabilidad.** Se discute si la excusabilidad también resulta exigible en caso de dolo, al generar este un error en la víctima<sup>1247</sup>. Así, cabe preguntar si la negligencia del cliente de una EC que actúa con dolo, siendo conocida o reconocible su equivocación por esta, tiene o no trascendencia en orden a la anulación del contrato.

Para una tesis, sí la tiene, exigiendo en relación con el dolo el requisito excusabilidad. Así, la falta de cuidado del *deceptor* obstaría a la concurrencia de ella, al haber tenido la posibilidad de percatarse del engaño actuando con una diligencia normal<sup>1248</sup>. Sin embargo, es más ajustado a Derecho entender que no la tiene, considerando que en caso de dolo concurre en el *deceptor* una conducta de engaño y, por tanto, contraria a la buena fe. Esta conducta impide proteger su confianza en la declaración del *deceptor* (confianza que por lo demás, teniendo en cuenta su conducta, resulta difícil de construir), prevaleciendo el interés de este en la invalidez contractual, a pesar de que no haya actuado diligentemente<sup>1249</sup>.

No obstante lo anterior, las circunstancias personales del engañado (*v. gr.*, conocimientos, experiencia o cualificación) sí pueden tener relevancia respecto de la existencia misma del error, así como de su esencialidad (lo que torna innecesaria la evaluación de la excusabilidad), pudiendo conllevar que no se proceda a la anulación del contrato<sup>1250</sup>. Sin embargo, en estos casos, más que en presencia de negligencia, estaríamos solo ante una actitud de confianza del engañado en su contraparte<sup>1251</sup>.

**[280] Posición de la jurisprudencia.** Ahora bien, aun cuando no es frecuente la condena de EC por dolo *in contrahendo*, principalmente en consideración a que los

---

<sup>1246</sup> Cfr. DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, p. 276 (y nota 27); MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, pp. 564s.; DE VERDA Y BEAMONTE, J., *Error*, pp. 166 y 190-194 y “La reticencia”, pp. 155ss. (advirtiendo, en la p. 163 -nota 87-, que parte de los supuestos de dolo pueden incardinarse en el delito de estafa, lo que explica su traslación a la jurisdicción penal); y ROJO AJURIA, L., *El dolo*, p. 216.

<sup>1247</sup> BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., (Comentario al) “Artículo 1265”, p. 1497; y RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Los vicios”, pp. 377 y 385.

<sup>1248</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Los vicios”, p. 388.

<sup>1249</sup> Cfr. DE VERDA Y BEAMONTE, J., *Error*, pp. 160-163 y “El dolo”, p. 40; MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, p. 566 (refiriendo que a esta solución arriba el TS -nota 151-); y ROJO AJURIA, L., *El dolo*, pp. 244-246. Para el TS, en caso de que el *deceptor* sea un profesional sí se considera su actuación ingenua o de buena fe. V. MORALES MORENO, A-M., (Comentario a los) “Artículos 1269 y 1270”, p. 386.

<sup>1250</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J., *Error*, pp. 163s. V también DÍAZ RUIZ, E. e IGLESIAS RODRÍGUEZ, J., “A propósito”, pp. 239s. Los autores, comentando críticamente la SAP Álava (1) 18-1-11, que estima dolosa la conducta de la EC en relación con la comercialización de un *swap* de tipos de interés, consideran que la conducta de los clientes fue negligente, ya que la información relativa a dicho producto constaba en el contrato, que no habría sido leído por aquellos.

<sup>1251</sup> DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 307s. (interpretando diversas STS).

clientes suelen solicitar la nulidad por error y a lo dificultoso de la prueba de aquel, igualmente es posible encontrar algunas resoluciones en tal sentido<sup>1252</sup>.

La STS 17-1-05, confirmando la sentencia de segunda instancia, anula por dolo negativo de una EC un contrato de préstamo y el posterior de compraventa de acciones de la misma entidad por no informar al cliente respecto de los graves problemas financieros a que ella se encontraba afecta, así como de los riesgos a los que aquel se enfrentaba con la adquisición de tales valores<sup>1253</sup>.

Destaca también la SAP Álava (1) 18-1-11 (FD 3), relativa a un *swap* de tipos de interés. La resolución apunta que fue la EC la que ofreció el producto al administrador de las SL demandantes (quien no estaba interesado en su contratación), dándole a entender en la fase precontractual que aquel tenía por finalidad cubrirle ante las alzas de dichos tipos y ocultándole la información relativa a que podría implicarle costes en caso de disminución de los mismos por debajo de determinado límite. Agrega la Audiencia que la EC, ante la reticencia del cliente a contratar, le ofreció insistentemente el producto, llegando en cierto momento a proponerle la ampliación del crédito del que disponía, con lo cual termina venciendo su natural prudencia. En definitiva, el tribunal considera concurrente dolo en la entidad porque el cliente nunca hubiera contratado sin su insistencia, sin la convicción de que contrataba una especie de seguro y sin la oferta de ampliación del crédito<sup>1254</sup>.

En materia de servicios bancarios destaca la SAP Islas Baleares (3) 24-5-12. Esta, en relación con un préstamo con garantía hipotecaria, confirma la sentencia condenatoria de primera instancia, que había entendido concurrente dolo incidental en la EC por violación de las normas sobre transparencia bancaria, dando lugar a indemnización de perjuicios. La sentencia señala que “(e)n consecuencia, si se acredita que una parte contratante no proporcionó a la otra la información que le debía facilitar, puede entenderse que ha incurrido en dolo determinante de error, es decir, de una falsa

---

<sup>1252</sup> V. BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y., “El caso”, pp. 229s.; BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, pp. 522s.; FARRANDO MIGUEL, I., “SWAPs”, pp. 52-55; DÍAZ RUIZ, E. e IGLESIAS RODRÍGUEZ, J., “A propósito” (comentando la SAP Álava (1) 18-1-11); FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., “Anulación”, p. 393; y MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, p. 150.

<sup>1253</sup> En sentido contrario se pronuncian, en un supuesto semejante, las STS 2-11-01 y 30-9-02. En el caso resuelto por la primera la EC había demandado a los clientes en reclamación de cantidad derivada de una póliza de crédito suscrita para la adquisición de unas acciones de la entidad, las cuales experimentaron una significativa pérdida de valor. El tribunal desecha considerar la cuestión de los vicios del consentimiento porque los clientes no alegaron esta circunstancia en la contestación de la demanda. Estos, en el recurso formulado ante el TS, apuntaron que había concurrido dolo en la entidad al haber ocultado su patrimonio real y, por tanto, el valor de sus acciones. La sentencia descarta la presencia de dicho vicio, aparte de por no haberse alegado cuando correspondía, por no haberse probado (FD 3). La segunda resolución también se refiere a una reclamación de cantidad demandada por la EC contra el cliente por haber adquirido a su nombre unas acciones. En el caso concreto se había celebrado un contrato de préstamo para adquisición de unos bonos convertibles de la EC y uno de comisión por el cual el banco se obligaba a adquirir dichos bonos y canjearlos en su momento por acciones. El cliente alegó la concurrencia de dolo en la EC por haber sobrevalorado las acciones adquiridas. En su FD 5 la sentencia desecha esta alegación por no haberla formulado el cliente en la reconvencción y no haberse acreditado en la instancia el vicio del consentimiento. No obstante, en el FD 6 entiende que la EC no se sujetó a las “correctas prácticas bancarias”, por ejemplo, por no cumplir con informar al cliente acerca de la adquisición de las acciones, si bien advierte que este incumplimiento no ha sido objeto del debate. V. MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, p. 568.

<sup>1254</sup> V. NASARRE AZNAR, S., “Malas prácticas”, p. 2690. La sentencia está comentada críticamente en DÍAZ RUIZ, E. e IGLESIAS RODRÍGUEZ, J., “A propósito”, pp. 220ss., principalmente 237-242.

representación subjetiva de la realidad, dolo que en el caso de autos sería incidental por haber postulado la demandante la concurrencia de este tipo de vicio del consentimiento, y no el más grave dolo determinante o causal<sup>1255</sup>.

Entre las resoluciones que descartan la existencia de dolo en la EC puede mencionarse la STS 22-12-09 (FD 1). No obstante, consigna que no consta que la entidad haya cumplido con la transparencia deseable, otorgado prioridad a los intereses de los clientes frente a los suyos, actuado prudentemente, recabado información sobre el perfil de los clientes o informado a estos sobre la evolución de los valores, que finalmente fue negativa<sup>1256</sup>. Sobresalen asimismo las SAP Segovia (1) 21-7-11 (FD 2 y 4); y Zaragoza (5) 28-3-11 (FD 11), ambas relativas al contrato de *swap* de tipos de interés<sup>1257</sup>.

---

<sup>1255</sup> Asimismo, considera dolosa la conducta de la EC la SAP Lleida (2) 21-7-00 (FD 1 y 2). Otras sentencias en este sentido en materia de *swaps* de tipos de interés pueden consultarse en FARRANDO MIGUEL, I., “SWAPS”, pp. 54s.

<sup>1256</sup> La STS está reseñada en MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Inversiones”; y TAPIA HERMIDA, A., “Doctrina jurisprudencial”, pp. 260-266.

<sup>1257</sup> Sin embargo, la primera igualmente apunta (FD 4) que la incorporación de algunas cláusulas oscuras y contradictorias entre sí en un mismo contrato “resulta revelador del mal hacer de la entidad demandada, ideóloga y redactora del convenio, que podría hacernos sospechar de su intención de provocar confusión en la otra parte contratante para inducir la a error y a firmar el contrato (art. 1269 y 1270 del Código Civil (...))”. Finalmente, la sentencia, en el mismo FD, declara la nulidad al amparo del art. 1289 CC (nulidad del contrato por no poderse conocer la intención o voluntad de las partes, en caso de existir dudas que recaigan sobre el objeto principal del negocio jurídico), señalando:“(e)n efecto, el contrato sometido a examen y cuya nulidad se solicita, afirma una cosa y la contraria, siendo absolutamente imposible resolver las dudas que su clausulado plantea por las reglas determinadas en el art. 1281 a 1288 del Código Civil. Teniendo en cuenta que tales dudas recaen en el objeto principal del contrato, y en concreto sobre el contenido de la prestación a que se obliga el Cliente (mercantil actora) frente a la entidad bancaria demandada (art. 1261 y 1271 del Código Civil), hemos de concluir estimando el recurso de apelación y, consecuentemente, la demanda, a la vez que declaramos la nulidad del contrato de permuta financiera celebrado entre los litigantes el 20 de febrero de 2008”. Por su parte, en la citada SAP Zaragoza se lee: “No hay una prueba clara y determinante respecto al posible dolo o ánimo torticero de la entidad bancaria, al usar y abusar de una información privilegiada respecto al desarrollo futuro de la economía; siendo ella, precisamente, la que pretendía cubrirse frente a la bajada de intereses, ofertando exactamente lo contrario. Aunque la reciente historia económica y sus consecuencias -que los testigos proclaman como “impensable”- pudiera llevar a intuir lo contrario, la actora no ha aportado elementos técnicos suficientes para fundamentar este motivo de nulidad que, por tanto, ha de ser desechado”. V. asimismo las SAP Ávila (1) 9-9-10 (FD 4) –“pues ni se utilizaron palabras o maquinaciones insidiosas por parte de la comercial de (El Banco) quien de forma clara, escueta y fácil, hizo comprender en el acto del juicio en qué consistía el contrato, ni tampoco se aprecia engaño alguno, cuya probanza incumbiría a la aquí apelada”-; La Coruña (6) 4-11-10 (FD 2) –que desecha la concurrencia de dolo en la EC por no haberse probado sus presupuestos ni los requisitos para su configuración-; y Madrid (18) 5-10-11 (FD 5). En esta última el cliente era una inmobiliaria que había obtenido un considerable préstamo hipotecario, caucionándolo con un inmueble de abultada tasación (un hotel cuatro estrellas), y con experiencia en la contratación de productos semejantes con posterioridad a los enjuiciados. La sentencia también desecha el error esgrimido por haberse informado en el Contrato Marco de Operaciones Financieras respecto de la posibilidad de que las partes tuvieran que pagar en caso de cancelación anticipada, cuyo coste solo podía calcularse cuando ella tuviera lugar, motivo por el que difícilmente podría informarse acerca de su cuantía en el momento de la contratación. Y, adicionalmente, las SAP Asturias (7) 26-9-11 (FD 2); Islas Baleares (5) 2-9-11 (FD 3); y Madrid (25) 15-7-11 (FD 3). Estas últimas están mencionadas en BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y., “El caso”, p. 230 (nota 45) y reseñadas en CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M<sup>a</sup>. de la C., GALLEGU CÓRCOLES, A. y MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, M<sup>a</sup>. del P., “Crónica jurisprudencial del segundo semestre del año 2011 relativa al mercado de valores”, pp. 314s., 317 y 318, respectivamente.

## 8. No incorporación de condiciones generales de la contratación y nulidad

### a. Preliminar

[281] **Síntesis.** Según he apuntado, las resoluciones judiciales relativas a la infracción de la obligación precontractual de informar de las EC suelen dar lugar a la anulación del contrato por vicio del consentimiento, destacadamente por el vicio del error. No obstante, debe explorarse la posibilidad -como ya han hecho algunas sentencias- de que el incumplimiento de dicha obligación o, lo que es lo mismo, la falta de transparencia en la contratación con EC pueda desencadenar otro tipo de ineficacia. Según veremos, se trata de fórmulas que, en general, resultan beneficiosas para los clientes, sin perjuicio de que, en ocasiones, puedan generarles algunos inconvenientes.

[282] **Falta de transparencia. No incorporación y abusividad.** La falta de transparencia en la redacción de las condiciones generales puede evaluarse desde una triple perspectiva: la formal del control de incorporación, la interpretativa y la de justicia o equilibrio del contenido de las cláusulas (control de contenido o de abusividad). En el primer supuesto, la falta de transparencia se evalúa al margen de si dicho contenido es justo, razonable o equilibrado (caso de las cláusulas incomprensibles, imperceptibles o indeterminadas). En el segundo, la falta de transparencia se vincula con un problema de interpretación acerca del contenido de una cláusula ya incorporada, como ocurre con las que son ambiguas. En ambos supuestos, la transparencia se exige respecto del contenido jurídico del contrato (derechos y obligaciones). En el tercer caso, se relaciona con una asimetría o detrimento material que afecta al adherente, como ocurre con las cláusulas que, habiendo superado el control de incorporación, resultan sorpresivas o alteran encubiertamente el equilibrio entre precio y contraprestación. En esta hipótesis, así, la transparencia se exige en relación con el contenido económico del contrato<sup>1258</sup>.

En síntesis, la falta de transparencia en la contratación con EC puede generar la no incorporación de las condiciones generales que no cumplan con los requisitos de inclusión; determinado tipo de interpretación contractual; o, en su caso, la nulidad por abusividad de las cláusulas en que incida dicho defecto. El primer y tercer aspecto los analizo en esta sección. El estudio del segundo lo postergo para *infra* § 330.

[283] **Control de inclusión y no incorporación.** Según hemos visto, en aplicación de la LCGC y del TRLGDCU, las EC predisponentes de condiciones generales deben cumplir ciertos requisitos de información precontractual en relación con dichas condiciones. Primero, informar al cliente adherente acerca de su existencia y facilitarles un ejemplar con las mismas. Segundo, solventar determinadas características de redacción, reconducibles a la de transparencia. El mecanismo de verificación de estos

---

<sup>1258</sup> V. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, pp. 33, 38, 44-46, 75-76 y, con detalle, 79ss. Y específicamente respecto de la abusividad por falta de transparencia, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El control”, pp. 228ss.

requisitos es el control de inclusión<sup>1259</sup>. Se trata de un procedimiento que opera en la etapa previa a la inserción de las condiciones generales en el contrato<sup>1260</sup>.

La infracción de los requisitos de inclusión desencadena la no inserción de la respectiva condición general en la oferta o aceptación, según el caso<sup>1261</sup>. La sanción de no incorporación está contemplada por el art. 7 LCGC en relación con dos hipótesis de condiciones generales relevantes en la contratación con EC, ambas relacionadas con los requisitos exigidos por el art. 5 LCGC. Primero, las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer completamente al tiempo de celebrarse el contrato. Segundo, las ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles<sup>1262</sup>.

En el anterior sentido, debe advertirse que el incumplimiento del deber de transparencia en la redacción de los formularios con condiciones generales cubre toda actuación del empresario o profesional que en relación con dicha redacción provoque un conocimiento incompleto o defectuoso del contrato<sup>1263</sup>. Naturalmente, este aserto también rige para los contratos sobre servicios financieros<sup>1264</sup>.

A tenor del art. 9 LCGC, la declaración de no incorporación debe instarse por el adherente valiéndose del régimen general de nulidad contractual.

**[284] Control de contenido y abusividad.** Superado el control de incorporación, debe operar el de contenido. La no aprobación de este por determinada cláusula desencadena la nulidad. La aplicación de esta consecuencia se encuentra prescrita tanto en la LCGC como en el TRLGDCU<sup>1265</sup>. Con arreglo al art. 8.1 LCGC, las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto por ella o por otra norma imperativa o prohibitiva serán nulas de pleno derecho, salvo que contemplen una consecuencia diferente para el caso de contravención<sup>1266</sup>. Dicha sanción, a tenor del art. 8.2, se aplica especialmente a las cláusulas que resulten abusivas respecto de consumidores (*v. gr.*, por falta de transparencia). En este sentido, el art. 83 TRLGDCU establece que aquellas cláusulas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. También en este caso se aplica el régimen general de nulidad (art. 9 LCGC)<sup>1267</sup>.

---

<sup>1259</sup> V. MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., *Condiciones*, pp. 143s. El control de incorporación se define como “un mecanismo articulado en una serie de reglas cuya finalidad es decidir si las cgc se han incorporado al contrato por haber cumplido unos determinados requisitos, que representan una concreción del deber de buena fe que las partes contratantes tienen en la fase previa o preliminar del contrato”. LLODRÀ GRIMALT, F., *El contrato*, p. 259.

<sup>1260</sup> DÍEZ-PICAZO, L., (Comentario al) “Artículo 2”, p. 142. También corresponde aplicar la no incorporación en caso de infringirse el deber impuesto por el art. 27.4 LSSICE, que indica que antes del inicio del procedimiento de contratación el prestador de servicios debe poner a disposición del destinatario las condiciones generales de forma que puedan almacenarse y reproducirse por dicho destinatario. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J., “La contratación”, p. 1712.

<sup>1261</sup> V. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 7”, p. 236; LARROSA AMANTE, M., “Las condiciones”, p. 88; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 61.

<sup>1262</sup> MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., *Condiciones*, p. 144.

<sup>1263</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 33.

<sup>1264</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, J., “Las condiciones”, p. 243; NOVAL LAMAS, J., “El derecho”, p. 238 (respecto de la LCDSFDC); y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 166.

<sup>1265</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos”, p. 1658.

<sup>1266</sup> No sería más que una reiteración de los arts. 6.3 y 1255 CC. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos”, p. 1625 –respecto del primer precepto-.

<sup>1267</sup> V. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 7”, p. 235; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos”, p. 1667. PASQUAU LIAÑO, M., (Comentario a los) “Artículos 9 y 10”, pp. 278s., critica esta solución por no saberse dónde está exactamente el régimen general de nulidad (que más bien

Así, aun cuando las sanciones de ineficacia establecidas por la LCGC puedan resultar distintas en términos teóricos (no incorporación –art- 7- y nulidad –art. 8-), lo importante es que ambas se rigen por el régimen general de la nulidad (art. 9)<sup>1268</sup>.

**[285] Infracción de normas imperativas.** En fin, aparte de la no incorporación y de la abusividad por falta de transparencia, la infracción de las disposiciones sobre información precontractual aplicables a las EC puede generar la nulidad de pleno derecho del art. 6.3 CC, en tanto que dichas normas son de carácter imperativo.

## b. Aspectos procesales

**[286] Advertencia.** Teniendo en cuenta que la no incorporación de las condiciones predispuestas se disciplina por el régimen general de la nulidad y que tanto la abusividad por falta de transparencia como la infracción de las normas (imperativas) sobre información precontractual dan lugar a dicha sanción, corresponde estudiar ahora con carácter previo y someramente los aspectos procesales más destacados del régimen que se le aplica<sup>1269</sup>. Resulta imprescindible tratar esta temática antes del análisis sustantivo de los específicos supuestos de no incorporación y nulidad por incumplimiento de la obligación precontractual de informar de las EC, porque su exposición permitirá entender de mejor manera algunas consideraciones doctrinales y jurisprudenciales en relación con dichos supuestos.

**[287] Legitimación activa.** En primer lugar, la nulidad establecida por el art. 8 LCGC se encuentra limitada subjetivamente en cuanto al ejercicio de la respectiva acción o excepción, pudiendo instarla solo el cliente adherente. Primero, porque su n° 1 alude a las condiciones generales que vayan, “*en perjuicio del adherente*”, contra dicha ley. Segundo, porque el art. 9 legitima para solicitarla a dicho individuo<sup>1270</sup>.

En cuanto a la nulidad por infracción de norma imperativa (art. 6.3 CC), la regla general es que su declaración puede solicitarla cualquiera de las partes del contrato, así como todo tercero que esgrima un interés legítimo. No obstante, si la norma imperativa de que se trata protege a una sola de las partes del contrato (*v. gr.*, las del Derecho del consumo y las tuitivas del cliente bancario), la legitimación activa solo corresponde a dicha parte y no a la otra o a terceros<sup>1271</sup>.

---

ha construido la doctrina y la jurisprudencia), habiéndose perdido la oportunidad de elaborar un régimen específico para los contratos de adhesión.

<sup>1268</sup> AA.VV., CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *El Derecho*, p. 303.

<sup>1269</sup> Acerca de las cuestiones procedimentales de la nulidad *v.* LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad*, pp. 30-32, 204-207 y 223s.; y QUICIOS MOLINA, S., “La ineficacia”, pp. 1244-1254.

<sup>1270</sup> V. LARROSA AMANTE, M., “Las condiciones”, p. 93; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad*, p. 47; PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos”, pp. 1666s.; y PASQUAU LIAÑO, M., (Comentario a los) “Artículos 9 y 10”, p. 278 (*v.* también las pp. 282-284). Este último, en las pp. 237s., señala que, en general, la no incorporación por infracción de los requisitos de información relativos a la existencia de las condiciones generales y entrega de ejemplar no sería susceptible de alegarse por medio de acciones colectivas, ya que ella solo puede analizarse en relación con el caso concreto. Eso sí, el art. 19 LCGC parece apuntar a la posibilidad contraria, al prescribir que las acciones colectivas podrán ejercerse luego de la declaración judicial firme de no incorporación, cuando esta se produce con posterioridad a su prescripción a consecuencia de una acción individual. Esta solución se justifica en el hecho de que los requisitos de redacción (transparencia) sí pueden examinarse en abstracto. Acerca de las acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales (arts. 12 a 19 LCGC) y de cesación de la utilización de cláusulas abusivas (54 TRLGDCU) *v.* PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos”, pp. 1671-1674.

<sup>1271</sup> V. QUICIOS MOLINA, S., “La ineficacia”, pp. 1247 y 1249.

**[288] Vías para hacer valer la nulidad.** En segundo lugar, la nulidad puede hacerse valer por vía de acción o excepción. Ejemplo de esta segunda alternativa sería la alegación por parte del cliente adherente de una EC de la no incorporación por falta de información acerca de la existencia de las condiciones generales o por no facilitación del ejemplar de las mismas. En este caso, el cliente podría esgrimir la nulidad a través de una excepción, al corresponder la prueba de los requisitos de inclusión al predisponente. También es posible que el cliente formule su pretensión como si la respectiva condición no estuviera incorporada. En fin, si alega la falta de cumplimiento de los requisitos de redacción (transparencia) habiendo tenido lugar el conocimiento formal de dichas condiciones, podría solicitar directamente la no inclusión<sup>1272</sup>.

Por lo que respecta a la articulación de la nulidad vía excepción, debe tenerse en cuenta que el art. 408.2 LEC homologa la alegación de dicha consecuencia a una reconvencción<sup>1273</sup>.

**[289] Declaración de oficio.** En tercer término, la nulidad de pleno derecho puede ser declarada de oficio por el tribunal, es decir, opera prescindiendo de su solicitud por el cliente e, incluso, de su voluntad<sup>1274</sup>.

De manera que la nulidad se puede imponer a los clientes de las EC por parte de los tribunales sin que necesariamente sea lo más conveniente para sus intereses. Así, a pesar de que el cliente no la haga valer y decida instar el cumplimiento del contrato, principalmente en aplicación de las normas de integración que procedan (destacadamente los arts. 61 y 65 TRLGDCU), el juez igualmente podría declararla. Asimismo, en caso de que el cliente sea demandado por la EC para que cumpla el contrato y no alegue el respectivo defecto, el tribunal también podría apreciarla de oficio<sup>1275</sup>. Todo lo cual debe entenderse sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de la nulidad parcial, si concurren los elementos esenciales del contrato<sup>1276</sup>.

Una primera vía para sortear la aludida dificultad pasa por asumir una idea flexible de la invalidez contractual. Esta implica considerar que la aplicación de los caracteres procesales tradicionalmente anudados a la nulidad y la anulabilidad por parte de la

---

<sup>1272</sup> V., en general, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad*, p. 47; y QUICIOS MOLINA, S., “La ineficacia”, pp. 1252s. Respecto de las condiciones generales de la contratación, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 7”, p. 237; LARROSA AMANTE, M., “Las condiciones”, p. 88; y PASQUAU LIAÑO, M., (Comentario a los) “Artículos 9 y 10”, p. 287. Y acerca de estas posibilidades en relación con la nulidad de cláusulas abusivas PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos”, pp. 1670s.

<sup>1273</sup> V. QUICIOS MOLINA, S., “La ineficacia”, pp. 1252s.

<sup>1274</sup> V. QUICIOS MOLINA, S., “La ineficacia”, p. 1249; y PASQUAU LIAÑO, M., (Comentario a los) “Artículos 9 y 10”, pp. 284-287.

<sup>1275</sup> V., en general, LARROSA AMANTE, M., “Las condiciones”, p. 96; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad*, p. 31; y QUICIOS MOLINA, S., “La ineficacia”, p. 1249 (precisando que en el segundo caso la nulidad se puede alegar como excepción -p. 1252-). También puede ocurrir que la EC le haya proporcionado al cliente los documentos informativos pertinentes cumpliendo con las características, contenido y medio de transmisión exigidos preceptivamente, pero las explicaciones otorgadas por los comerciales de la entidad antes de la contratación hayan contribuido a distorsionar la información entregada y a propiciar la manifestación de un consentimiento viciado. En este supuesto, si bien no procederá la nulidad por infracción de normas imperativas (al haberse cumplido), al cliente igualmente le quedará la vía de la anulabilidad por vicio del consentimiento, sin perjuicio de que una vez conocida completamente la información pudiera optar por la conservación del contrato.

<sup>1276</sup> DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, pp. 587s.; y LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad*, pp. 33s. y 335s.



doctrina dualista (la que distingue de manera monolítica ambos tipos de ineficacia), debería depender de la finalidad de la respectiva norma, de la clase de vicio y de las peculiaridades del proceso civil. Ello conllevaría que, en ocasiones, la nulidad de pleno derecho pudiera no ser apreciada de oficio. A modo de ejemplo, la estimación de si una cláusula resulta abusiva no debería conducir a un procedimiento contradictorio si dicho carácter resulta evidente (*v. gr.*, las de la “lista negra” del TRLGDCU), pero sí debería hacerlo en caso de que resulte discutible. Dentro de este último supuesto estarían las cláusulas del art. 82.1 (que, según veremos, pueden resultar abusivas por falta de transparencia) y las de la lista gris del TRLGDCU. En estas hipótesis se tendría que dar cabida a la alegación de las partes y a la práctica de prueba<sup>1277</sup>.

Sin perjuicio de las anteriores consideraciones, lo cierto es que, en la práctica, salvo que la procedencia de la nulidad resulte indiscutible para todos los actores del juicio (cosa infrecuente), en un amplio abanico de supuestos se debería dar lugar a la discusión procesal acerca de ella, sin que la declaración judicial de oficio deba operar automáticamente. Así, esta posibilidad debe proceder con carácter excepcional, a fin de posibilitar la respectiva discusión procesal, en orden a dar vigencia al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y a los principios de congruencia, aportación de parte, contradicción y prohibición de la indefensión<sup>1278</sup>.

Adicionalmente, la evaluación de si una EC, en cumplimiento de su deber de transparencia, ha proporcionado al cliente una información clara y comprensible, sobre todo acerca del contenido económico del negocio jurídico, es una cuestión que, principalmente en contratos complejos, resulta difícil de determinar. Incluso, no puede mantenerse que una información oscura provoque siempre efectos perjudiciales para el cliente, pudiendo ser estos neutros o incluso favorables para él<sup>1279</sup>.

A mayor abundamiento, si de lo que se trata es de proteger los intereses del cliente, debe tenerse en cuenta que la declaración de oficio de la nulidad podría impedirle que mantenga la validez del contrato cuando le resulte conveniente. En este sentido, en relación con el problema de la declaración de oficio de la nulidad por abusividad de las cláusulas suelo en los préstamos con garantía hipotecaria a interés variable, la STS (Sala de lo Civil, Pleno) 9-5-13 (FD 6.2) –siguiendo al TJUE– se inclina por entender que al

---

<sup>1277</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos”, pp. 1667s., advirtiendo que la quiebra de la distinción tradicional de ambas ineficacias en torno a sus consecuencias procesales se manifiesta en la LCGC, que atribuye la legitimación de la acción de nulidad al adherente. El autor también plantea que los otros caracteres procesales habitualmente vinculados a la nulidad puedan no aplicarse en todos los casos, pudiendo operar en algunos una legitimación activa restringida, la prescriptibilidad o la no apreciabilidad de oficio.

<sup>1278</sup> Cfr. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos”, pp. 1668s. (descartando el argumento relativo a la congruencia de la sentencia); RODRÍGUEZ MORATA, F. (Comentario al) “Artículo 6”, pp. 62s.; DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Ineficacia”, p. 584; LARROSA AMANTE, M., “Las condiciones”, pp. 96s.; y QUICIOS MOLINA, S., “La ineficacia”, p. 1249 (con exposición, en esta p. y en la s., de los criterios jurisprudenciales y doctrinales conforme a los cuales procedería la declaración de oficio). V. también la STS (Sala de lo Civil, Pleno) 9-5-13 (FD 6.5), que declara nulas por abusividad en el caso concreto las cláusulas suelo en unos préstamos con garantía hipotecaria a interés variable. La sentencia está comentada en ACHÓN BRUÑÉN, M<sup>a</sup>. J., “Cláusulas”, s/p; CORDERO, E., “Nulidad” y “Cláusula”; GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup>. del C., “STS 9 de mayo de 2013”; PLAZA PENADÉS, J., “Delimitación”; y SÁNCHEZ MARTÍN, C., “El control”.

<sup>1279</sup> V. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 135. Si bien el autor esgrime esta idea para no aceptar que la abusividad por falta de transparencia pueda operar de forma automática sin necesidad de evaluar su incidencia en el equilibrio del contrato, no se ve inconveniente para aplicar su tesis en los términos expuestos.

cliente consumidor le asiste la facultad de determinar, una vez que ha sido informado por el tribunal, si decide instar dicha declaración y, en su caso, oponerse a ella.

En definitiva (valga esto como regla general), si habiéndose cumplido el contrato la aplicación de la nulidad puede suponer un detrimento para la parte protegida por la respectiva norma, no resultará conveniente dicha aplicación<sup>1280</sup>.

**[290] Prescripción y caducidad.** En cuarto lugar, la posibilidad de los clientes de las EC de alegar la nulidad por infracción de la obligación precontractual de informar de dichas empresas no se encuentra sometida ni a plazo de prescripción ni de caducidad<sup>1281</sup>.

**[291] Confirmación y convalidación voluntaria.** Luego, la nulidad de pleno derecho no admite confirmación, lo cual contrasta con la anulación del contrato por vicio del consentimiento, que sí permite la confirmación expresa o tácita. Empero, dicha consecuencia sí es susceptible de convalidación voluntaria por vías inequívocas, al ser entendida esta como una renuncia de la acción de nulidad. Ello, siempre que no se contraríe el orden público o el interés de terceros y el adherente se encuentre en posición de deducir dicha acción. A modo de ejemplo, este último sería el caso del cliente adherente que reclama determinada conducta de la EC predisponente en conformidad a cierta cláusula que no tuvo oportunidad real de conocer al contratar<sup>1282</sup>. Dicho cliente podrá optar por la aplicación de las condiciones generales presentes en la oferta. En caso de ser consumidor, podrá hacerlo en virtud de la regla de integración del art. 61 TRLGDCU<sup>1283</sup>.

**[292] Ineficacia total y parcial.** En sexto lugar, teniendo a la vista los arts. 9.2 y 10 LCGC, cabe consignar que la no incorporación o la declaración de nulidad de determinadas cláusulas no producirán la nulidad total del contrato celebrado con una EC si puede subsistir sin ellas. Sobre este punto deberá pronunciarse la sentencia que, en su caso, habrá de integrar la parte del contrato afectada por la no incorporación o la nulidad en conformidad al art. 1258 CC y a las disposiciones sobre interpretación contenidas en este.

Para el caso de la contratación entre EC y clientes consumidores corresponde aplicar, adicionalmente, el art. 83 TRLGDCU. Esta norma prescribe que la parte del contrato afectada por la nulidad derivada de abusividad debe integrarse con arreglo al art. 1258 CC y al principio de buena fe objetiva. En este sentido, el tribunal dispondrá de

---

<sup>1280</sup> CARRASCO PERERA, Á, (Comentario al) “Artículo 6.3”, pp. 826s., refiriéndose al “principio de efectividad”, que es uno de los criterios que sirve para determinar cuándo procede la nulidad en aplicación del art. 6.3 CC.

<sup>1281</sup> V., en general, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad*, p. 223; y QUICIOS MOLINA, S., “La ineficacia”, p. 1245. Respecto de la no incorporación, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 7”, p. 237; y LARROSA AMANTE, M., “Las condiciones”, p. 88. PASQUAU LIAÑO, M., (Comentario a los) “Artículos 9 y 10”, p. 288, opina que se debe aplicar el plazo general de prescripción de quince años a la acción de declaración de no inclusión cuando el incumplimiento de los requisitos de incorporación necesite un debate judicial con todas las garantías y, por consecuencia, la deducción de una acción. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos”, pp. 1669s., respecto de la acción de nulidad de las cláusulas abusivas, opina a favor de la prescriptibilidad con aplicación del plazo general de quince años.

<sup>1282</sup> V. PASQUAU LIAÑO, M., (Comentario a los) “Artículos 9 y 10”, pp. 290s. Y exclusivamente acerca de la confirmación de la nulidad LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad*, p. 223.

<sup>1283</sup> V. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 7”, p. 238 (aludiendo a la LGDCU).

facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de los contratantes, en caso de subsistencia del negocio jurídico, y de las consecuencias de su ineficacia en el supuesto de perjuicio apreciable para el consumidor. En caso de que las cláusulas subsistentes den lugar a una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda subsanarse, el juzgador podrá declarar la ineficacia del contrato.

Luego, aunque el CC no lo señale, igualmente la nulidad por infracción de norma imperativa del art. 6.3 puede ser total o parcial. La segunda procedería, en su caso, en aplicación del principio de conservación del contrato. En este supuesto también deberá procederse a la integración en conformidad al art. 1258 CC y demás normas aplicables. Lo cual debe entenderse sin perjuicio de que pueda tener lugar la ineficacia completa del contrato cuando no pueda subsistir sin las cláusulas nulas. Esto ocurrirá cuando se trate de cláusulas referidas a elementos esenciales del negocio jurídico, supuesto en que es de presumir que las partes no habrían pactado sin ellas<sup>1284</sup>.

Considerando que detrás de la no incorporación y la nulidad subyace el orden público de protección, la ineficacia parcial se impone como regla general. Esta sanción procede con carácter objetivo, esto es, sin que resulte relevante la hipotética voluntad de los contratantes en orden a la conservación de la parte del contrato que sea válida. Su propósito es la protección del interés del cliente en la conservación del contrato y en la subsiguiente satisfacción del interés contractual positivo. Ello le impide tener que soportar la declaración de invalidez de todo el contrato, principalmente teniendo en cuenta que el respectivo defecto no le resulta imputable. A modo de ejemplo, la invalidez parcial operaría ante cláusulas no incorporadas por ser sorprendentes, supuesto en el que el tribunal deberá integrar el contrato con arreglo a su objeto o causa normales. Cabe reiterar, eso sí, que en el caso de los contratos con consumidores, el juzgador dispondrá de facultades moderadoras en relación con los derechos y obligaciones de las partes.

La nulidad total queda reservada para casos excepcionales. Esto es, para cuando la nulidad o la no incorporación afecte uno de los elementos esenciales del contrato en conformidad al art. 1261 CC (art. 9.2 LCGC), o sea, para cuando aquel no pudiera subsistir sin dichos elementos (art. 10.1 LCGC, en sentido contrario). Asimismo, en el caso de los contratos con consumidores, la nulidad total podría ser declarada por el tribunal en caso de que las cláusulas subsistentes desembocaran en un desequilibrio en la posición de las partes que no pueda remediarse (art. 83.2 (3) TRLGDCU). En este supuesto, el tribunal deberá moderar las consecuencias de la ineficacia (art. 83.2 (2) TRLGDCU), lo que se traduciría en una indemnización por el interés negativo (no del positivo), a favor del consumidor. La nulidad total podrá aplicarse cuando la supresión genere una oscuridad interpretativa que recaiga sobre el objeto principal del negocio jurídico; el surgimiento de un nuevo contrato no deseado por las partes; o una asimetría económica relevante para el predisponente que rompa con el equilibrio prestacional de las partes. En estos supuestos tampoco resulta relevante la voluntad del adherente o del predisponente. En todo caso, en rigor, cuando la no incorporación o la nulidad impiden

---

<sup>1284</sup> V., acerca de ambos tipos de ineficacia, AA.VV., CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *El Derecho*, p. 344; RODRÍGUEZ MORATA, F. (Comentario al) “Artículo 6”, p. 63; DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Ineficacia”, pp. 586ss.; PASQUAU LIAÑO, M., (Comentario a los) “Artículos 9 y 10”, pp. 291ss. (respecto de la nulidad parcial en la LCGC); PLAZA PENADÉS, J., “Delimitación”, s/p; y QUICIOS MOLINA, S., “La ineficacia”, pp. 1235s. (con exposición de la tesis favorable a la nulidad parcial como regla general y de la que la plantea como aplicable en atención a cada caso).

la subsistencia del contrato nos encontraríamos ante un supuesto de resolución (y no de nulidad) de la parte de aquel a que se propagó la ineficacia<sup>1285</sup>.

Un relevante ejemplo de nulidad parcial en la contratación con EC por incumplimiento de su obligación precontractual de informar lo proporciona la STS (Sala de lo Civil, Pleno) 9-5-13, referida a las cláusulas suelo en los préstamos con garantía hipotecaria a interés variable. La sentencia aplica la nulidad parcial a los contratos litigiosos, considerando nulas por abusivas a consecuencia de falta de transparencia las aludidas cláusulas en el caso concreto, subsistiendo aquellos en lo restante (FD 16)<sup>1286</sup>.

Por lo que atañe a la facultad de integración que asiste a los tribunales en caso de nulidad parcial, un buen ejemplo es el de la cláusula que en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria señala que los intereses se calcularán sobre el capital pendiente de amortizar al término del periodo anual de liquidación precedente. Adviértase, eso sí, que a los efectos de este trabajo, la mencionada cláusula solo tendría relevancia en la medida de que la EC no hubiese cumplido con la obligación precontractual de informar al cliente a su respecto. Partiendo de esta premisa, dicha cláusula debería entenderse como abusiva si se la pone en relación con la que fija la liquidación mensual o trimestral del préstamo. En aplicación del principio de buena fe, la aludida cláusula debería reemplazarse por una regulación negocial en cuya virtud los referidos intereses se calcularan en relación con el capital pendiente de amortizar en cada periodo de liquidación mensual o trimestral<sup>1287</sup>.

Para concluir este epígrafe, cabe advertir que, a pesar de la posibilidad de integración del contrato en caso de nulidad parcial por abusividad contemplada por el art. 83 TRLGDCU, la Sala Primera del TS ha señalado que “(d)e acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo las cláusulas abusivas nulas no vinculan a ningún efecto. El juez no puede integrar o moderar dichas cláusulas, que deben ser tenidas por no puestas”<sup>1288</sup>.

**[293] Efectos de la nulidad.** En fin, por lo que respecta a los efectos de la nulidad, cabe tener en cuenta que la principal consecuencia de su declaración es que ambas partes deberán proceder a las restituciones mutuas de las prestaciones con efecto retroactivo, esto es, del principal más los intereses (art. 1303 CC)<sup>1289</sup>. No obstante, veremos *infra* § 302 que la aplicación de la nulidad con efecto retroactivo ha sido relativizada recientemente por la STS (Sala de lo Civil, Pleno) 9-5-13, que declara la nulidad por abusividad derivada de la falta de transparencia de las cláusulas suelo en unos préstamos con garantía, sin aplicar la nulidad con dicho efecto.

---

<sup>1285</sup> Cfr., respecto de este párrafo y el anterior, LARROSA AMANTE, M., “Las condiciones”, pp. 97s.; PASQUAU LIAÑO, M., (Comentario a los) “Artículos 9 y 10”, pp. 296-299 y 301; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos”, pp. 1658s. y 1664s. V., acerca de la forma de integrar los contratos en caso de nulidad parcial, las pp. 1659-1664 de este último texto (en relación con las cláusulas abusivas, con algunos ejemplos de contratación de servicios financieros).

<sup>1286</sup> La sentencia está comentada en CORDERO, E., “Nulidad”; GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup>. del C., “STS 9 de mayo de 2013” (v. especialmente las pp. 7s.); y SÁNCHEZ MARTÍN, C., “El control”.

<sup>1287</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos”, p. 1660.

<sup>1288</sup> TRIBUNAL SUPREMO (Sala Primera), *Jornada*, p. 2 (punto 5) -documento referido al procedimiento de ejecución hipotecaria entre profesionales y consumidores-. La sentencia del TJUE 14-6-12 (asunto C-618/10, apartado 73), relativa a los intereses de demora en la contratación con una EC, había establecido esta conclusión. V. ACHÓN BRUÑÉN, M<sup>a</sup>. J., “Cláusulas”, s/p; CÁMARA LAPUENTE, S., “No puede calificarse”, p. 16 (nota 39); GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup>. del C., “STS 9 de mayo de 2013”, pp. 7s.; y PLAZA PENADÉS, J., “Delimitación”, s/p.

<sup>1289</sup> V. CARRASCO PERERA, Á., *Derecho*, pp. 705s.

**[294] Ventajas procesales para el cliente de la aplicación de la nulidad.** Ahora bien, considerando lo precedentemente expuesto, son variadas las ventajas que produce la nulidad de pleno derecho para los clientes de las EC que incumplen su obligación precontractual de informar, si se le compara con la anulabilidad por vicio del consentimiento. Los clientes resultarían favorecidos sobre todo con la nulidad por infracción de norma imperativa (art. 6.3 CC), puesto que en los casos de no incorporación y nulidad por abusividad deben concurrir requisitos más rigurosos en orden a su procedencia.

En general, conforme al régimen dual de invalidez (nulidad y anulabilidad), las ventajas para el cliente de la aplicación de la nulidad de pleno derecho, si se las compara con las de la anulabilidad, derivan de la indisponibilidad de la acción referida a la primera o, en sentido contrario, de la disponibilidad de la referida a la segunda. La indisponibilidad de la nulidad de pleno derecho justifica algunas relevantes características procesales de la misma: imprescriptibilidad, apreciabilidad de oficio, legitimación activa amplia, alegación vía excepción e imposibilidad de confirmación<sup>1290</sup>.

De modo específico, una primera ventaja de aplicar la nulidad de pleno derecho (sobre todo por infracción de normas imperativas), si se la compara con la anulabilidad, estriba en que se evitan debates judiciales centrados en los requisitos de los vicios del consentimiento cuando el cliente no ha recibido ninguna información o ha recibido una ilegible, ambigua, oscura o incomprensible. La circunstancia de que el ordenamiento jurídico haya contemplado reglas sobre información precontractual implica que su intención ha sido que estas se cumplan siempre, prescindiendo de las consideraciones sobre conocimientos, experiencia o cualificación del cliente a que conduce la aplicación de la anulabilidad. Esta consecuencia se traduce en una mayor protección de aquel, al poder quedar desligado del contrato sin necesidad de tener que rebatir, en su caso, las alegaciones de la EC consistentes en que su nivel de conocimientos, experiencia o cualificación obstaban a la excusabilidad de su error. Esta idea se ve reforzada por el hecho de que las normas sobre información precontractual aplicables a las EC benefician, en la generalidad de los casos, a clientes cuyos conocimientos, experiencia o cualificación les impiden comprender satisfactoriamente una operación<sup>1291</sup>.

La anterior conclusión resulta particularmente relevante en materia de servicios de inversión, en que la normativa MiFID obliga a las ESI a clasificar a los clientes en minoristas o profesionales. Identificado un cliente como minorista, corresponde que se cumplan a su respecto las rigurosas reglas sobre información precontractual contempladas en aquella normativa y que su vulneración genere, en los mencionados supuestos, la nulidad de pleno derecho, con independencia de los conocimientos, experiencia o cualificación de aquel. El mantenimiento de un contrato como válido cuando se han vulnerado las normas de conducta que rigen para las ESI implicaría la

---

<sup>1290</sup> V. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos”, pp. 1666-1668 (en relación con la nulidad de las cláusulas abusivas). Eso sí, el autor plantea la necesidad de que la nulidad se aplique de manera flexible en relación con la operatividad de los aludidos aspectos procesales, que debería depender de las circunstancias del caso.

<sup>1291</sup> Adicionalmente, la aplicación de la nulidad por infracción de las normas imperativas que rigen la contratación con EC puede cumplir una finalidad preventiva, en orden a alertar a dichas entidades de que el incumplimiento de aquellas normas podría traducirse en la ineficacia de pleno derecho del negocio jurídico. V. REDONDO TRIGO, F., “La nulidad”, p. 653.

frustración de la finalidad de regulación de los mercados de valores que corresponde a dichas normas<sup>1292</sup>.

El hecho de que los tribunales, en bastantes ocasiones, hayan recurrido a reflexiones vinculadas a los conocimientos, experiencia o cualificación de los clientes de servicios de inversión, descartando la excusabilidad del error en caso de superar dichos extremos determinado umbral, se explica, según señalara, por la circunstancia de que la normativa interna no ha recepcionado la normativa MiFID con toda la fidelidad que cabía esperar. Recuérdesse que esta última prescribe que son clientes profesionales solo los del listado cerrado de la normativa comunitaria, mientras que la primera establece que lo son tanto los de dicho elenco como aquellos individuos respecto de los cuales se presume determinado grado de conocimientos, experiencia o cualificación, siendo minoristas los demás. Esta discrepancia normativa hace que los tribunales evalúen el nivel de conocimientos, experiencia y cualificación de los clientes, sin que se limiten a entender (como deberían hacer) que estos factores solo pueden concurrir en grado suficiente respecto de los clientes profesionales mencionados en el aludido listado y no respecto de los clientes minoristas<sup>1293</sup>.

Eso sí, según revelan las resoluciones judiciales estudiadas, puede apreciarse que suelen considerar excusable el error del cliente cuando este posee un nivel de conocimientos, experiencia o cualificación inferior a determinado margen. Es decir, en buena parte de los supuestos las sentencias analizadas dan lugar a la ineficacia del contrato, con lo que se consigue un efecto semejante al que se obtendría con la aplicación de la nulidad de pleno derecho.

Otra ventaja de la aplicación de la nulidad para los casos de infracción de la obligación precontractual de informar de las EC estriba en que solo puede solicitar su declaración la parte protegida con la respectiva norma (adherente o consumidor) sin que pueda solicitarla la EC. Asimismo, el tribunal puede declararla de oficio. Con esto se elimina toda posibilidad de debatir acerca del nivel de conocimientos, experiencia o cualificación del cliente. No obstante y según vimos, cuando al cliente le interesa mantener en vigor el contrato la posibilidad de declaración de oficio puede terminar perjudicándole. Por esto es que en determinados supuestos deberá darse lugar a la discusión procesal acerca de si efectivamente procede la aplicación de la nulidad, sin que corresponda apreciarla de oficio (v. *supra* § 289).

Una tercera ventaja de la aplicación de la nulidad para los casos de infracción de la obligación precontractual de informar de las EC estriba en que el cliente a quien interesa la conservación del contrato puede conseguirlo mediante la aplicación de la nulidad parcial<sup>1294</sup>, con el subsiguiente mantenimiento de los efectos que le resulten beneficiosos. De no operar esta posibilidad el cliente a quien interesa dicha conservación podría verse desincentivado a ejercer la acción de nulidad. Además,

---

<sup>1292</sup> REDONDO TRIGO, F., “La nulidad”, p. 648. V también GARRIDO, J. M., “Las permutas”, p. 454, que repara en que las sentencias relativas a los *swaps* de tipos de interés se han centrado en el tema del error invalidante, en lugar de analizar el cumplimiento de las normas de conducta, lo que conduciría a que los clientes no tengan la posibilidad de obtener resoluciones favorables a sus intereses si no se acredita el error.

<sup>1293</sup> V. MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, pp. 30s. y 152s.

<sup>1294</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, pp. 140s. y 214.

mediante su aplicación deja de verse expuesto a la devolución de prestaciones que ya ha consumido<sup>1295</sup>.

En cuarto término, contrariamente a la anulabilidad por vicio del consentimiento, la nulidad se puede alegar por vía de excepción y no solo de acción o reconvención<sup>1296</sup>.

Luego, la aludida nulidad presenta como una importante ventaja para el cliente que la acción para instarla es imprescriptible<sup>1297</sup>.

En fin, la aplicación de la nulidad impide estimar que determinadas conductas del cliente impliquen una confirmación del contrato, ya que dicho tipo de nulidad, contrariamente a lo acontecido con la anulabilidad por vicio del consentimiento, no admite aquella posibilidad<sup>1298</sup>. Así, por citar un ejemplo ilustrativo, no debería entenderse que un cliente que no reclama mientras las liquidaciones de un *swap* de tipos de interés fueron positivas pierda el derecho a hacerlo una vez que empiezan a ser negativas, si se acredita que contrató, a consecuencia del incumplimiento de las normas sobre información precontractual, en la creencia de que el producto solo conseguía cubrirlo ante las alzas de dichos tipos. Asimismo, tampoco debería entenderse que un cliente que celebra con una EC un contrato para la adquisición de participaciones preferentes deje de tener el referido derecho por haberse beneficiado en su momento con el abono de los respectivos cupones, si manifestó su voluntad, a consecuencia de la defectuosa información que se le proporcionó, en la convicción de que contrataba un depósito<sup>1299</sup>.

### c. No incorporación de condiciones generales de la contratación

[295] **Síntesis.** Según hemos visto, el incumplimiento de los requisitos de inclusión de las condiciones generales se sanciona con la no incorporación de las mismas,

---

<sup>1295</sup> V., en general, AA.VV., CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *El Derecho*, pp. 344 y 346. Y también MORALES MORENO, A-M., (Comentario a los) “Artículos 1269 y 1270”, pp. 431s. (en relación con los efectos beneficiosos de la ineficacia parcial en caso de dolo).

<sup>1296</sup> QUICIOS MOLINA, S., “La ineficacia”, p. 1252.

<sup>1297</sup> SANGIOVANNI, V. “*La nullità*”, p. 1472 (respecto de la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores en el Derecho italiano).

<sup>1298</sup> A modo de ejemplo, para BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, pp. 526s., la aplicación de la anulabilidad se traduciría en que el cliente que contrata un *swap* de tipos de interés y que no reclamó mientras las liquidaciones le beneficiaron, ya no podría hacerlo una vez que ellas comienzan a ser negativas, al entenderse que dicha conducta implicaría una confirmación tácita del contrato. No obstante, son abundantes las resoluciones judiciales que entienden que la aludida conducta del cliente no debe entenderse como una confirmación del contrato. Así, desechan la convalidación del contrato por la ausencia de reclamación del cliente (en general, durante el periodo de liquidaciones favorables) las SAP Álava (1) 18-1-11 (FD 4) –que cita la SAP León (2) 22-6-10- y 9-9-11 (FD 3); Asturias (4) 2-3-11 (FD 5), 7-11-11 (FD 3) y (5) 27-1-10 (FD 6) y 23-7-10 (FD 3); Badajoz (2) 17-5-11 (FD 7); Barcelona (15) 17-5-12 (FD 5); Burgos (2) 2-6-11 (FD 5); Cáceres (1) 26-3-12 (FD 8); Girona (1) 18-2-11 (FD 3); Islas Baleares (5) 20-6-11 (FD 5); Las Palmas (5) 16-9-11 (FD 5); León (2) 22-6-10 (FD 2); Murcia (1) 21-11-11 (FD 4) y (5) 14-12-11 (FD 3); Navarra (1) 11-7-11 (FD 4) y 5-12-11 (FD 6); Orense (1) 1-12-11 (FD 6); Salamanca (1) 21-6-11 (FD 3); Santa Cruz de Tenerife (3) 2-6-11 (FD 4); Toledo (1) 2-11-11 (FD 4); Valencia (9) 7-11-11 (FD 4); Valladolid (3) 24-5-11 (FD 3) y 28-9-11 (FD 4); y Zaragoza (5) 19-3-12 (FD 8). V. FARRANDO MIGUEL, I., “SWAPS”, pp. 57-59; GARCÍA ANGULO, B., *Nulidad*, pp. 51-58; MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, pp. 154s. (con mención de algunas resoluciones en sentido contrario); y MORALEJO, I., “Las nomas”, p. 381.

<sup>1299</sup> V. la SAP Madrid (10) 26-6-12 (FD 3), que entiende que no hay confirmación tácita por la aludida conducta del cliente, sobre todo considerando que el producto se denominaba “Contrato de depósito a plazo”. La sentencia declara la resolución del contrato por el error invalidante del cliente.

aplicándose a esta el régimen general de la nulidad. A continuación veremos cómo juega la referida sanción en relación con el incumplimiento de la obligación precontractual de informar de las EC.

**[296] Crítica a la aplicación de la no incorporación en todos los supuestos.** Una primera idea que debe tenerse en cuenta es que no resulta adecuada la aplicación de la no incorporación en relación con todas las hipótesis del art. 7 LCGC. Si bien esta solución resulta razonable en el caso de las condiciones generales redactadas por las EC que sean ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles (art. 7.b), no lo es en el de las que el cliente adherente “no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato” (art. 7.a). En este supuesto la solución más apropiada habría sido la anulabilidad (y no la nulidad), al relacionarse dicha “oportunidad real de conocer” con la integridad del consentimiento. Esto le permitiría al cliente decidir si anular o confirmar una vez que pudiera asumirse que conoció la existencia de la respectiva cláusula<sup>1300</sup>.

La anterior conclusión se ajusta al proceder de los tribunales ante la infracción de las reglas sobre información precontractual por parte de las EC. Aquellos suelen inclinarse por la aplicación de la anulación por vicio del consentimiento (*v. gr.*, en el caso de los *swaps* de tipos de interés), si bien es cierto que no reflexionan habitualmente en términos de incumplimiento de los requisitos de inclusión de las condiciones generales.

**[297] No incorporación de condiciones generales incomprensibles u oscuras.** Ahora bien, en la contratación con EC pueden vislumbrarse dos relevantes problemas en materia de no incorporación de condiciones generales: el de las condiciones incomprensibles y el de las condiciones oscuras.

En relación con las primeras, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el art. 7.b LCGC. Este precepto establece que las condiciones generales incomprensibles no quedarán incorporadas al contrato, salvo que se hayan aceptado expresamente por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa particular que rija en determinado ámbito la transparencia de las cláusulas. En este sentido, resulta relevante la normativa sobre transparencia en la contratación con EC, según quedara de manifiesto en el debate parlamentario Y, asimismo, la relativa al mercado de valores<sup>1301</sup>.

---

<sup>1300</sup> V. PASQUAU LIAÑO, M., (Comentario a los) “Artículos 9 y 10”, pp. 281s., precisando que en el caso de cláusulas insólitas o sorprendentes resulta complejo determinar en abstracto cuál es la sanción más idónea. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 7”, p. 236, señala que el incumplimiento de los requisitos de inclusión que buscan garantizar el consentimiento en términos formales (información acerca de la existencia de las condiciones generales) genera la inoponibilidad de las condiciones al adherente, sin perjuicio de que este pueda decidirse por su aplicación. Y el incumplimiento de los que aspiran a asegurar el consentimiento efectivo provoca la falta de consentimiento por no realización de la oferta y la subsiguiente ausencia de aceptación (*v. gr.*, condiciones completamente ilegibles o carentes de sentido) o por disenso, al no poder reputarse aceptada la oferta en tanto que su conocimiento no se ha propiciado en conformidad a la LCGC (falta de entrega de ejemplar o de transparencia), sin perjuicio de la integración del contrato con arreglo a dicha ley o al TRLGDCU cuando sea posible. En el mismo sentido, LARROSA AMANTE, M., “Las condiciones”, p. 88.

<sup>1301</sup> V. ANDREU MARTÍ, M<sup>a</sup>. del M., *La protección*, p. 119; CUÑAT EDO, V., “Las limitaciones”, pp. 19s.; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 7”, pp. 242s.; MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., *Condiciones*, pp. 139 y 145s.; LARROSA AMANTE, M., “Las condiciones”, pp. 91s.; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 71; y SARAZÁ JIMENA, R., “La ley”, p. 51.



En la contratación con EC, la incomprensibilidad no emana de la redacción de la respectiva condición, sino de la complejidad de la temática de que se trate. Así, la solución del art. 7.b LCGC busca que clausulados especialmente complejos, como los predispuestos por las EC, puedan superar el test de transparencia si se corresponden con lo prescrito por las normas sectoriales. Ello, a pesar de resultar incomprensibles para un adherente medio, carente de determinados conocimientos técnicos.

Se trata de una solución problemática. Primero, porque desemboca en una tautología, al exigir las mismas normas sobre transparencia a que se remite el art. que los clausulados sean comprensibles y al hacer recaer las consecuencias de la falta de comprensión sobre el predisponente, igual que de acuerdo a las reglas generales. Segundo, porque asume que la terminología comprensible es la contenida en dichas normas, lo que redundaría en un beneficio para el predisponente (no para el cliente), que puede contar con determinado nivel de seguridad al redactar las condiciones generales. Tercero, porque resulta difícil saber si, aparte de las bancarias, otras disposiciones ostentan la condición de normas sobre transparencia (*v. gr.*, las relativas al crédito al consumo)<sup>1302</sup>.

Lo lógico sería que las condiciones generales impuestas por las EC a los clientes fuesen comprensibles atendiendo al nivel de complejidad de la respectiva operación. Nada consigue el cliente, en orden a su adecuada manifestación de voluntad, con contar con la información exigida por la normativa sobre transparencia, si ella no le resulta comprensible. A modo de ejemplo, en el contrato de depósito de dinero en cuenta corriente, aun cuando una EC cumpla con las menciones exigidas por aquella normativa en materia de tipos de interés, comisiones y fechas de liquidación, igualmente resulta necesaria una redacción de las condiciones generales que sea comprensible para el cliente medio, evitando el uso de expresiones innecesariamente complejas. Solo así las EC satisfarían el nivel de cuidado con que deben actuar<sup>1303</sup>.

En síntesis, si de lo que se trata es de proteger al cliente medio de las EC, colocado en las circunstancias concretas, no tiene sentido entender que determinadas condiciones incomprensibles para él pasan a ser comprensibles por el hecho de ajustarse a las normas sobre transparencia. Sobre todo teniendo en cuenta que en este terreno es frecuente la existencia de clausulados complejos, comprensibles solo por expertos, lo que conllevaría que un importante número de ellos no lo fuese para la generalidad de la clientela. Esto es lo que ha ocurrido, en importante medida, con los *swaps* de tipos de interés, las participaciones preferentes, los productos estructurados, las hipotecas multidivisa y las cláusulas suelo en los préstamos con garantía hipotecaria. Lo que realmente beneficiaría a los clientes sería la evaluación de la comprensibilidad de las condiciones generales con arreglo a la regla matriz de la LCGC, esto es, prescindiendo de la aplicación de la excepción aquí cuestionada.

En todo caso, la criticada norma no implica que a las condiciones incomprensibles que finalmente pudieran resultar incorporadas no deban aplicarse los demás requisitos de inclusión contemplados por la LCGC<sup>1304</sup>. Y tampoco implica que una condición incomprensible incorporada a un contrato con una EC no pudiera resultar abusiva por

---

<sup>1302</sup> Cfr., respecto de este párrafo y el anterior, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al “Artículo 7”, pp. 242s. y 244. Y acerca del anterior MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., *Condiciones*, p. 184.

<sup>1303</sup> SARAZÁ JIMENA, R., “La ley”, p. 51.

<sup>1304</sup> LARROSA AMANTE, M., “Las condiciones”, p. 92.

falta de transparencia, por ejemplo, si se traduce en una alteración encubierta del equilibrio contractual, que impide al cliente tener una idea cabal del coste total del contrato<sup>1305</sup>.

Luego, por lo que atañe a las condiciones generales oscuras en la contratación con EC, surge el interrogante acerca de si a su respecto procede la no incorporación o, aplicando el art. 6.2 LCGC, la interpretación a favor del adherente.

En principio, resulta razonable concluir que la primera debe aplicarse a los supuestos en que la oscuridad genere falta de conocimiento o consentimiento en el cliente (*v. gr.*, cláusulas ilegibles, incomprensibles e inesperadas) y la segunda a los supuestos en que provoque dudas. Pero como determinar cuándo estamos en presencia de una hipótesis y cuándo de otra puede resultar complejo *a priori*, los tribunales, para proteger al adherente y teniendo en cuenta el sentido y finalidad de las diversas normas, deben decidir caso a caso. Esto, considerando las dificultades para evaluar en abstracto cuándo una condición oscura puede conllevar una u otra sanción al existir diversos tipos y niveles de cláusulas de dicha clase. Este sería el caso, *v. gr.*, de las cláusulas oscuras por falta de concreción o por incertidumbre sobre el alcance de los derechos y obligaciones<sup>1306</sup>.

**[298] Posición de la jurisprudencia.** Ahora bien, aun cuando ante la infracción de la obligación precontractual de informar de las EC los tribunales suelen dar lugar a la anulación por vicio del consentimiento, sin que reflexionan por lo común en términos de incumplimiento de los requisitos de incorporación de las condiciones generales, igualmente pueden encontrarse algunos supuestos en que enfrentan la cuestión trayendo al debate normas de la LCGC, si bien generalmente como complementarias de las normas específicamente reguladoras de la aludida obligación<sup>1307</sup>. En lo que sigue

---

<sup>1305</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, pp. 166s.

<sup>1306</sup> V., en general, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 7”, pp. 251-255. La autora expone otras dos tesis al respecto. Una entiende que la no incorporación queda reservada para los casos de mayor oscuridad (los de incomprensibilidad) y la interpretación *contra proferentem* para los de mera ambigüedad. La otra considera que la no incorporación se aplica a los defectos de formulación o formales de las condiciones generales y la referida interpretación al contenido del contrato. Aun cuando a la autora esta tesis le parece acertada en principio, la cuestiona por poder circunscribir los problemas de oscuridad del contenido a la aplicación de dicha regla interpretativa, en circunstancias de que la oscuridad puede presentarse más allá de este acotado ámbito. Agrega, en relación con ambas tesis, que los arts. 6.2 y 7.b LCGC no permiten sustentar las aludidas distinciones, al valerse los dos de la expresión ‘condiciones generales oscuras’. V. también, en similar sentido, SALVADOR CODERCH, P. y RUIZ GARCÍA, J., (Comentario al) “Artículo 6.2”, pp. 391s. Respecto de la primera tesis v. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones*, pp. 285-287; MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., *Condiciones*, p. 138; y PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones*, pp. 471-473 y “Las condiciones”, p. 176; y, de la segunda, COCA PAYERAS, M., “Comentario” (al art. 10.2 LGDCU), pp. 326s.

<sup>1307</sup> Así, por ejemplo, las SAP Barcelona (11) 16-12-10 (FD 2) y (15) 19-4-12 (FD 4) –citando el art. 5.1 respecto del deber de informar, si bien apunta que dicho art. no lo concreta, sino el 79 *bis* LMV–; Burgos (3) 12-9-11 (FD 5) –citando los arts. 7, 9.2. y 10.1- y 21-12-11 (FD 4) –mencionando el art. 2–; Girona (1) 18-2-11 (FD 2) –citando el art. 8–; Navarra (1) 11-7-11 (FD 4) –citando los arts. 7 y 8–; Orense (1) 1-12-11 (FD 5) –citando el art. 5.5–; Pontevedra (1) 7-4-10 (FD 6), 14-4-11 (FD 6) –que se remite a otra sentencia de la misma Audiencia- y 30-9-11 (FD 2 y 4) –citando, en el FD 2, la de 7-4-10–; Salamanca (1) 29-7-11 (FD 3) y 13-12-11 (FD 3) –que citan el art. 1–; Valladolid (1) 3-11-11 (FD 5); Zamora (1) 18-7-11 (FD 3) –citando el art. 8– y 22-9-11 (FD 6); y Zaragoza (5) 4-3-11 (FD 4) –citando el art. 8. En sentido contrario, rechazan que la LCGC haya sido incumplida las SAP Asturias (5) 27-1-10 (FD 4) –al no indicar el recurrente las condiciones que incurrir en falta de claridad y en imprecisión, señalando que el Anexo de las condiciones principales no presenta particular complejidad–; Madrid (18) 5-10-11 (FD 5) –que indica “(s)i a lo anterior (*reflexiones sobre la ausencia de dolo en la EC*) se añade que las normas

expongo algunas hipótesis relevantes en este sentido. Adviértase, eso sí, que, en su caso, algunos de los ejemplos mencionados a continuación podrían configurar hipótesis de abusividad. De hecho, en la jurisprudencia puede constatarse una tendencia a la aplicación indistinta del control de incorporación y del control de contenido<sup>1308</sup>.

En primer lugar, cabe hacer referencia a algunos supuestos de no incorporación de condiciones generales por falta de transparencia. Un primer caso relevante en este sentido es el de las cláusulas sorprendentes. Según vimos, a pesar de que estas cláusulas no fueron expresamente proscritas por la normativa sobre condiciones generales, su interdicción puede defenderse sobre la base de la exigencia de transparencia de la LCGC.

A modo de ejemplo sería sorprendente la cláusula que en un contrato bancario de depósito de dinero establece el cobro de una comisión de apertura si puede colegirse que la publicidad, las negociaciones o las relaciones contractuales previas hacían completamente inesperado dicho cobro para el adherente<sup>1309</sup>.

Aparte de los supuestos de cláusulas sorprendentes, la falta de transparencia como fundamento de la no incorporación de condiciones generales en la contratación con EC puede provenir del incumplimiento de los requisitos de redacción expresamente disciplinados por las normas sobre el particular. Este incumplimiento se traduce en la infracción de la obligación precontractual de informar que recae sobre dichas empresas.

Entre las resoluciones judiciales que aplican la nulidad de condiciones generales por falta de transparencia a consecuencia de la infracción de la obligación precontractual de informar de las EC destaca la STS 22-12-09. Esta sentencia declara la nulidad de unos “depósitos de alta rentabilidad” y de las operaciones posteriores semejantes suscritas para enjugar pérdidas por su vinculación causal con dichos contratos. La sentencia da por infringidos los requisitos de claridad y sencillez exigidos por los arts. 5.4 LCGC y 10.1.a) LGDCU, al no haberse sujetado la contratación a lo dispuesto por la normativa sobre servicios de inversión. Entiende que esta vulneración concurre en relación con la

---

dictadas en cuanto a las condiciones generales de contratación, ley 7/1998, no son aplicables sin más a aquellos contratos que no se suscriben con un consumidor sino con una empresa y con destino a su tráfico mercantil o dentro del desarrollo del mismo, sino que en el caso de existir abuso de una posición dominante, la procedencia de esa consideración habrá de ajustarse a las normas generales de nulidad contractual teniéndose en ese caso en cuenta las características específicas de la contratación entre empresas, según expresa dicción de su exposición de motivos, no puede sino relacionarse tal alegación con el resto del fundamento de esta sentencia, no apreciándose la prestación de un consentimiento viciado ni en cuanto a los documentos contractuales en su integridad ni en cuanto a la concreta cláusula sexta sobre la resolución contractual anticipada”-; y Pontevedra (1) 16-1-12 (FD 2) -en similar sentido-. V. MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G. *La comercialización*, pp. 73s. Y, asimismo, LARROSA AMANTE, M., “Las condiciones”, pp. 10ss. (con cita de variadas resoluciones judiciales que aplican la LCGC a la contratación con EC, si bien en la mayor parte de los casos no respecto de conflictos referidos a la información precontractual).

<sup>1308</sup> AA.VV., CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *El Derecho*, pp. 314s. y 317s.

<sup>1309</sup> V. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 209. En las pp. 65, 203-206 y 208 menciona otros ejemplos. Así, apunta que sería sorprendente la cláusula que en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria destinado a financiar la adquisición de un inmueble señala que el montante podrá aplicarse por la entidad a la cancelación de todo crédito vencido que el cliente mantenga con ella. Asimismo, la cláusula que en un contrato de caja de seguridad calificado por la entidad como arrendamiento (no obstante tratarse de un depósito), la exime de responsabilidad en caso de robo. Y, en fin, la cláusula que en un contrato de depósito faculta a la entidad para solventar con el mismo las deudas que por cualquier concepto mantenga el cliente con ella.

cláusula que preveía, sin la claridad y transparencia exigidas, una vinculación de los rendimientos de la inversión a la evolución del valor de unas acciones, sin que se haya informado a los clientes en la mayor parte de los casos acerca de que podrían experimentar pérdidas, incluso de todo el capital. La resolución consigna que los clientes tenían un perfil conservador (jubilados, agricultores, etc.), al no ser propensos a asumir riesgos y haber contratado previamente solo imposiciones a plazo fijo típicas. Y, asimismo, que el contrato era “difícil de entender para personas que no tuvieran una mínima preparación financiera”<sup>1310</sup>.

En sentido contrario, la STS (Sala de lo Civil, Pleno) 9-5-13, referida a las “cláusulas suelo” en los préstamos con garantía hipotecaria a interés variable, señala lo siguiente: “(c)oincidimos con la sentencia recurrida en que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor./ Las condiciones generales sobre tipos de interés variable impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias legales para su incorporación a los contratos, tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores, a tenor del artículo 7 LCGC” (FD 11). Así, el TS concluye que “(l)as cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio” (FD 15). No obstante, en el caso concreto el alto tribunal considera que las cláusulas suelo son abusivas por falta de transparencia. Volveré sobre esta problemática en la siguiente sección.

Luego, también la oscuridad de una cláusula puede implicar la infracción de la obligación precontractual de informar de las EC y la subsiguiente no incorporación. Como ejemplo de cláusula oscura en la contratación con dichas empresas puede mencionarse la que en un contrato de préstamo fija el tipo de interés nominal y las cuotas a pagar sin que se determine cuál será el procedimiento de cálculo de los intereses realmente pactados ni se informe al cliente al respecto. En este sentido puede consultarse la STS 8-4-94 (FD 2)<sup>1311</sup>.

---

<sup>1310</sup> La sentencia está reseñada en MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Inversiones”; y TAPIA HERMIDA, A., “Doctrina jurisprudencial”, pp. 260-266. También puede consultarse la STS 17-6-10, relativa a un supuesto similar. V. CÁMARA LAPUENTE, S., “No puede calificarse”, pp. 10s. (respecto de esta STS y la antes citada).

<sup>1311</sup> La sentencia señala lo siguiente: “reconocido por la Audiencia el hecho cierto de que los contratos no permiten deducir cuál es el interés aplicado, no obstante consignarse en varias cláusulas el nominal del 14 por 100 y que para el cómputo de los intereses pactados existen varias posibilidades teóricas que llevan a un interés real o efectivo superior al nominal, esa oscuridad ni se justifica por un «uso de carácter bancario», ni por el hecho de que se consigne la cuota a pagar, si no se aclara la forma de llegar a ella ni el sistema empleado (en el caso se dice por la Caja que el francés, pero no lo especifica en el contrato), para que el prestatario sepa con certeza las condiciones en que obtiene su crédito y pueda determinarse libremente en uno u otro sentido, de manera que el pago de la cuota, como acto posterior, sólo significa que se sigue incidiendo en el error, inducido por la falta de claridad en la redacción del contrato, aunque no haya sido buscada de propósito por quien lo confeccionó, porque la contradicción con las cláusulas

Asimismo, la infracción de la obligación precontractual de informar de las EC puede derivar de la concurrencia de condiciones generales inconcretas, que tampoco deben incorporarse al contrato. A modo de ejemplo, también cabe mencionar la cláusula referida en el párrafo anterior. En efecto, se trata de una cláusula que da lugar a variadas alternativas respecto a la determinación del interés efectivo, todas conducentes a un interés real relativamente gravoso para el adherente. Es inconcreta, asimismo, la cláusula que en un contrato de crédito posibilita su vencimiento anticipado en caso de que el adherente incumpla *cualquiera de sus obligaciones*. En este supuesto, lo razonable es la procedencia de dicho vencimiento solo ante un incumplimiento grave de la obligación principal de pago del capital e intereses, mas no en el supuesto de infracción de otras obligaciones, como sería, *v. gr.*, que el adherente no informara a la EC acerca de variaciones relevantes en su situación económica o no domiciliara su nómina en la entidad prestamista<sup>1312</sup>.

Otro supuesto sobresaliente vinculado con el incumplimiento de la obligación precontractual de informar de las EC y la no incorporación de condiciones generales es la posibilidad de inclusión de estas por referencia en ciertas hipótesis problemáticas.

Un caso destacado en el anterior sentido es el de las condiciones relativas a la fijación o modificación del tipo de interés aplicable cuando este aparece determinado por referencia al publicado en el tablón de anuncios de la entidad y comunicado al BdeE en cumplimiento de las normas sobre transparencia (por ejemplo, el de los descubiertos en cuenta corriente). Cabe preguntar si deben entenderse incluidas en el contrato dichas condiciones. La respuesta negativa se impone porque las condiciones generales deben constar por escrito en el documento contractual o en un anexo y facilitarse al adherente (lo cual debe entenderse sin perjuicio de los casos en que se impone a las EC la entrega del documento contractual). En el caso de los consumidores, esta conclusión se confirma por lo dispuesto en el art. 80.1.a. TRLGDCU, que establece que las cláusulas no negociadas individualmente no deben reenviar a textos o documentos no facilitados previa o simultáneamente a la conclusión del negocio jurídico, a los que, en todo caso, debe hacerse expresa referencia en el documento contractual. A la aludida solución han llegado diversas resoluciones judiciales<sup>1313</sup>.

La SAP Valladolid (1) 3-10-97 (FD 3) considera que la condición general que fija (en letra minúscula) el interés por descubierto en cuenta corriente por remisión al

---

claras y esenciales del mismo, que constituyen su fin primordial (el interés del 14 por 100), no se requiere que sea intencional, consciente o buscada de propósito para que el error sea corregido y se llegue a la equivalencia de las prestaciones, sin que la oscuridad pueda favorecer a quien la provoca (art. 1288) que, al contravenir el tenor de la obligación, debe sufrir que se deshaga lo mal hecho (art. 1098), sentido en el que jurisprudencialmente se han interpretado siempre los contratos de adhesión”. V. MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., *Condiciones*, pp. 139s.

<sup>1312</sup> V. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 5”, pp. 190s. (y nota 113), LARROSA AMANTE, M., “Las condiciones”, p. 75; PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones*, pp. 416-417; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, pp. 71s. y “Los contratos”, p. 1614.

<sup>1313</sup> Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 5”, pp. 159-162 (en referencia a la anterior normativa sobre transparencia bancaria y con cita, en la nota 54, de las SAP referidas a continuación, agregando que la publicación y comunicación de los tipos de interés es una información precontractual que busca la transparencia del mercado, aspirando a la salvaguarda del cliente de una manera indirecta en orden a permitirle la mejor elección entre las diferentes ofertas, sin que pueda considerarse suficiente la información referida respecto del contrato efectivamente concluido); NIETO CAROL, U., “Contratación”, p. 193 (nota 34); y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, pp. 173s. (y nota 375).

comunicado en cada momento por la EC al BdeE no cumple con los requisitos de incorporación “ya que designa de una forma referencial, inconcreta y desequilibrante para el titular de la cuenta, el interés que deba satisfacer para tales descubiertos”. Estima la Audiencia que en este caso se produce un reenvío a un concepto financiero (“interés de descubierto en cuenta”) y no a un documento. Además, el importe del aludido interés se determina unilateralmente por la EC, sin que, adicionalmente, se contemplen las vías de conocimiento del mismo, no teniendo relevancia a este efecto la publicación en el tablón de la entidad. Finalmente, el tribunal concluye que la aludida condición es nula de pleno derecho, debiendo tenerse por no puesta. En similar sentido se pronuncian las SAP Asturias (5) 19-4-96 (FD 4); Islas Baleares (3) 17-10-94 (FD 6); Madrid (8) 26-9-97 (FD 2); y Orense 19-7-99 (FD 1)<sup>1314</sup>.

Por las mismas razones antes expuestas debería descartarse la incorporación por referencia en los mencionados términos de las condiciones relativas a comisiones y gastos. En este sentido, la SAP Orense 19-7-99 (FD 2) considera que dichas condiciones infringen el art. 7.4.c Orden 12/12/1989, que no admitía remisiones genéricas a las tarifas publicadas por las EC<sup>1315</sup>.

En fin, la no entrega del ejemplar que contiene las condiciones generales también determina la no incorporación de estas, constituyendo un incumplimiento de la obligación precontractual de informar de las EC. A modo de ejemplo, la SAP Cantabria (2) 7-5-02 (FD 4), teniendo en cuenta dicha falta de entrega, entiende que la condición del contrato que faculta a una entidad financiera a reclamar anticipadamente el importe de unas letras no debe aplicarse. Esto conlleva que la resolución acepte parcialmente la pretensión subsidiaria del demandado, en el sentido de que accede al pago de las letras impagadas y vencidas, mas no a las del resto (por no incorporación de la facultad de reclamar el pago anticipado), que –dice el tribunal- deberán reclamarse a sus respectivos vencimientos por el montante previamente acordado<sup>1316</sup>.

#### **d. Nulidad de cláusulas abusivas por falta de transparencia**<sup>1317</sup>

[299] **Síntesis.** Aun cuando la normativa interna no lo haya señalado (sí lo hizo la Directiva 93/13 –considerando 19 y art. 4.2-), el control de contenido de las cláusulas predispuestas no opera respecto de los elementos esenciales del contrato (precio y características básicas del producto o servicio), al quedar entregada su determinación a la libre competencia entre las empresas y al juego entre la oferta y la demanda<sup>1318</sup>. Se

<sup>1314</sup> Crítico con esta línea jurisprudencial, en lo que atañe a la posibilidad de modificación por parte de las EC del tipo de interés en los señalados términos, se muestra MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., *Condiciones*, pp. 284-288 (razonando sobre la base de la anterior normativa de transparencia y la LGDCU, con cita de algunas resoluciones que se decantan por la solución contraria).

<sup>1315</sup> MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., *Condiciones*, p. 294.

<sup>1316</sup> V. LARROSA AMANTE, M., “Las condiciones”, pp. 103s.

<sup>1317</sup> Acerca de esta temática v., en general, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos”, pp. 1625ss.

<sup>1318</sup> V. AA.VV., CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *El Derecho*, pp. 309s.; ACHÓN BRUÑÉN, M<sup>a</sup>. J., “Cláusulas”, s/p; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El control”, pp. 226-228; DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, p. 465; MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., *Condiciones*, pp. 127 y 229; y SÁNCHEZ MARTÍN, C., “El control”, s/p. En este sentido, resulta relevante la STS 18-6-12, relativa a los intereses remuneratorios en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado con una entidad financiera. Teniendo en cuenta que dichos intereses forman parte del objeto principal del contrato, la sentencia considera que a su respecto no procede la evaluación de abusividad, sin perjuicio de la aplicación de la LU, que descarta en el caso concreto por no entender excesivos los intereses (FD 2 y 3). Finalmente, la STS (FD 3), teniendo en cuenta que los clientes no acreditaron su actuación en calidad de

trata de una idea confirmada por el TS en la sentencia de 9-5-13 (Sala de lo Civil, Pleno) –referida a las cláusulas suelo en los préstamos con garantía hipotecaria a interés variable-, superando con ello algunos pronunciamientos anteriores poco claros. Así, el control de dichos elementos solo puede tener lugar, en principio, a través del control formal de incorporación<sup>1319</sup>.

No obstante lo anterior y según advirtiera, una de las perspectivas desde las cuales puede evaluarse la falta de transparencia (aparte de las del control de inclusión y la interpretativa) es la relativa al contenido económico del contrato, representado por el precio y la contraprestación. Asimismo, puede evaluarse desde la perspectiva de las condiciones sorprendentes. Esto se traduce en que la falta de transparencia o el incumplimiento de la obligación precontractual de informar de las EC en relación con los apuntados extremos pueden conducir a la declaración de nulidad por abusividad.

**[300] Normativa aplicable.** El art. 4.2 Directiva 93/13 prescribe que “(l)a 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” (v. también el considerando 19). No obstante, el art. termina precisando que ello se aplica “siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”.

La última parte del aludido precepto permite concluir que, aun cuando por lo general las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato no son objeto del control de contenido, sí pueden serlo cuando no se hayan redactado de manera clara y comprensible. En este caso, luego del control de inclusión de las condiciones generales corresponde dar lugar a un control de transparencia de las condiciones incorporadas a los contratos con consumidores, que podrían finalmente declararse abusivas por falta de transparencia. Así, aparte de la evaluación de la transparencia en sede de incorporación, que no opera respecto de las cláusulas negociadas individualmente (como suelen ser las referidas a los elementos esenciales del contrato), procede un control reforzado de la misma en sede de abusividad en relación con dichos elementos. Esta solución se justifica porque las cláusulas que no obstante haber superado el primer control, carecen de transparencia por lo que concierne a los señalados elementos inducirían a error al cliente acerca del objeto del contrato, afectando, además, el adecuado funcionamiento del mercado<sup>1320</sup>.

---

consumidores y que la cláusula controvertida había sido negociada, estima que no resulta aplicable la normativa sobre cláusulas abusivas (v. CÁMARA LAPUENTE, S., “No puede calificarse”, p. 12). En este sentido, el alto tribunal ha señalado que “(e)n cuanto a las cláusulas de intereses remuneratorios, con carácter general se considera que dichos intereses forman parte del precio, de forma que las cláusulas no pueden declararse abusivas, debiendo limitarse el examen judicial al control de transparencia”. TRIBUNAL SUPREMO (Sala Primera), *Jornada*, p. 3 (punto 7). Hoy, el art. 8 *bis* Directiva 93/13, agregado por el art. 32 Directiva 2011/83, contempla la posibilidad de que los Estados miembros puedan extender el control de abusividad a la adecuación del precio o de la remuneración. V. GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup>. del C., “STS 9 de mayo de 2013”, p. 7; y RALUCA STROIE, I., “La Directiva 2011/83/UE”, p. 6.

<sup>1319</sup> V. CÁMARA LAPUENTE, S., “No puede calificarse”, pp. 1 y 6.

<sup>1320</sup> V. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 7”, pp. 246-251. La autora agrega que, aun cuando el señalado precepto no se incluyó ni en la LCGC ni en la LGDCU, no resultaba necesario, ya que la no incorporación de una cláusula abusiva por falta de transparencia puede tener lugar, antes que todo, por falta de claridad, concreción o sencillez en conformidad al art. 7.b) LCGC. V. también ACHÓN BRUÑÉN, M<sup>a</sup>. J., “Cláusulas”, *s/p*; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El control”, pp. 227-229; GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup>. del C., “STS 9 de mayo de 2013”, p. 7; PLAZA PENADÉS, J.,

La anterior es la conclusión a la que llega la STS (Sala de lo Civil, Pleno) 9-5-13, referida a las cláusulas suelo en los préstamos con garantía hipotecaria a interés variable. En este sentido, la STS concluye que “además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del “error propio” o “error vicio”, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo” (FD 12.2.2.210)<sup>1321</sup>.

Ahora bien, en el Derecho interno el art. 82.1 TRLGDCU establece que se entenderán como cláusulas abusivas las no negociadas individualmente y las prácticas que no hayan sido expresamente consentidas que, contrariando los imperativos de la buena fe, provoquen, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de los contratantes emanados del negocio jurídico. Según lo anteriormente apuntado, si una cláusula referida a algún elemento esencial del contrato carece de transparencia (por defecto informativo) y cumple con los requisitos de la norma previamente citada, podrá declararse nula por abusiva<sup>1322</sup>.

---

“Delimitación”, s/p; y SÁNCHEZ MARTÍN, C., “El control”, s/p. Acerca del régimen de la nulidad de las cláusulas abusivas por falta de transparencia v. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, pp. 217ss.

<sup>1321</sup> Un análisis crítico de las diferentes resoluciones del TS en materia de transparencia y abusividad, sobre todo por las discrepancias existentes entre ellas, en CÁMARA LAPUENTE, S., “No puede calificarse”, *passim*, principalmente pp. 7 y 12ss. El antecedente de esta línea jurisprudencial, según señala la STS citada, se encuentra en la STS 18-6-12, referida a los intereses remuneratorios en un préstamo con garantía hipotecaria celebrado con una entidad financiera. Dichos intereses integran el objeto principal del contrato. Esta resolución, aun cuando estima que respecto de dichos intereses, al ser elementos esenciales del contrato, no procede el control general de abusividad (control de contenido), aclara que en relación con ellos sí proceden los controles de inclusión y transparencia (FD 2 y 4). V. ACHÓN BRUÑÉN, M<sup>a</sup>. J., “Cláusulas”, s/p; PLAZA PENADÉS, J., “Delimitación”, s/p; y SÁNCHEZ MARTÍN, C., “El control”, s/p.

<sup>1322</sup> A efectos de hacer más completo este estudio, debe tenerse en cuenta que los arts. 85 a 90 TRLGDCU contemplan casos especiales de cláusulas abusivas, algunos de los cuales operan de manera destacada en los servicios financieros. En sentido contrario, algunos de ellos no se aplican a estos servicios. El art. 85.3, aun cuando establece que son abusivas “(l)as cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato”; agrega una regla especial respecto de aquellos servicios. Así, “(e)n los contratos referidos a servicios financieros lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el empresario se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquéllos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el empresario esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato sin penalización alguna”. Adicionalmente, el precepto indica que “(i)gualmente podrán modificarse unilateralmente las condiciones de un contrato de servicios financieros de duración indeterminada por los motivos válidos expresados en él, siempre que el empresario esté obligado a informar al consumidor y usuario con antelación razonable y éste tenga la facultad de resolver el contrato, o, en su caso, rescindir unilateralmente, sin previo aviso en el supuesto de razón válida, a condición de que el empresario informe de ello inmediatamente a los demás contratantes”. Luego, conforme al art. 88.1, son abusivas las cláusulas que impliquen “(l)a imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido”. Sin embargo, “(s)e presumirá que no existe



Al margen de la precedente regla general, el art. 82.3 TRLGDCU señala que para determinar si una cláusula ostenta el carácter de abusiva se deben considerar “todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración” (v. también el art. 4.1 Directiva 93/13). Una de estas circunstancias puede ser si el consumidor recibió información adecuada al contratar<sup>1323</sup>. Asimismo, se vincula con defectos informativos el art. 89.1 y 2 TRLGDCU, referidos a cláusulas que son abusivas en todo caso por afectar el perfeccionamiento del contrato<sup>1324</sup>.

**[301] Supuestos de cláusulas abusivas por defecto informativo o de transparencia en la contratación con EC.** En la contratación con EC, una cláusula será abusiva por defecto informativo o de transparencia (el que se opone a la buena fe), no obstante haber superado el control de incorporación, cuando el desequilibrio sustancial por ella generado *derive de aquel defecto*. Ello, en aplicación del art. 82.1 TRLGDCU. En el caso de las cláusulas referidas al contenido económico del negocio (precio y objeto), que por lo general no son susceptibles de control de contenido, dicho defecto genera una distorsión de la competencia, al despojar al cliente de la opción de comparar las diversas ofertas mediante la alteración encubierta del precio, debilitando su posibilidad de consentir en condiciones de plena información. Al margen de aquel defecto, mediante el control de contenido no corresponde evaluar la justicia objetiva del precio en los contratos con EC (v. *gr.*, de los intereses –sin perjuicio de que pueda aplicarse la LU-). En el caso de las cláusulas sorprendentes, el aludido defecto provoca una frustración de las legítimas expectativas del adherente, basadas en la buena fe<sup>1325</sup>.

---

desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica”. En fin, el art. 91 TRLGDCU establece que “(l)as cláusulas abusivas referidas a la modificación unilateral de los contratos, a la resolución anticipada de los contratos de duración indefinida y al incremento del precio de bienes y servicios, no se aplicarán a los contratos relativos a valores, con independencia de su forma de representación, instrumentos financieros y otros bienes y servicios cuyo precio esté vinculado a una cotización, índice bursátil, o un tipo del mercado financiero que el empresario no controle, ni a los contratos de compraventa de divisas, cheques de viaje o giros postales internacionales en divisas”. También debe tenerse en cuenta el art. 8.2 LCGC. Respecto de las distintas hipótesis de cláusulas abusivas v. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos”, pp. 1631-1655. Y acerca de las cláusulas abusivas en la contratación con EC, AA.VV., CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *El Derecho*, pp. 315s.; ACHÓN BRUÑÉN, M<sup>a</sup>. J., “Cláusulas”; DÍAZ RUIZ, E., “Nulidad” (comentando la STS 16-12-09, que declara abusivas diversas cláusulas de unos préstamos con garantía hipotecaria); MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., *Condiciones*, pp. 239ss.; y NASARRE AZNAR, S., “Malas prácticas”, pp. 2671 y 2674-2683 (respecto de las cláusulas de redondeo al alza y suelo en los préstamos con garantía hipotecaria a tipo variable, respectivamente).

<sup>1323</sup> Cfr. DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, p. 138.

<sup>1324</sup> Así, “las declaraciones de (...) conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato” (nº 1). Y “la transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables” (nº 2). V., respecto de esta última, FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑOZ, J., “Aspectos”, p. 3231 (en relación con la LGDCU). En fin, podrá considerarse abusiva una cláusula de un contrato con una EC negociado individualmente en aplicación de las reglas generales del CC, por ejemplo, por falta de consentimiento a tenor del art. 1261. V. GÓMEZ GÁLLIGO, J., “Las condiciones”, p. 244; y LARROSA AMANTE, M., “Las condiciones”, p. 62

<sup>1325</sup> V. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas, passim*, principalmente pp. 33, 38, 44-46, 75s., 79ss., 162-178 -respecto de los contratos con EC- y 193ss. -respecto de las cláusulas sorprendentes- (con permanentes referencias en el texto a la LCGC, la LGDCU y la Directiva 93/13). En la p. 76 precisa que el art. 10.1 LGDCU, en sus letras a y c, recogía una “cláusula general de transparencia”, al no prescribir la primera una consecuencia para su infracción y al exigir la segunda el cumplimiento de la buena fe a las condiciones generales y a las cláusulas no negociadas individualmente, lo que *en todo caso* excluye el empleo de cláusulas abusivas. Considerando su tenor, el autor estima que la norma no solo implica dicha exclusión sino algo más: la existencia de un deber general de transparencia derivado de la buena fe, que a

En conclusión, según el supuesto de que se trate, la falta de transparencia de una condición general en la contratación con EC podría traducirse en su no incorporación o en la declaración de abusividad. En ambos supuestos el efecto será la nulidad de pleno derecho de la respectiva cláusula o, en su caso, la de todo el contrato.

Por lo que respecta al precio de un producto o servicio, podrían considerarse abusivas por falta de transparencia, en su caso, determinadas cláusulas sobre pago de comisiones o gastos. Por ejemplo, las que imponen al cliente comisiones o gastos que no aparecen junto a las demás cláusulas económicas, las que no establecen la cuantía de los mismos o los datos que permiten calcularla y las que a este efecto solo remiten al libro de tarifas de la EC. Asimismo, las que imponen comisiones genéricas o injustificadas (v. gr., por servicios que no se materialicen o que sean intrínsecos a las prestaciones de la EC); de administración y mantenimiento en los contratos de cuenta corriente o de ahorro; o por devolución de los efectos para el caso en que la gestión de cobro resulte inútil. Y, en los préstamos con garantía hipotecaria, las que imponen al cliente comisiones de administración o mantenimiento o por gastos de estudio u otros de concesión o tramitación junto a la de apertura; o gastos de tasación en caso de novación subjetiva.

Igualmente, podrían considerarse abusivas por falta de transparencia, en su caso, algunas cláusulas referidas a intereses. Así, las que implican el pago de los mismos calculados en relación con el capital ya amortizado. También, las que imponen su pago desde determinado día con independencia de aquel en que el préstamo esté disponible para el cliente. Asimismo, las que determinan el montante de las cuotas pero no el tipo de interés o la TAE. Luego, las que fijan el tipo de interés nominal y las cuotas pero no el mecanismo de cálculo de los intereses pactados. Además, las que en los contratos de crédito a interés variable no posibilitan al cliente determinar el tipo a que está referenciada la operación (por establecer un índice inaccesible para él o contemplar una noción del tipo de referencia que no se ajusta de manera sustantiva a la habitualmente aceptada). Adicionalmente, las que señalan que el tipo de interés para los descubiertos en cuenta corriente será determinado por referencia al publicado en el tablón de anuncios de la EC y comunicado al BdeE en cumplimiento de las disposiciones sobre transparencia. Igualmente, las que señalan fechas de valoración de abonos y cargos en cuenta corriente, de crédito o de ahorro posteriores a aquellas en que efectivamente se producen<sup>1326</sup>.

---

su vez emana de la asimetría informativa provocada por la predisposición. Adviértase que el art. 80.1.c TRLGDCU se mantiene idéntico por lo que respecta a las cláusulas no negociadas individualmente. V. también, acerca de la abusividad por falta de transparencia, del mismo autor, “Los contratos”, pp. 1633 y 1641-1644 (en relación con el TRLGDCU). Y respecto de la inaplicación del control de contenido a los elementos esenciales en la contratación con EC, MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., *Condiciones*, p. 127.

<sup>1326</sup> V., acerca de este párrafo y el anterior, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, pp. 121-126 y 167-178 (en que se mencionan los ejemplos citados). El autor agrega como ejemplo de cláusulas abusivas las que recompensan de forma indirecta la concesión de un préstamo mediante la exigencia de contratar seguros (de amortización o de daños) vinculados a su obtención en la misma entidad o en una de su grupo. En estos casos, como dichas cláusulas no suelen expresarse, la evaluación de la abusividad debería hacerse en relación con el seguro. Eso sí, el autor considera que solo deben entenderse referidas al precio las cláusulas que de modo cierto y no eventual inciden (a todo evento) en su determinación, como son precisamente las mencionadas como ejemplos. Por el contrario, en su opinión no están referidas al precio las cláusulas que imponen un pago solo si acontece determinado suceso. Así ocurre con las “cláusulas de redondeo al alza” en los préstamos con garantía hipotecaria a interés variable y con las que establecen el tipo de interés moratorio en los contratos de préstamo. Así, si bien estas cláusulas pueden ser objeto del control de abusividad general en tanto pueden resultar objetivamente desequilibradas, no pueden serlo del control de abusividad por falta de transparencia. Las STS 4-11-10, 29-12-10 y 2-3-11 declararon nulas

Dentro del anterior grupo, según veremos en el siguiente epígrafe, ocupa un destacado papel la cláusula suelo en los préstamos con garantía hipotecaria a interés variable<sup>1327</sup>.

Conviene insistir en que los ejemplos enumerados en los párrafos precedentes no constituyen cláusulas abusivas *per se* sino que pueden serlo si se acredita el necesario déficit de transparencia.

**[302] Posición de la jurisprudencia.** Por lo que respecta a la posición de los tribunales en esta materia, en algunos casos han entendido que la falta de información o de transparencia de una cláusula, si bien no resulta decisiva en orden a la declaración de abusividad, la refuerza. En otros, han considerado la falta de transparencia como determinante de la declaración de abusividad<sup>1328</sup>.

Un buen ejemplo en el primer sentido es el de las resoluciones que descartan la incorporación por referencia de las condiciones sobre fijación o modificación del tipo de interés aplicable cuando este aparece determinado mediante la remisión al publicado en el tablón de anuncios de la EC y comunicado al BdeE en cumplimiento de las normas sobre transparencia. En estos casos, las sentencias, aparte de considerar que la cláusula de que se trata no debe entenderse incluida en el contrato, declaran su nulidad por generar un desequilibrio entre las partes (v. *supra* § 298).

Otro buen ejemplo lo proporcionan algunas resoluciones relativas a la cláusula suelo en los préstamos con garantía hipotecaria a interés variable. En ocasiones, los tribunales, para entenderla abusiva por atentar contra la buena fe, generar en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes y obstar a la reciprocidad -si se la compara con la cláusula techo-, han tenido en cuenta, considerando las normas sobre transparencia, la falta de una adecuada información acerca de su existencia y repercusiones. En esta línea, pueden consultarse las SAP Burgos (3) 23-3-12 (FD 2 y 4); Cáceres (1) 24-4-12 (FD 3 y 4) y 5-10-12 (FD 3); y

---

por abusivas las cláusulas de redondeo al alza en los préstamos con garantía hipotecaria, principalmente por el desequilibrio que causaban en los derechos y obligaciones de las partes. Las referidas cláusulas son entendidas como un elemento accesorio del contrato (aunque en las sentencias no aparezca suficientemente claro), susceptible, por tanto, de someterse al control de contenido. Con anterioridad se había pronunciado sobre estas cláusulas el TJUE en sentencia de 3-6-10 (asunto C-484/08 [2010] ECR I-4785). V. ACHÓN BRUÑÉN, M<sup>a</sup>. J., “Cláusulas”, s/p (también respecto de la abusividad en materia de intereses moratorios); ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El control”, pp. 230-232; CÁMARA LAPUENTE, S., “No puede calificarse”, pp. 2s. y 8-10; y NASARRE AZNAR, S., “Malas prácticas”, p. 2671. En relación con las cláusulas de redondeo pueden consultarse la Disposición Adicional Duodécima Ley 44/2002 (que limita su aplicación) y el art. 87.5 TRLGDCU, que las considera expresamente como abusivas.

<sup>1327</sup> V. NASARRE AZNAR, S., “Malas prácticas”, pp. 2679s., mencionado los motivos por los cuales deberían declararse abusivas en su caso. Se trata de cláusulas declaradas abusivas por variadas sentencias y válidas por otras. Según veremos a continuación, la STS (Sala de lo Civil, Pleno) 9-5-13 apunta categóricamente que dichas cláusulas “forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato” (FD 10.2.189). El alto tribunal considera que en el caso concreto las aludidas cláusulas son abusivas por falta de transparencia a consecuencia de una información insuficiente. La sentencia está comentada en ACHÓN BRUÑÉN, M<sup>a</sup>. J., “Cláusulas”, s/p; CORDERO, E., “Nulidad” y “Cláusula”; GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup>. del C., “STS 9 de mayo de 2013”; PLAZA PENADÉS, J., “Delimitación”; y SÁNCHEZ MARTÍN, C., “El control”.

<sup>1328</sup> En algunos casos, aun cuando no se alude a la abusividad por falta de transparencia, la decisión judicial se aproxima a esta perspectiva. Así, la STS 10-10-01 (FD 1) considera, en relación con una cláusula que implica el pago de intereses calculados en relación con el capital ya amortizado, que concurre ilegalidad y enriquecimiento injustificado.

Zaragoza (5) 8-5-12 (FD 3 y 4)<sup>1329</sup>. No obstante, según veremos más abajo, el TS ha establecido claramente que existe una conexión *directa* entre defecto de transparencia y apreciación de la abusividad de las señaladas cláusulas.

Otro ejemplo de resolución en que la declaración de abusividad se refuerza por la falta de transparencia es la SAP Barcelona (17) 2-3-12 (FD 7). En relación con un depósito estructurado, la sentencia considera que concurrieron defectos informativos respecto de los riesgos y posibilidad de cancelación del producto (como había resuelto el SRBE). En razón de esto, la Audiencia estima que las cláusulas referidas a tales extremos infringen los requisitos de incorporación del art. 80 LGDCU y son abusivas en conformidad a los arts. 85, 87 y 89 de la misma<sup>1330</sup>.

Entre las sentencias que declaran la abusividad directamente por defecto de transparencia destaca, a modo de ejemplo, la SAP Málaga (4) 17-6-96 (FD 3). Esta resolución considera abusiva la cláusula de una póliza de préstamo que señala el montante de las cuotas pero no el tipo de interés a pagar por los clientes. El tribunal llega a esta conclusión por entender que, en aplicación de la LGDCU, a los clientes no se les informó acerca del precio total del servicio.

Sobresale asimismo la SAP Madrid (28) 2-3-06 (FD 4). Esta sentencia estima incomprensible o carente de transparencia para un adherente medio la cláusula que fija la indemnización o comisión por cancelación anticipada de un préstamo hipotecario, al recurrir ella a un criterio complejo de determinación del montante que en su caso tendría que pagar el cliente, el cual resulta incomprensible para un adherente medio. Para la Audiencia, esta constatación repercute en que el adherente se vea sorprendido por la aplicación de una cantidad desproporcionada en relación con el capital pendiente de amortizar. Esta conclusión lleva al tribunal, confirmando la sentencia de primera instancia, a considerar abusiva la referida cláusula por representar un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes y ser contraria al principio de transparencia. Así, se reduce el importe a pagar por el cliente en concepto de cancelación anticipada y se obliga a la EC a devolverle lo pagado en exceso<sup>1331</sup>.

También tiene relevancia la STS 17-6-10 (18), que confirma la sentencia de segunda instancia, que había revocado parcialmente la de primera, en el sentido de no declarar la nulidad de unos “depósitos de alta rentabilidad” (referenciada a la evolución de unas acciones), sino solo la de una de sus cláusulas (por falta de transparencia), manteniendo

---

<sup>1329</sup> V. CORDERO, E., “Cláusula”, p. 1, en que se mencionan otras resoluciones que declaran la invalidez de la cláusula suelo, así como algunas que declaran su validez.

<sup>1330</sup> En sentido contrario, respecto de un préstamo hipotecario multdivisa, se pronuncia la SAP Madrid (28) 16-3-12. En este caso, los clientes no solicitaron la anulación por vicio del consentimiento a consecuencia de defectos informativos, sino la nulidad por abusividad de la cláusula que permitía a la EC aplicar el tipo de cambio vendedor por ella ofertado en el momento de efectuar el cambio y no el oficial; así como el recalcule de la operación en conformidad a dicho tipo oficial. La Audiencia no da lugar a la pretensión de los clientes por considerar que el tipo de cambio lo determinan las leyes del mercado (FD 3). Entiende, adicionalmente, que, teniendo a la vista la escritura pública, los clientes, aparte de conocer y aceptar la cantidad en francos suizos que habrían de pagar, tuvieron la oportunidad de informarse acerca del tipo de cambio que dio como resultado dicha cantidad (FD 4).

<sup>1331</sup> La sentencia está referida en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentario” (al art. 80), p. 938 (nota 167). También puede consultarse la SAP Asturias (5) 22-1-93 (FD 4), referida a una entidad financiera. La sentencia estima abusiva la cláusula que establece el interés moratorio mensual, aparte de por desproporcionado, por no informarse al cliente acerca del interés anual efectivo (v. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 5”, p. 191 -nota 113-).

la declaración de nulidad del anexo II de dichos contratos<sup>1332</sup>. La STS señala que “(e)n el caso examinado la interpretación realizada no se ofrece como absurda o ilógica, puesto que parte del sentido literal de las cláusulas del contrato y, de acuerdo con la prueba practicada y mediante una ponderación de la misma, llega a la conclusión de que la cláusula controvertida produce un desequilibrio en perjuicio de los consumidores que debe considerarse abusivo, fundándose en que el aumento o disminución del valor de las acciones consideradas como de referencia no produce efectos simétricos en la imputación de los beneficios de pérdidas a una y otra parte contratante”. Agrega la sentencia que “el carácter abusivo de la cláusula controvertida no solamente se funda en la existencia de este desequilibrio, sino también en otras circunstancias, especialmente la falta de transparencia exigida por la ley”.

La resolución más relevante en el sentido expuesto es nuevamente la STS (Sala de lo Civil, Pleno) 9-5-13<sup>1333</sup>. En esta resolución, el TS consigna claramente la existencia de una conexión entre defecto de transparencia y apreciación (abstracta) de la abusividad de las cláusulas suelo en los préstamos con garantía hipotecaria (cuando se contratan con consumidores). Así, el tribunal considera que respecto de dichas cláusulas –que son entendidas como definitorias del objeto principal del contrato–, aun cuando no procede el control de abusividad en términos generales, sí procede por falta de transparencia.

En relación con las aludidas cláusulas el alto tribunal concluye que en el caso concreto carecen de transparencia puesto que: “a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato./ b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas./ c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar./ d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad –caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas./ e) En el caso de las utilizadas por el (*el Banco*), se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor” (FD 13).

En definitiva, el TS considera que las mencionadas cláusulas, sin perjuicio de su licitud en términos generales (cuando son transparentes) y de haber sorteado el test de incorporación en el caso enjuiciado, son abusivas por falta de transparencia en el caso concreto a consecuencia del otorgamiento de una información insuficiente en relación con su significado y alcance. En este sentido, la sentencia apunta que “pese a tratarse, según se ha razonado, de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, las propias entidades les dan un tratamiento impropiaamente secundario, habida cuenta de que las cláusulas “*no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios*”, lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no

---

<sup>1332</sup> La SAP Valencia (9) 26-4-06 (FD 5), en orden a la declaración de nulidad, tuvo en cuenta la infracción de los requisitos de incorporación de las condiciones generales (comprensibilidad, claridad y sencillez) y los de la abusividad. Y también los defectos informativos presentes en los referidos instrumentos (citando una resolución de la CNMV), sobre todo en materia de riesgos (posibilidad de pérdida del capital invertido). Dicho defectos –en concepto de la Audiencia- redundaron en el incumplimiento de la normativa del mercado de valores y, en definitiva –junto con las demás circunstancias del caso–, en la ausencia de un consentimiento libre y espontáneo (error).

<sup>1333</sup> Comentada en CORDERO, E., “Nulidad”; GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup>. del C., “STS 9 de mayo de 2013”; PLAZA PENADÉS, J., “Delimitación”; y SÁNCHEZ MARTÍN, C., “El control”, s/p.

ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato” (FD 13).

Finalmente, el TS declara de oficio la nulidad de dichas cláusulas e impone a las EC condenadas, al haberse deducido una acción de cesación, la eliminación de los contratos de aquellas cláusulas y la abstención de emplearlas en el futuro. Así, el TS considera que la abusividad por falta de transparencia no genera la nulidad del contrato, pero sí la de la cláusula suelo carente de transparencia, pero precisa, siguiendo el apartado 73 de la STJUE 14-6-12, que no existe la posibilidad de que el tribunal integre o reconstruya equitativamente el negocio jurídico, puesto que ello iría contra el Derecho comunitario (FD 15, 16 y 17)<sup>1334</sup>. Eso sí, llama la atención y resulta criticable que el TS no aplique la nulidad con efecto retroactivo (como debe hacerse de acuerdo al art. 1303 CC) argumentando sobre la base de los principios de seguridad jurídica y orden público económico, con lo que dicha sanción se termina aplicando sin incidir en los pagos ya realizados por los clientes afectados por las referidas cláusulas (FD 17, en que se mencionan otros motivos)<sup>1335</sup>.

En síntesis, lo que hace el TS es entender que existe un doble control de transparencia de las condiciones generales en la contratación con consumidores. Uno opera en sede de requisitos de incorporación y el otro, superado el anterior, en sede de abusividad, aunque se trate de cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato<sup>1336</sup>. Teniendo en cuenta esta distinción, el TS no da lugar a la no incorporación o a la interpretación a favor del consumidor, sino a la abusividad por falta de transparencia<sup>1337</sup>. Asimismo, al aplicar el alto tribunal un parámetro abstracto de evaluación de la validez de las cláusulas predispuestas, se coloca en un terreno distinto del error-vicio. No cabe duda acerca de que este proceder podría repercutir en el futuro en el enjuiciamiento de otros productos financieros como las participaciones preferentes y demás productos financieros últimamente litigiosos<sup>1338</sup>.

---

<sup>1334</sup> V. CORDERO, E., “Cláusula”, p. 3.

<sup>1335</sup> Una crítica de esta manera de aplicar los efectos de la nulidad en ACHÓN BRUÑÉN, M<sup>a</sup>. J., “Cláusulas”, s/p; CORDERO, E., “Nulidad”, pp. 4s. y “Cláusula”, p. 4; GARCÍA MONTORO, L., “Contra la sentencia”, s/p; y GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup>. del C., “STS 9 de mayo de 2013”, p. 11. A favor de ella se muestra PLAZA PENADÉS, J., “Delimitación”, s/p. En razón de esta forma de aplicar la nulidad se han comenzado a suceder en esta materia las sentencias que no la aplican en los términos en que lo ha hecho el TS. Así, las de los JM nº 10 de Barcelona, de 7-6-13; nº 1 de Bilbao, de 19-6-13; y nº 2 de Málaga, de 23-5-13; y la del JPI nº 4 de Orense, de 13-5-13.

<sup>1336</sup> V. GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup>. del C., “STS 9 de mayo de 2013”, principalmente las pp. 8ss.; y SÁNCHEZ MARTÍN, C., “El control”, s/p. Y también PLAZA PENADÉS, J., “Delimitación”, s/p. Este autor entiende que la comentada STS da lugar a un control de inclusión, que en el caso concreto se supera, y a uno de transparencia adicional, que opera en la contratación con consumidores, y que en el supuesto enjuiciado no se supera. Agrega que el alto tribunal también procede a un tercer control distinto de los anteriores: el de contenido. Este último se habría implementado en orden a reforzar la ilicitud derivada de la no superación del segundo control. En fin, precisa que el TS “entremezcla” el control de inclusión con el de transparencia.

<sup>1337</sup> V. CORDERO, E., “Nulidad”, p. 4 y “Cláusula”, p. 3; y GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup>. del C., “STS 9 de mayo de 2013”, p. 10 (respecto de la primera). Esta última autora apunta que la razón de este proceder del alto tribunal estaría en que la declaración de no inclusión por incumplimiento de los requisitos de transparencia de las condiciones generales y la subsiguiente exclusión de la cláusula suelo no podrían haberse efectuado de oficio. Con ello, el TS habría difuminado la distinción entre no incorporación y abusividad. La línea asumida por el TS podría explicarse, asimismo, porque la vía de la no incorporación habría supuesto aplicar la sentencia con efectos retroactivos y no meramente prospectivos como finalmente hace el tribunal al dar lugar a la nulidad. En todo caso, la aplicación de los efectos de la nulidad en la forma en que lo hace la sentencia también resulta discutible.

<sup>1338</sup> V. SÁNCHEZ MARTÍN, C., “El control”, s/p.

**[303] Cláusulas abusivas por defecto informativo o de transparencia en la contratación entre EC y clientes empresarios.** En fin, cabe preguntar si puede tener lugar en la contratación entre una EC y un empresario la abusividad por falta de transparencia.

A tenor de lo dispuesto por el TRLGDCU (y por el preámbulo de la LCGC), la noción de “cláusula abusiva” solo puede operar en beneficio de los consumidores. No obstante, el preámbulo de la LCGC reconoce que en la contratación entre empresarios o profesionales puede existir “abuso de posición dominante”, concepto que deberá sujetarse a las disposiciones generales en materia de nulidad contractual y que, como es obvio, plantea el interrogante adicional, en el que no me voy a detener, de cuál es su exacta relación con el abuso de posición de dominio en sentido técnico (art. 102 TFUE y art. 2 LDC) o con la explotación de una situación de dependencia (art. 16.2 LCD). En cualquier caso, según el preámbulo de la LCGC, “nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios”. Finaliza apuntando dicho preámbulo que en estas hipótesis se deberán tener en consideración las particulares características de la contratación entre empresas<sup>1339</sup>. De manera que una predisposición de condiciones generales realizada con falta de transparencia en orden a la obtención de una ventaja desproporcionada contraria a la buena fe puede resultar “abusiva” incluso en los contratos en que el cliente adherente sea un empresario.

Aparte del preámbulo de la LCGC, el fundamento de esta solución lo proporciona el art. 1258 CC que, aun cuando es una norma de integración contractual, ha sido ampliamente reconocida como un precepto que va más allá de su tenor literal, por ejemplo, al efecto de la creación de determinados deberes. Pues bien, la amplitud de la disposición también justificaría la marginación del contrato de aquellas cláusulas que contrarían las exigencias de la buena fe y alteran el equilibrio contractual.

Eso sí, la aludida conclusión supone tener en cuenta las peculiaridades de la contratación entre empresarios, de manera que no deberían aplicarse en relación con ella los mismos criterios que sirven para evaluar la abusividad en la contratación con consumidores. En particular, resultará relevante en orden a la comprobación de la abusividad la ajenidad del contrato respecto de la esfera habitual de contratación del adherente empresario, por ejemplo, en la contratación de préstamos para la financiación de un emprendimiento. Y, asimismo, la eventual existencia de cláusulas sorprendentes, que al oponerse al deber de transparencia del predisponente, terminan defraudando las legítimas expectativas del adherente<sup>1340</sup>.

---

<sup>1339</sup> V. MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., *Condiciones*, pp. 219-221.

<sup>1340</sup> V., acerca de este párrafo y el anterior, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, pp. 102-107 y 215 (con mención de otras, que aplican la LGDCU). En la p. 105 plantea que por lo menos debería extenderse normativamente la regla general en materia de abusividad a favor de los empresarios adherentes. Para el autor, de algunas resoluciones que declaran la nulidad de determinadas cláusulas en la contratación entre EC y empresarios puede colegirse que subyace un defecto de transparencia. Es lo que ha ocurrido – señala- con la cláusula que en el contrato de descuento hace recaer sobre el empresario adherente el pago de una comisión por devolución de los efectos impagados, al carecer ella de causa conforme a los arts. 1274 y 1261.3 CC. Ello, porque dicha devolución no puede entenderse como un servicio independiente de aquel contrato, sino intrínseco a él. Por lo demás, se trata de un servicio solventado a través de la comisión de gestión y del interés del descuento, que recompensan el riesgo de la EC. Así lo han estimado

Cabe puntualizar que los casos de abusividad referidos a clientes empresarios, considerando que no les resulta aplicable el TRLGDCU, deberían regirse por las reglas generales en materia de nulidad<sup>1341</sup>.

En el anterior sentido, puede mencionarse, a modo de ejemplo, la SAP Madrid (28) 8-2-13 (FD 3 y 4). La resolución, referida a dos personas físicas, una SA y una SL, confirma la sentencia de primera instancia, que en relación con unos contratos de depósito y administración de valores había declarado la nulidad de las cláusulas referidas a las comisiones que la EC podía cobrar a los clientes por el traspaso de los valores custodiados desde ella a otra entidad, por no superar el control de contenido, obligando a la demandada a la devolución de los importes de dichas comisiones. El JM, a pesar de que la existencia de estas constara en el libro de tarifas de la entidad, considera incompletas las cláusulas a ellas referidas al no precisar los importes y conceptos por los cuales se cobrarían, que tampoco fueron comunicados a los clientes. En opinión de dicho juzgado este proceder implicaba dejar a los clientes al arbitrio de la EC. El tribunal de segunda instancia ratifica lo señalado por el de primera y considera asimismo que las referidas comisiones no fueron aceptadas por los clientes y que estos no fueron informados por la EC al celebrarse el contrato acerca de las tarifas de aquellas comisiones.

---

las SAP Madrid (18) 10-5-00 (FD 2) y Sevilla (8) 7-5-01 (FD 3), que condenan a la EC al abono de determinada cantidad al cliente. La primera señala que “se sostiene también por la recurrente y es criterio compartido por esta Sala, la inexistencia de causa en el cobro de la citada comisión de devolución, puesto que la devolución de los efectos impagados es una obligación vinculada esencialmente al contrato de descuento suscrito entre las mismas y forma parte ineludible de dicho contrato sin que pueda ser remunerada especialmente dicha obligación de devolución por ello no existe una causa que justifique el cobro de dicha comisión y en consecuencia de la inexistencia de causas se deriva la ilicitud del cobro de la misma”. La segunda SAP citada apunta, en relación con la aludida comisión de devolución, que “aún en el hipotético supuesto de que la misma supusiera la retribución a la entidad financiera por un servicio prestado, ésta deberá consistir en una cantidad fija y establecida previamente con carácter de máximo, no siendo aceptable para el Banco de España que se cobre como un porcentaje sobre el nominal del efecto devuelto, como en el supuesto ahora enjuiciado se hizo, y rechaza la efectividad de las cuestionadas comisiones de devolución, por ausencia de causa que las justifique y por contravenir el artículo 10 de la Ley 26/1984, de 19 de Julio, LGDCU, al comportar, en detrimento de los intereses del consumidor, incrementos de precios por servicios, accesorios, recargos y penalizaciones que no se corresponden a prestaciones adicionales, y no responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos (en palabras de la Circular del Banco de España 81/1990, de 7 de Septiembre) distintos del mismo contrato de descuento, lo que les priva de validez, pese a la estipulación que expresamente se pactó en la póliza para negociación de letras de cambio y otras operaciones bancarias, que aparece unida a las actuaciones al folio 101, sin que esta Sala pueda compartir el criterio del Juzgador de instancia, y parte apelada, cuando declaran su conformidad con el artículo 5 de la Orden de 12/12/1989, pues como antes se razonaba el servicio que se presta por la entidad bancaria, es el de la presentación al cobro del efectos, y ese ya ha sido remunerado, sin que la simple operación material de devolverlo suponga un nuevo servicio, ya que forma parte integrante de la gestión de cobro”. Sin perjuicio de que estas resoluciones precisan que la aludida cláusula surge de la autonomía de la voluntad con arreglo al art. 1255 CC, el autor señala que la falta de causa implicaría, en último término, que no ha sido así. De este modo, la nulidad se derivaría en las citadas sentencias de la ausencia de transparencia en relación con la mayor onerosidad surgida para el cliente del contrato, que no ha sido verdaderamente consentida por él. Cfr. también acerca de la necesidad de aplicar el control de contenido en relación con empresarios adherentes, del mismo autor, “Los contratos”, pp. 1626 y 1655-1658. V. asimismo MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., *Condiciones*, pp. 128 (en relación con la posibilidad de que exista “abusividad” en aplicación de las normas generales sobre obligaciones y contratos del CC y del Código de Comercio) y 222 (en que apunta que las situaciones de desequilibrio contractual también pueden concurrir respecto de PYMES).

<sup>1341</sup> ACHÓN BRUÑÉN, M<sup>a</sup>. J., “Cláusulas”, s/p.



Como conclusión puede apuntarse que, en general, se constata en la jurisprudencia una tendencia a aplicar el régimen de la abusividad a toda contratación con cláusulas predispuestas, tratándose de clientes consumidores o empresarios<sup>1342</sup>.

#### e. Nulidad por infracción de normas imperativas

**[304] Planteamiento.** Considerando el carácter imperativo de las normas sobre información precontractual aplicables a las EC, incluidas la referidas a la obtención de la misma de parte del cliente, corresponde plantear si este, ante su infracción, puede solicitar y obtener la nulidad con arreglo al art. 6.3 CC<sup>1343</sup>.

Dicho precepto sanciona con la nulidad de pleno derecho los actos contrarios a normas imperativas, salvo que estas contemplen una consecuencia diversa para el caso de su contravención<sup>1344</sup>. El mencionado precepto se aplica en relación con toda norma jurídica que tenga el carácter de fuente del Derecho, independientemente de su jerarquía y naturaleza<sup>1345</sup>.

En conformidad a lo anterior, la vulneración de las reglas sobre información precontractual aplicables a las EC, considerando su carácter imperativo, debería generar la nulidad de pleno derecho del acto que las vulnera<sup>1346</sup>. Según hemos visto, se trata de una solución contemplada por los arts. 8.1 LCGC<sup>1347</sup> y 4.2 Directiva 93/13 (nulidad de cláusulas abusivas por falta de transparencia). Y también por el art. 9.4 LCDSFDC, que ante la infracción de la obligación precontractual de informar, remite a las disposiciones generales sobre la nulidad<sup>1348</sup>.

<sup>1342</sup> AA.VV., CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *El Derecho*, p. 317.

<sup>1343</sup> V. acerca de esta posibilidad BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, p. 521; FARRANDO MIGUEL, I., “SWAPS”, pp. 20-22; GARRIDO, J. M., “Las permutas”, pp. 461s.; MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, pp. 30s.; MORALEJO, I., “Las normas”, pp. 375s.; y PALACIOS GONZÁLEZ, M<sup>a</sup>. D., “El deber”, p. 96 (aludiendo en general a la ineficacia por información insuficiente, cuando la información ha sido exigida legalmente). Un análisis de esta vía en FEBBRAJO, T., “Violazione”, pp. 147-157 (con cita de variada jurisprudencia italiana); y SANGIOVANNI, V. “*La nullità*”, pp. 1472-1474 (respecto de la comercialización a distancia de servicios financieros). La referida sanción es similar a la nulidad de los contratos que no tienen causa o que tienen una ilícita (la opuesta a las leyes o la moral) a tenor del art. 1275 CC. No obstante, no se aplica solo a los contratos. QUICIOS MOLINA, S., “La ineficacia”, p. 1233.

<sup>1344</sup> V. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad*, pp. 29s. CARRASCO PERERA, Á., (Comentario al) “Artículo 6.3”, p. 805, plantea que la vulneración de normas imperativas no genera siempre la nulidad, ya que solo lo hace la contravención de normas prohibitivas.

<sup>1345</sup> CARRASCO PERERA, Á., (Comentario al) “Artículo 6.3”, p. 776.

<sup>1346</sup> A favor, GARRIDO, J. M., “Las permutas”, pp. 461s.; REDONDO TRIGO, F., “La nulidad”, pp. 631 y 639; y ZUNZUNEGUI, F., “Meterse en un jardín”, s/p. En contra de aplicar esta consecuencia se manifiesta, en términos generales, CARRASCO PERERA, Á., (Comentario al) “Artículo 6.3”, p. 809 (y nota 100 *bis*), que plantea que la infracción de obligaciones legales (como las de informar) no permite dar lugar a la nulidad sino a la exigencia del cumplimiento de dichas obligaciones, a la indemnización por incumplimiento o a la anulación del contrato. También se manifiesta en contra MATEO, J., “Reflexiones”, s/p, por considerar que las normas sobre transparencia son administrativas, debiendo generar su vulneración solo consecuencias de esta índole. Resulta interesante tener en cuenta que en el Derecho italiano una importante línea jurisprudencial se decanta por aplicar la nulidad ante la vulneración de las normas que rigen la contratación de servicios financieros, en consideración a que en estos casos no solo se encuentra comprometido el interés particular del cliente, sino el interés público. V. FEBBRAJO, T., “Violazione”, pp. 150s.

<sup>1347</sup> AA.VV., CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *El Derecho*, p. 342; LARROSA AMANTE, M., “Las condiciones”, p. 96; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos”, p. 1625.

<sup>1348</sup> GUIASADO MORENO, Á., “Contratación a distancia”, p. 307; y MAYORGA TOLEDANO M<sup>a</sup>. C., “Los derechos”, p. 22. CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario” (a los arts. 60 y 61), p. 509; MARTÍN

La aplicación de dicha sanción resulta apropiada sobre todo en aquellos supuestos en los que una EC no proporciona al cliente la información que determinada norma le exige suministrar (deberes típicos). En efecto, en esta situación no resulta pertinente discutir acerca de si dicha infracción genera un vicio del consentimiento en el cliente, porque, sencillamente, la EC no cumple con la obligación (de resultado) de trasladarle a aquel la información preceptivamente exigida. Pero también resulta apropiada la aplicación de la referida sanción a los casos en que la EC sí le proporciona información al cliente, pero de manera inadecuada. Veremos, en todo caso, que esta última idea debe matizarse para la mejor protección de los intereses de los clientes.

**[305] La nulidad del art. 6.3 CC por infracción de las normas sobre información precontractual solo rige para los clientes de las EC protegidos por ellas.** La nulidad de pleno derecho no rige en relación con clientes a cuyo respecto no operan reglas positivas sobre información precontractual, en tanto no habría normas imperativas que aplicar. Ello, sin perjuicio de que los tribunales, ante la correspondiente demanda de anulación de alguno de ellos, deban determinar si la EC de que se trate debía o no revelar y de qué manera la información controvertida, declarando, en su caso, la ineficacia del contrato por vicio del consentimiento.

El anterior es el caso de los empresarios en los servicios bancarios, que no ostentan ni la condición de consumidor (no resultando beneficiados por tanto con las disposiciones imperativas que protegen a este tipo de sujetos) ni la de individuo protegido por la normativa general sobre transparencia (Orden EHA/2899/2011 y Circular 5/2012). Eso sí, considerando que a los empresarios que sean calificados de minoristas con arreglo a la normativa sobre contratación de servicios de inversión se aplican las reglas imperativas de información precontractual en ella contenidas, la vulneración de estas sí desencadenaría la nulidad de pleno derecho del acto contravenacional. Asimismo, dichos sujetos se podrán beneficiar con la nulidad cuando se infringen los requisitos de incorporación de la LCGC o han sido afectados por cláusulas abusivas por falta de transparencia (en aplicación del art. 1258 CC).

Con la salvedad de las excepciones aplicables a los clientes empresarios antes aludidas, correspondería aplicar la nulidad de pleno derecho en caso de infracción de las normas imperativas sobre información precontractual en materia de servicios financieros solo respecto de las personas físicas, trátase de clientes en general (Orden EHA/2899/2011 y Circular 5/2012) o de clientes consumidores (TRLGDCU, LCCC y LCDSFDC)<sup>1349</sup>.

**[306] La nulidad del art. 6.3 CC opera solo si la norma vulnerada no contempla una sanción específica.** La nulidad de pleno derecho por infracción de norma

---

SALAMANCA, S., “Los derechos”, p. 100; y NOVAL LAMAS, J., “El derecho”, p. 239 (y nota 57), señalan que el precepto se estaría refiriendo a la anulabilidad por vicios del consentimiento y no a la nulidad. La Directiva 2002/65 no establece una sanción para la infracción de la obligación precontractual de informar, limitándose a señalar en su art. 11 que, en general, los Estados deben contemplar sanciones adecuadas, que deberán ser “efectivas, proporcionadas y disuasorias”. V. SANGIOVANNI, V. “*La nullità*”, pp. 1469s., refiriendo que en el Derecho italiano el contrato es nulo. El art. 67-septies decies.4 del Código del Consumo italiano establece la nulidad del contrato de comercialización a distancia de servicios financieros en caso de que el proveedor incumpla su obligación de información precontractual alterando significativamente la representación de sus características.

<sup>1349</sup> En el caso de las normas imperativas protectoras de determinados individuos (por ejemplo, consumidores) solo estos tienen la legitimación activa para solicitar la nulidad y no su contraparte o terceros (salvo las asociaciones de consumidores). QUICIOS MOLINA, S., “La ineficacia”, p. 1249.

imperativa rige solo si la disposición de que se trata no ha establecido una sanción diversa para el evento de contravención (art. 6.3 CC). Este es el caso del art. 7.2 LCCC, que prescribe que el incumplimiento de los requisitos sobre información precontractual y suministro de la misma le permite al consumidor optar entre la anulabilidad y el mantenimiento del contrato, integrándolo en conformidad al TRLGDCU y demás disposiciones aplicables. Al margen de esta norma, la nulidad de pleno derecho por infracción de las reglas sobre información precontractual se debería aplicar a los clientes personas físicas, cualquiera sea el servicio financiero que contraten, y a los empresarios (principalmente minoristas) que contraten servicios de inversión, sin perjuicio de la aplicación respecto de ambos de la LCGC y de la nulidad de cláusulas abusivas por defecto de transparencia.

Ahora bien, no siempre que la norma de que se trata prevé determinado efecto para el caso de ser vulnerada ha de excluirse la sanción de la nulidad, pudiendo resultar compatible esta sanción con la aplicación de otras como las de carácter administrativo. Lo importante en estos casos es determinar si la finalidad de la norma infringida se satisface o no con la aplicación de la sanción específicamente prescrita por dicha norma para el evento de contravención<sup>1350</sup>. En mi opinión, el hecho de que determinadas normas imperativas sobre información precontractual contemplen consecuencias que no pertenecen al Derecho privado (*v. gr.*, administrativas), no debe traducirse en la inaplicación de la nulidad de pleno derecho si lo que se quiere es proteger el interés del cliente (que es precisamente el propósito de dichas normas), a quien los que verdaderamente interesan son los efectos de índole contractual.

Tampoco el hecho de que el incumplimiento de las normas sobre contratación con EC admita, en aplicación de las reglas generales sobre vicios del consentimiento o incumplimiento de obligaciones, consecuencias de Derecho privado, como son, *v. gr.*, la anulabilidad y la responsabilidad civil, significa que estas deban entenderse como sanciones “expresamente” contempladas por aquellas reglas en orden a la inaplicación de la nulidad, al tratarse de remedios genéricos no mencionados explícitamente por tales normas<sup>1351</sup>. Por lo demás, en el caso de la responsabilidad civil, las consecuencias económicas a ella conectadas pueden no satisfacer el interés del cliente, a quien lo que realmente puede importar es la desvinculación del contrato a través de la nulidad<sup>1352</sup>.

**[307] Identificación del acto que vulnera una norma imperativa.** Cabe preguntarse ahora cuál es el acto en contravención a las normas (imperativas) sobre información precontractual aplicables a las EC que, en su caso, quedaría afectado por la nulidad de pleno derecho.

Una primera opción sería aplicar dicha sanción a la actividad informativa misma desplegada por la EC infractora. Resultaría, así, que si esta no proporcionó información alguna al cliente no habría ningún acto al que aplicarla, razón por la cual solo se aplicaría al otorgamiento de información defectuosa, siendo este el acto identificable como contravencional. Sin embargo, con esta alternativa quedaría en pie el contrato, lo

<sup>1350</sup> CARRASCO PERERA, Á, (Comentario al) “Artículo 6.3”, pp. 821-823.

<sup>1351</sup> *V. Ib.*, pp. 829s., entendiendo que la anulabilidad no es un “efecto distinto” que el ordenamiento jurídico contempla para los supuestos de contravención de una norma, ya que en las hipótesis de anulabilidad no se contraviene norma alguna. Cabe precisar que al autor considera que la infracción a que se refiere el art. 6.3 CC solo es la de normas prohibitivas, no siendo de este carácter las relativas a los vicios del consentimiento.

<sup>1352</sup> REDONDO TRIGO, F., “La nulidad”, p. 653.

cual no resulta lógico ni satisfactorio desde la perspectiva de mejor protección del cliente. A este interesará, cuando ha resultado perjudicado, o desvincularse por completo del contrato o, por lo menos, de aquella parte a cuyo respecto no fue informado en manera alguna o correctamente. Así, debe entenderse que el clausulado contractual pactado sin la información preceptiva es, en sí mismo, el acto contravencional a las reglas sobre información precontractual que debe declararse nulo, total o parcialmente<sup>1353</sup>.

**[308] Necesidad de una reglamentación de la nulidad por infracción de las normas imperativas sobre información precontractual que distinga diversos supuestos.** En atención a lo expuesto, cabe insistir en que resulta necesaria la regulación de las consecuencias privadas de la infracción de las reglas sobre información precontractual, en términos generales, o en especial para el caso de la contratación con EC. Así, de existir en el futuro una ley aplicable a la contratación con EC, debería establecer expresamente la nulidad de los actos y contratos que la contravengan, así como las reglas de integración contractual que permitan, en su caso, mantener la validez del contrato, en orden a evitar perjuicios a los clientes<sup>1354</sup>.

Eso sí, suponiendo que el Derecho positivo contemplara expresamente en el futuro la nulidad de pleno derecho por vulneración de las normas (imperativas) sobre información precontractual aplicables a las EC, lo óptimo sería que distinguiera diversos supuestos. De lo que se trata es de conceder a los tribunales la posibilidad de tomar en cuenta los diversos intereses y circunstancias concurrentes en el supuesto concreto, sin que se vean forzados a aplicar la nulidad en todo caso prescindiendo de la consideración de dichos factores<sup>1355</sup>.

En razón de lo anterior, en materia de nulidad por infracción de la obligación precontractual de informar el legislador debería distinguir, a semejanza de lo planteado a propósito de la no incorporación de condiciones generales de la contratación, dos supuestos (v. *supra* § 296). Primero, el caso en que el cliente recibe una información ilegible, ambigua, oscura o incomprensible, en que debería proceder la nulidad de pleno derecho. Segundo, aquel en que el cliente no ha tenido la oportunidad real de conocer de forma completa la información relativa a las condiciones que regirán el contrato, en que debería proceder la anulabilidad, al vincularse dicha oportunidad real de conocer con la integridad del consentimiento. Esta última solución permitiría al cliente decidir si anula o confirma una vez que pudiera asumirse que conoció la existencia de la respectiva información<sup>1356</sup>.

Adicionalmente, la nulidad de pleno derecho debería aplicarse para los supuestos en que se compruebe que una EC no proporcionó al cliente en manera alguna la información que una norma imperativa le imponía transmitir. En efecto, en esta situación no debería debatirse acerca de si la infracción informativa generó un vicio del consentimiento en el cliente o un incumplimiento contractual, porque, contrariamente al caso en que una EC le proporciona una información defectuosa, en esta hipótesis la entidad no cumple en

---

<sup>1353</sup> Por lo demás, solo pueden ser nulos los actos jurídicos que contienen una declaración de voluntad constitutiva de un negocio jurídico, como los contratos. CARRASCO PERERA, Á, (Comentario al “Artículo 6.3”, p. 811.

<sup>1354</sup> MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., *Condiciones*, p. 49.

<sup>1355</sup> V., acerca de esta advertencia, FEBBRAJO, T., “Violazione”, pp. 169s. (comentando una línea jurisprudencial italiana crítica con la aplicación de la nulidad en materia de servicios de inversión).

<sup>1356</sup> Cfr. PASQUAU LIAÑO, M., (Comentario a los) “Artículos 9 y 10”, pp. 281s.

modo alguno con su obligación (de resultado) de entregarle a aquel la información preceptivamente requerida.

En todo caso, la regulación de la nulidad de pleno derecho por vulneración de las normas sobre información precontractual debería ir acompañada de una descripción precisa de la conducta exigible a las EC en estas materias, en orden a dar plena vigencia al principio de legalidad, evitando la aplicación indiscriminada de una sanción tan grave como aquella. Asimismo, la titularidad de la acción debería corresponder únicamente al cliente afectado<sup>1357</sup>.

En el anterior sentido, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia ha señalado reiteradamente que la nulidad por infracción de norma imperativa solo puede aplicarse teniendo en cuenta el carácter y la finalidad de la norma vulnerada, así como la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados. Así, corresponderá la declaración de validez del respectivo acto o negocio jurídico, no obstante la infracción normativa, en caso de que la levedad del supuesto lo permita o aconseje. Y procederá la nulidad si concurren razones de peso que evidencien que dicho acto o negocio jurídico resultan ser contrarios a la ley, la moral o el orden público<sup>1358</sup>.

**[309] Posición de la jurisprudencia.** Finalmente, cabe referir que, aunque excepcionales, existen importantes sentencias que reflexionan acerca de la aplicación de la nulidad de pleno derecho por infracción de las normas imperativas sobre información precontractual aplicables a las EC, estableciendo los criterios que deben concurrir para dar lugar a dicha nulidad<sup>1359</sup>.

Entre dichas resoluciones destaca la STS 22-12-09 (FD 12), que declara la nulidad de unos “depósitos de alta rentabilidad” y de sus consecuencias por vulneración de los requisitos de claridad y sencillez exigidos por los arts. 5.4 LCGC y 10.1.a) LGDCU, al no haberse sujetado la contratación a lo prescrito por la normativa sobre servicios de inversión. La sentencia rechaza la tesis de que la infracción de las normas sobre transparencia bancaria no pueda dar lugar a la nulidad del contrato en los siguientes términos: “esta Sala, en aplicación del art. 6.3 Cc, invocado como infringido, tiene declarado que cuando, analizando la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio

---

<sup>1357</sup> V. FEBBRAJO, T., “Violazione”, pp. 153s. y 167s. (explicando una de las líneas jurisprudenciales en el Derecho italiano).

<sup>1358</sup> V. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad*, p. 30.

<sup>1359</sup> Igualmente es posible encontrar sentencias que discurren a este respecto en términos generales, esto es, no en relación con la infracción de la obligación precontractual de informar de las EC. Así, la STS 12-7-04 (FD 2) señala que “(e)sta Sala tiene reiteradamente declarado, en cuanto a los actos que contraríen o falten a algún precepto legal, sin que éste formule declaración expresa sobre su nulidad o validez, que el juzgador ha de analizar la índole y finalidad del precepto legal contrariado y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir declarando válido el acto realizado, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así permite o aconseja, y sancionándolo con la nulidad si median trascendentales razones que pateticen el acto como gravemente contrario al respeto debido a la Ley, la moral o al orden público (...)”. Eso sí, la sentencia precisa que el incumplimiento de una Circular del BdeE “para nada atañe a la cuestión de la nulidad civil de las operaciones crediticias que la contradigan, sino a la corrección de las prácticas bancarias”. V. QUICIOS MOLINA, S., “La ineficacia”, p. 1233 (y nota 108). Acerca de la evolución de las decisiones del TS en materia de criterios para aplicar la nulidad por infracción de normas imperativas v. CARRASCO PERERA, Á, (Comentario al) “Artículo 6.3”, pp. 788-793.

jurídico, deben aplicarse las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez (STS de 25 de septiembre de 2006, RJ2006\6577) y no es obstáculo a la nulidad que la prohibición administrativa no tenga carácter absoluto (STS de 31 de octubre de 2007, RJ2007\8644)”<sup>1360</sup>.

Asimismo, sobresalen las SAP Barcelona (15) 19-4-12 (FD 5 y 6) y 17-5-12 (FD 4), ambas relativas a la contratación de *swaps* de tipos de interés<sup>1361</sup>.

La primera considera como acto de infracción la concurrencia de una recomendación inadecuada, habiendo contratado el cliente en atención a la relación de confianza con la EC. La sentencia aplica el art. 6.3 CC por infracción de normativa administrativa, al ser incompatibles los actos de contravención de ella con su finalidad. Esto -apunta la Audiencia-, a pesar de que la demanda se ampare de manera sustancial en la nulidad por vicios del consentimiento, ya que no le resulta ajena la perspectiva de la mencionada disciplina. Así, en concepto del juzgador, el problema se circunscribe en definitiva a la aplicación de una norma jurídica (inadecuación del producto), lo que puede y debe hacerse de oficio por el tribunal. Ello -agrega-, sin perjuicio de que no siempre, según advierten diferentes STS, la vulneración de deberes administrativos conduzca a la nulidad de los contratos (FD 5). Las precedentes ideas, concluye, evitan entrar a considerar la nulidad por vicios del consentimiento. No obstante, igualmente precisa que en principio podría haber dolo en la EC por su conocimiento de la evolución de los tipos de interés, vicio que en definitiva no se estima concurrente por no haberse acreditado (FD 6).

La segunda resolución precisa que el incumplimiento formal de la normativa administrativa MiFID, que impone obligaciones imperativas, no siempre genera la nulidad. Indica, no obstante, que sí la genera cuando la contravención es incompatible con la finalidad de aquella normativa, como en el caso concreto. Según el tribunal, dicha finalidad es asegurar una completa información en orden a la formación del consentimiento con pleno conocimiento, así como la adecuación del producto a los específicos requerimientos del cliente<sup>1362</sup>.

---

<sup>1360</sup> V. MORALEJO, I., “Las normas”, pp. 375s.; NOVAL LAMAS, J., “El derecho”, p. 229; y REDONDO TRIGO, F., “La nulidad”, p. 639. La STS está reseñada en MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Inversiones”; y TAPIA HERMIDA, A., “Doctrina jurisprudencial”, pp. 260-266.

<sup>1361</sup> V. MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, pp. 153 y 291s.

<sup>1362</sup> En algún supuesto, el tribunal establece que el incumplimiento del deber precontractual de informar de las EC puede dar lugar a la nulidad en aplicación del art. 6.3 CC, pero termina declarando la anulación del contrato. Así, la SAP Alicante (8) 22-3-13 (FD 4), refiriéndose a la aplicación de dicho precepto, señala que “si la normativa infringida impone una detallada y rigurosa obligación de facilitar información precontractual al cliente y, si esta información que debe facilitarse tiene por objeto poner de manifiesto al cliente de manera exhaustiva y veraz todas las características y riesgos del instrumento financiero, en el caso de que se vulnera esta normativa al facilitar una información parcial e inexacta, el cliente se hará una falsa representación de la realidad del instrumento financiero contratado lo que constituye el elemento estructural básico del error como vicio del consentimiento y de la consiguiente anulación del contrato según el artículo 1.266 del Código civil”.

## 9. Responsabilidad civil

### a. La responsabilidad precontractual

#### i. Preliminar

[310] **Síntesis.** En la etapa previa a la conclusión del contrato rigen deberes de protección o cuidado derivados de la iniciación de un contrato, del comienzo de negociaciones o de acercamientos semejantes, como los de información. Su vulneración puede producir un daño en los derechos, bienes jurídicos o intereses en que inciden dichos contactos<sup>1363</sup>. Este tipo de daño puede dar lugar a la llamada *responsabilidad precontractual*<sup>1364</sup>.

Por lo que concierne al tema de este trabajo, dicha responsabilidad puede derivar de la infracción de la obligación precontractual de informar -de las EC en nuestro caso-, sin que la parte afectada deba resultar protegida en caso de no concurrir esta obligación<sup>1365</sup>. De esta suerte, no le bastará al cliente con alegar que en el caso concreto ha sufrido pérdidas, puesto que éstas deben conectarse con el incumplimiento de dicha obligación<sup>1366</sup>. Adicionalmente, en términos generales, la responsabilidad precontractual supone una conducta negligente derivada de una falta de lealtad, la concurrencia de un perjuicio y una relación de causalidad entre ambos<sup>1367</sup>.

Adviértase, desde ya, que la calificación de precontractual de la aludida responsabilidad no implica que se trate de un género distinto de la contractual y de la extracontractual. Sencillamente, dicha calificación deriva de que la conducta dañosa que la provoca tiene

---

<sup>1363</sup> V. ASÚA GONZÁLEZ, C., *La culpa*, pp. 59-61; EHMANN, H. y SUTSCHET, H., *La reforma*, pp. 201s.; MORALES MORENO, A-M., *Incumplimiento*, p. 89; PASCUAL ESTEVILL, L., “La responsabilidad precontractual”, p. 937; STIGLITZ, R., “La obligación”, p. 44; y VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, pp. 59s.

<sup>1364</sup> V. ASÚA GONZÁLEZ, C., *La culpa*, pp. 67 y 244; JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, pp. 31s. (y nota 21); GALGANO, F., *El negocio jurídico*, p. 463; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad*, p. 339; MEDINA ALCOZ, M<sup>a</sup>., “La ruptura”, p. 81; PASCUAL ESTEVILL, L., “La responsabilidad precontractual”, p. 938; y VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, p. 49. Una presentación sintética de la evolución histórica de esta responsabilidad en CARVALHO MARTINS, A., *Responsabilidade*, pp. 19-24; y GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P. y OTERO CRESPO, M., “La responsabilidad”, pp. 4s.

<sup>1365</sup> V. ARROYO I AMAYUELAS, E., “Formación”, p. 338; ASÚA GONZÁLEZ, C., *La culpa*, pp. 63s.; CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario” (a los arts. 60 y 61), p. 509; CARVALHO MARTINS, A., *Responsabilidade*, p. 80; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J., “Responsabilidad”, pp. 175s.; DEL OLMO GARCÍA, P., “Responsabilidad”, p. 265; EHMANN, H. y SUTSCHET, H., *La reforma*, pp. 204s.; FABRE-MAGNAN, M., *De l’obligation*, pp. 298-303 y 473ss.; FEBBRAJO, T., “Violazione”, pp. 155-166 y 175-179 (respecto de la jurisprudencia italiana en materia de servicios de inversión); GHESTIN, J., “The Pre-contractual Obligation”, pp. 155s.; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., “El deber”, pp. 162 y 167; MORALES MORENO, A-M., *Incumplimiento*, pp. 89-91; NASARRE AZNAR, S., “Malas prácticas”, p. 2694; PALACIOS GONZÁLEZ, M<sup>a</sup>. D., “El deber”, p. 89; ROSSI, M<sup>a</sup>. G., *Correttezza*, pp. 165ss.; SCHERMAIER, M., “Error”, p. 87 (puntualizando –en la p. 88– que esta responsabilidad en los ordenamientos contemporáneos se ha alejado del campo del error, extendiéndose al de la infracción de la referida obligación –v. gr., en Alemania, Austria, Suiza, Italia y Francia–); SHÁFER, H-B y OTT, C., *Manual*, p. 339; y VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, pp. 238s. También las infracciones en materia de publicidad pueden dar lugar a la responsabilidad precontractual. V. PASQUAU LIAÑO, M., (Comentario al) “Artículo 8.1 y 2”, pp. 157s.

<sup>1366</sup> NASARRE AZNAR, S., “Malas prácticas”, p. 2694.

<sup>1367</sup> VIGURI PEREA, A., “Análisis”, p. 82; y PASCUAL ESTEVILL, L., “La responsabilidad precontractual”, p. 936,

lugar durante la fase de formación del consentimiento, si bien dicha conducta puede vincularse, en cierta medida, con el contrato mismo<sup>1368</sup>. Cosa distinta es, por supuesto, determinar el régimen por el cual habrá de regirse la referida responsabilidad (v. *infra* § III.9.b).

Por lo que respecta a los fundamentos de la señalada responsabilidad, no cabe duda de que las conductas que la desencadenan implican una fractura de la confianza depositada por el perjudicado en su contraparte<sup>1369</sup> o de la buena fe<sup>1370</sup>. Asimismo, dicha responsabilidad es la consecuencia del ejercicio ilegítimo de la libertad contractual<sup>1371</sup>. En fin, con ella se busca proteger a la parte débil de la relación en tanto que surge, en lo que aquí importa, ante la infracción de los deberes de información<sup>1372</sup>.

La responsabilidad civil por defectos informativos afecta habitualmente a los profesionales. En ocasiones, la relación de confianza que se genera con estos en muchos ámbitos y su condición de expertos redundan, en detrimento de los clientes, en la existencia de una asimetría informativa respecto de datos relevantes. Un caso sobresaliente es el de las EC. En efecto, la responsabilidad profesional de estas empresas se fundamenta en que de ellas se espera un particular conocimiento en temas patrimoniales y en que en ellas se deposita una especial confianza<sup>1373</sup>.

En síntesis, considerando que la vulneración de los deberes que emanan de la buena fe (uno de los cuales es el de informar) constituye un ilícito, la EC infractora deberá responder civilmente en aplicación de los arts. 1101 o 1902 CC, según el caso<sup>1374</sup>. Sobre todo teniendo en cuenta que los incumplimientos que generan la responsabilidad precontractual se traducen habitualmente en la celebración de un contrato diverso del querido por el perjudicado<sup>1375</sup>.

Asimismo, habrá lugar a aquella responsabilidad en caso de que una EC otorgue a un cliente un consejo, aviso o aclaración falsa<sup>1376</sup>. A modo de ejemplo, en el ámbito de los

---

<sup>1368</sup> Cfr. ARENAS GARCÍA, R., “La regulación”, p. 5.

<sup>1369</sup> ASÚA GONZÁLEZ, C., *La culpa*, pp. 61-63 (considerando la confianza como uno de los factores para determinar las exigencias de la buena fe en la etapa precontractual); CARVALHO MARTINS, A., *Responsabilidade*, pp. 31s.; NASARRE AZNAR, S., “II.-3:101-II.-3:103”, p. 198; y PASCUAL ESTEVILL, L., “La responsabilidad precontractual”, p. 940.

<sup>1370</sup> V. ASÚA GONZÁLEZ, C., *La culpa*, pp. 251 y 253s.; CARRASCO PERERA, Á., *Derecho*, p. 118; CARVALHO MARTINS, A., *Responsabilidade*, p. 15 (nota 1); DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J., “Responsabilidad”, p. 179; FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A., *Las normas*, p. 565 (respecto de los inversores); GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., (Comentario al) “Artículo 7”, p. 69; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad*, p. 339; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., “El deber”, p. 168 (respecto del CEC); MEDINA ALCOZ, M<sup>a</sup>., “La ruptura”, p. 81; MORALES MORENO, A.-M., (Comentario a los) “Artículos 1269 y 1270”, p. 409; PASCUAL ESTEVILL, L., “La responsabilidad precontractual”, p. 940; y VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, pp. 49s. y 92ss.

<sup>1371</sup> BLASCO GASCÓ, F. de P., “El Contrato”, p. 27.

<sup>1372</sup> GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, pp. 46-48.

<sup>1373</sup> SHÄFER, H-B y OTT, C., *Manual*, pp. 345 y 350.

<sup>1374</sup> V., en general, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, pp. 65 y 202; NAVARRO GANCEDO-RODRÍGUEZ, F., “La información”, p. 87 (respecto de las ESI); y TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del consumidor”, p. 252 (respecto de la contratación de servicios financieros a distancia).

<sup>1375</sup> GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., “La responsabilidad precontractual en la Propuesta”, p. 11; y MORALES MORENO, A.-M., “¿Es posible?”, p. 409.

<sup>1376</sup> DE SÁ. A., *Direito*, pp. 85s. Precisa, eso sí, que no procede en caso de mera omisión de un consejo, salvo que las circunstancias del caso hayan generado un deber jurídico de actuar para la EC. En este sentido, apunta que se debe tener en cuenta la condición de no profesional del cliente (especialmente su



servicios de inversión constituyen supuestos de responsabilidad precontractual la facilitación por la entidad intermediaria de información inadecuada cuando sabe que el inversor, que confía legítimamente en ella, puede adoptar decisiones que lo perjudiquen. Así, *v. gr.*, el otorgamiento de información incorrecta acerca de una operación en el contexto de un contrato-marco de comisión de compra y venta de valores<sup>1377</sup>. También procedería dicha responsabilidad, en relación con la exactitud de los datos referidos a una inversión, cuando el asesor envía al cliente publicidad que es inexacta<sup>1378</sup>.

**[311] Ventajas de la responsabilidad civil por infracción de la obligación precontractual de informar de las EC frente a la anulación por vicio del consentimiento.** En el Derecho contemporáneo existe cierta inclinación a privilegiar la responsabilidad precontractual frente a la anulación por vicios del consentimiento (*v. gr.*, DCFR y CEC). Esto se debe a que aquella responsabilidad presenta varias ventajas frente a dichos vicios, sin perjuicio de que, en su caso, pueda operar junto con ellos.

La responsabilidad civil por infracción de la obligación precontractual de informar de las EC constituye una alternativa más amplia y flexible, en cuanto a requisitos, que la anulabilidad por vicios del consentimiento. Además, ostenta un carácter preventivo y no reactivo o casi punitivo como el que presentan dichos vicios<sup>1379</sup>. Asimismo, las restituciones impuestas por la anulación pueden no alcanzar a cubrir todos los detrimentos causados por el respectivo vicio, como los gastos efectuados en atención al contrato inválido y las oportunidades negociales favorables desperdiciadas<sup>1380</sup>. Adicionalmente, la responsabilidad precontractual constituye el único mecanismo de protección del perjudicado que celebra un contrato no deseado cuando el respectivo vicio no posibilita la anulación (*v. gr.*, dolo incidental)<sup>1381</sup>. A mayor abundamiento, la aplicación de responsabilidad civil por infracción de una obligación precontractual de informar resulta particularmente relevante cuando la prima por oportunismo es mayor que la otorgada a la confianza<sup>1382</sup>. En fin, la imposición de responsabilidad civil por la transmisión de información defectuosa debería repercutir en el empleo de un mayor cuidado por parte de quienes proporcionan información, lo que redundaría en el traspaso de una información más precisa y con menores posibilidades de ser procesada de manera errónea, así como en un aumento de la seguridad y la confianza de la sociedad en la corrección de la misma<sup>1383</sup>.

De modo específico, en el caso de la contratación con EC, el resarcimiento del cliente contribuye tanto a su real protección como a la efectiva aplicación de la normativa relativa a los servicios financieros. Asimismo, contribuye en teoría a la prevención, ya que estimula el cumplimiento de esta normativa por parte de dichas entidades. Con esto

---

falta de experiencia negocial o de conocimientos) o la circunstancia de que una empresa recurra normalmente a los servicios de una EC.

<sup>1377</sup> V. FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A., *Las normas*, p. 565.

<sup>1378</sup> SHÄFER, H-B y OTT, C., *Manual*, p. 346 (respecto de un caso de contrato tácito de asesoramiento).

<sup>1379</sup> V., MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., “El deber”, p. 168; y NASARRE AZNAR, S., “II-3:101-II-3:103”, p. 201.

<sup>1380</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J., “La reticencia”, p. 150 (nota 66 –respecto del dolo, siguiendo a Galgano-).

<sup>1381</sup> MORALES MORENO, A-M., “¿Es posible”, p. 410; y PASQUAU LIAÑO, M., (Comentario al) “Artículo 8.1 y 2”, p. 158 (respecto de la publicidad).

<sup>1382</sup> SHÄFER, H-B y OTT, C., *Manual*, p. 343. PASQUAU LIAÑO, M., (Comentario al) “Artículo 8.1 y 2”, p. 158, en relación con la publicidad, apunta que la responsabilidad precontractual permite objetivar la responsabilidad del anunciante.

<sup>1383</sup> DEL OLMO GARCÍA, P., “Responsabilidad”, p. 295.

se consigue, en consecuencia, que los clientes puedan escoger las entidades que les prestan mejores servicios, superándose así la asimetría informativa que les afecta<sup>1384</sup>. En fin, en ocasiones, al cliente puede resultarle más conveniente la vía de la responsabilidad civil por el hecho de que la anulación del contrato por vicio del consentimiento puede generarle perjuicios adicionales al quedar privado de la facilidad financiera (por ejemplo, de un préstamo hipotecario o de un crédito al consumo)<sup>1385</sup>.

## ii. Regulación

**[312] La responsabilidad precontractual en el CC y la PMDOC.** Atendida la época en la que fue promulgado, el CC español no cuenta con un tratamiento específico de la responsabilidad precontractual (salvo el caso del dolo incidental), sin perjuicio de las repercusiones en este terreno de los vicios del consentimiento y la buena fe (arts. 7.1 y 1258 CC)<sup>1386</sup>. Ni siquiera la PMDOC contiene reglas sobre indemnización por infracción de deberes precontractuales o por vicios del consentimiento, también salvo el caso del dolo incidental<sup>1387</sup>. Incluso, tampoco las contienen las escasas normas que se refieren de modo específico a las consecuencias contractuales de la infracción de la

---

<sup>1384</sup> V. FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A., *Las normas*, p. 557 (acerca del inversor), con un desarrollo, en las pp. 559-563, de los diferentes sistemas comparados de responsabilidad civil respecto inversores.

<sup>1385</sup> TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del consumidor”, p. 253. En orden a una mejor protección de los clientes en cuanto a las demandas de indemnización de perjuicios ZUNZUNEGUI, F., “Informe”, p. 23, propone la existencia de una autoridad independiente que proteja los intereses de aquellos, por ejemplo, por la vía de hacerse cargo de dichas demandas en su representación.

<sup>1386</sup> V. GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, pp. 39s.; MEDINA ALCOZ, M<sup>a</sup>., “La ruptura”, p. 82; MORALES MORENO, A-M., “¿Es posible”, pp. 414s.; RIVERO HERNÁNDEZ, F., “La formación”, p. 400; y VIGURI PEREA, A., “Análisis”, p. 79. El Derecho español tampoco contiene específicas normas sobre responsabilidad por consejos. V. PARDO GARCÍA, B., *La comercialización*, pp. 21s. En algunos ordenamientos comparados se establecen reglas específicas en materia de responsabilidad por consejos y otorgamiento de información. Así, por ejemplo, en el art. 485 del CC de Portugal, que establece: “1. Os simples conselhos, recomendações ou informações não responsabilizam quem os dá, ainda que haja negligência da sua parte. 2. A obrigação de indemnizar existe, porém, quando se tenha assumido a responsabilidade pelos danos, quando havia o dever jurídico de dar conselho, recomendação ou informação e se tenha procedido com negligência ou intenção de prejudicar, ou quando o procedimento do agente constitua facto punível”. También puede consultarse el parágrafo 676 del BGB (a propósito del mandato) y el art. 1300 del CC austriaco. V., acerca del BGB y del CC de Portugal, DEL OLMO GARCÍA, P., “Responsabilidad”, pp. 269-273.

<sup>1387</sup> GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., “La responsabilidad precontractual en la Propuesta”, pp. 12s. (respecto de la anulación) y 14 (respecto del contrato que se mantiene como válido); y MORALES MORENO, A-M., “¿Es posible”, pp. 416s. Este autor, en las pp. 418s., señala que en la PMDOC, a pesar de no existir reglas específicas de responsabilidad por infracción de deberes precontractuales informativos o por vicios del consentimiento, dicha responsabilidad no estaría excluida si se tiene en cuenta la alusión a la buena fe de su art. 1245.2 y 5 –referido a las negociaciones destinadas a la formación de un contrato-. Esta idea conduciría a la indemnización en caso de dolo y de aprovechamiento de la situación del otro contratante para conseguir de forma desleal una ventaja excesiva. No procedería, sin embargo, en los supuestos de error, salvo los casos que puedan entenderse como vulneraciones de la buena fe. Así, en caso de error –esencial o no- provocado por informaciones inexactas de la contraparte a quien consta la incorrección de la misma o que, aun cuando no le consta, actúa culposamente o sin la diligencia requerida por la buen fe objetiva (art. 1298.1.1<sup>o</sup>). También, en caso de error esencial conocido por ella cuando sea contrario a la buena fe mantener en él a la víctima (art. 1298.1.2<sup>o</sup>). Y, en fin, en la hipótesis de error esencial que haya debido conocerse por la misma parte (art. 1298.1.2<sup>o</sup>), suponiendo que esto se interprete como una conducta contra la buena fe.

obligación precontractual de informar de las EC, como el art. 9.4 LCDSFDC<sup>1388</sup>. Es evidente que resulta necesaria una revisión en este sentido<sup>1389</sup>.

En razón de dicha ausencia de regulación, en caso de infracción de la obligación precontractual de informar se generan problemas en materia de régimen jurídico aplicable. Destacan las cuestiones del factor de imputación, del plazo de prescripción de la acción y de los ítems que abarca la responsabilidad<sup>1390</sup>. Esta circunstancia constituye un poderoso desincentivo al ejercicio de acciones resarcitorias y al cumplimiento de la finalidad preventiva que las normas contractuales ejercen sobre el comportamiento de los empresarios. No cabe duda de que se necesita una regulación positiva que motive a dichos sujetos a ajustar su proceder a la reglamentación existente<sup>1391</sup>.

**[313] La responsabilidad precontractual en los proyectos de Derecho contractual europeo.** Contrariamente a lo acontecido en el Derecho español, los proyectos de Derecho contractual europeo sí cuentan con normas que contemplan la indemnización por infracción de deberes precontractuales, mencionando expresamente los de información<sup>1392</sup>.

Los PECL contienen reglas generales en materia de responsabilidad precontractual y una específica relativa a los deberes informativos<sup>1393</sup>. El art. 4:117 (1) y (2) concede la acción indemnizatoria a la víctima tanto cuando ejerce el derecho a anular (cuando la contraparte sabía o debía saber que existía un vicio del consentimiento o “un beneficio excesivo o una ventaja injusta”) como cuando no lo hace o pierde la facultad de hacerlo (por transcurso del plazo o confirmación)<sup>1394</sup>. El art. 4:119 permite, junto al ejercicio de las acciones de invalidez, el de las aplicables a los casos de incumplimiento, a elección de su titular<sup>1395</sup>. Por lo que respecta a los deberes informativos, el art. 4:106 contempla

---

<sup>1388</sup> TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del consumidor”, p. 252.

<sup>1389</sup> V. GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., “La responsabilidad precontractual en la Propuesta”, p. 14; MEDINA ALCOZ, M<sup>a</sup>., “La ruptura”, p. 103; y TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del consumidor”, pp. 252s. (respecto de la LCDSFDC). En la propuesta comunitaria de reforma de la normativa MiFID se contempla que las ESI deban responder civilmente por la infracción, entre otras, de sus obligaciones de informar al cliente y de recabar información de este. V. CANTA, J. y DURET, L. “MIFID II”, p. 324; y CENTRO DEL SECTOR FINANCIERO DE PWC e IE BUSINESS SCHOOL, *MiFID II*, pp. 8 y 10.

<sup>1390</sup> Se trata de problemas derivados del debate relativo a si se aplica a los supuestos de responsabilidad precontractual el régimen contractual o el aquiliano. V. VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, pp. 170s.

<sup>1391</sup> GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1465 (nota 51). V. también ASÚA GONZÁLEZ, C., *La culpa*, pp. 382ss.

<sup>1392</sup> V. ARROYO I AMAYUELAS, E., “Formación”, p. 338.

<sup>1393</sup> Pero no puede decirse que contengan un sistema precontractual de remedios. MORALES MORENO, A-M., “¿Es posible”, p. 408.

<sup>1394</sup> “(1) *A party who avoids a contract under this Chapter may recover from the other party damages so as to put the avoiding party as nearly as possible into the same position as if it had not concluded the contract, provided that the other party knew or ought to have known of the mistake, fraud, threat or taking of excessive benefit or unfair advantage.* / (2) *If a party has the right to avoid a contract under this Chapter, but does not exercise its right or has lost its right under the provisions of Articles 4:113 or 4:114, it may recover, subject to paragraph (1), damages limited to the loss caused to it by the mistake, fraud, threat or taking of excessive benefit or unfair advantage. The same measure of damages shall apply when the party was misled by incorrect information in the sense of Article 4:106*”. V. COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, LANDO, O. y BEALE, H. (Edits.), *Principles*, pp. 50 y 280-284; GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., “La responsabilidad precontractual en la Propuesta”, p. 13 (respecto del apartado 1); y MORALES MORENO, A-M., “¿Es posible”, p. 412.

<sup>1395</sup> V. COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, LANDO, O. y BEALE, H. (Edits.), *Principles*, pp. 50 y 285s.

la posibilidad indemnizatoria (no la anulatoria) en caso de información incorrecta cuando el error provocado por ella no sea esencial, salvo que la parte que suministró la información haya tenido motivos para creer que era correcta<sup>1396</sup>.

En similares términos a los dos primeros preceptos citados de los PECL procede el art. II.-7:214 DCFR. Asimismo, el art. II.-3.109 (3) indica que el empresario que incumple los deberes de información debe responder por los detrimentos ocasionados a su contraparte por falta de información (interés negativo), se haya o no llegado a contratar. Esta responsabilidad se regula por el art. II.-7:204, referido a la información incorrecta en caso de error. Este precepto exige que el proveedor haya sabido de la incorrección o no hubiera tenido fundamentos razonables para creer que la información era correcta, y que haya sabido o podido saber que el destinatario confiaba en ella. Adicionalmente, el art. II.-3.109 (2) establece que en caso de infracción por el empresario de sus deberes de información precontractual, cuando el contrato se ha concluido, este pasa a tener las obligaciones contractuales que su contraparte pudiese razonablemente esperar como consecuencia de la ausencia o incorrección de la información. En este supuesto se aplican los remedios contractuales del Capítulo 3 del Libro III (“*Remedies for non-performance*”)<sup>1397</sup>.

Por su parte, los Principios *Acquis*, en su art. 2:207 (2) y (3), establecen que a pesar de que no se haya llegado a celebrar el contrato la infracción por el empresario de los deberes precontractuales de información da derecho a la otra parte para demandar indemnización. En caso de haberse celebrado el contrato e incumplido dichos deberes, el negocio jurídico contendrá las obligaciones que la otra parte podría esperar razonablemente como consecuencia de la ausencia o incorrección de la información. En estos supuestos se aplican los remedios previstos para la falta de cumplimiento de las obligaciones<sup>1398</sup>.

En fin, el art. 7.2 CEC establece que en los supuestos de omisión de información y de declaraciones falsas o reticentes, cuando el contrato no se ha concluido o ha quedado afectado de nulidad, la parte que ha actuado en contra de la buena fe debe responder ante la otra en conformidad al art. 6.4, que impone la obligación de indemnizar los gastos realizados en la etapa precontractual y la pérdida de oportunidades similares. Agrega el precepto que si el contrato se ha concluido, sin perjuicio de que la víctima pueda accionar por el error padecido, su contraparte debe restituirle la cantidad recibida o indemnizarle de acuerdo a lo que estime el tribunal conforme a la equidad<sup>1399</sup>.

---

<sup>1396</sup> V. COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, LANDO, O. y BEALE, H. (Edits.), *Principles*, pp. 42-248-252; ESTEBAN DE LA ROSA, F., “El error”, p. 203; y MORALES MORENO, A.-M., “¿Es posible”, pp. 411s.

<sup>1397</sup> V. GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., “La responsabilidad precontractual en la Propuesta”, p. 13; y NASARRE AZNAR, S., “II.-3:109: Remedios”, pp. 237s. En la p. 239 este último autor expone la regulación del FS sobre el particular. Este instrumento precisa que la responsabilidad surge solo si, incumplidos los deberes de información precontractual, se concluyó un contrato que no se hubiese celebrado o que se hubiese celebrado en otros términos. También puede consultarse VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, pp. 134s. y 282-284.

<sup>1398</sup> RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles*, p. 5.

<sup>1399</sup> Estas normas pueden consultarse en GANDOLFI, G. (Trad.), *Codice*, p. 3. V. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., “El deber”, pp. 167s. y 172; VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, pp. 299s.; y VIGURI PEREA, A., “Análisis”, p. 88.

### iii. Naturaleza jurídica

[314] **Las tesis.** Uno de los principales problemas en materia de responsabilidad precontractual, teniendo en cuenta la ausencia de normas al respecto en el Derecho español, consiste en determinar si su naturaleza es contractual, extracontractual o constituye un género autónomo o ecléctico<sup>1400</sup>. Lo cual en principio resulta trascendente por el diferente régimen jurídico aplicable a la responsabilidad contractual y aquiliana<sup>1401</sup>. En todo caso, no siempre resulta fácilmente distinguible la frontera entre ambos tipos de responsabilidad, como ocurre, a modo de ejemplo, en el caso del mercado de valores<sup>1402</sup>.

La mayor parte de la doctrina española ha apoyado la tesis extracontractual, si bien suele referirse principalmente al supuesto de la responsabilidad por ruptura injustificada de negociaciones. Los argumentos centrales son que en la etapa precontractual aún no hay contrato y la amplitud del art. 1902 CC<sup>1403</sup>. Así, a tenor de esta tesis, si una EC infringe sus deberes precontractuales de información su responsabilidad estaría regida por el régimen extracontractual<sup>1404</sup>.

<sup>1400</sup> V. ARROYO I AMAYUELAS, E., “Formación”, p. 339; CARVALHO MARTINS, A., *Responsabilidad*, p. 40; GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, pp. 59ss.; RIVERO HERNÁNDEZ, F., “La formación”, p. 400; ROSSI, M<sup>a</sup>. G., *Correttezza*, pp. 69-77; VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, pp. 158ss.; y VIGURI PEREA, A., “Análisis”, p. 80. La mayor parte de los autores españoles se refiere a la ruptura injustificada de tratos. A favor de la tesis extracontractual se muestran ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, II, pp. 378-380; CARRASCO PERERA, Á., *Derecho*, pp. 135s.; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J., “Responsabilidad”, pp. 168s. (aun cuando en la p. 174 plantea que la infracción del deber precontractual de informar podría dar lugar a la aplicación del régimen contractual); DíEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema*, p. 65; GALGANO, F., *El negocio jurídico*, p. 463; GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, p. 35; MANZANARES SECADES, A., “La naturaleza”, p. 1009; MORALES MORENO, A-M., “¿Es posible”, p. 414; NASARRE AZNAR, S., “II-3:109: Remedios”, p. 245; PASCUAL ESTEVILL, L., “La responsabilidad precontractual”, pp. 939ss.; e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema*, pp. 88s. En pro de la contractual se manifiestan JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, pp. 31s. (y nota 21); MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., “El deber”, p. 160; y MEDINA ALCOZ, M<sup>a</sup>., “La ruptura”, pp. 103-105 (habla de “responsabilidad entre conocidos”). A favor de la ecléctica opinan ASÚA GONZÁLEZ, C., *La culpa*, pp. 256-260; y BLASCO GASCÓ, F. de P., “El Contrato”, p. 28. A favor de estimar que es independiente de la contractual y la extracontractual, ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad”, pp. 904s.

<sup>1401</sup> Acerca de esta diferencia v. REGLERO CAMPOS, L. F., “Conceptos”, pp. 138-144 (en general) y 170-184 (respecto del régimen de la prescripción).

<sup>1402</sup> FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A., *Las normas*, p. 565. Por lo demás, la responsabilidad precontractual se aproxima tanto a la extracontractual (en cuanto a su función) como a la contractual (en cuanto al fundamento de la imputabilidad). CARVALHO MARTINS, A., *Responsabilidad*, p. 18.

<sup>1403</sup> V. FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A., *Las normas*, p. 565 (respecto del mercado de valores); RIVERO HERNÁNDEZ, F., “La formación”, p. 400 (señalando que la mayor parte estima que no se trata de una responsabilidad contractual); y VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, pp. 184-203. A nivel comunitario, el art. 12 Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11-7-07, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”), se decantaría por esta la naturaleza (cfr. el considerando 10 Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17-6-08, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)). V. ARENAS GARCÍA, R., “La regulación”, p. 4; y GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., “La responsabilidad precontractual en la Propuesta”, p. 10.

<sup>1404</sup> Cfr. NOVAL LAMAS, J., “El derecho”, p. 241 (planteando que no procedería aplicar la normativa sobre obligaciones por encontrarnos en una etapa anterior a la contratación -respecto de la LCDSFDC-); FERNÁNDEZ-COSTALES MÚÑIZ, J., “Aspectos”, pp. 3227s. y 3230s. (señalando en esta última p. que la aplicación analógica a las EC del art. 95.2 del Código de Comercio -referido a la obligación de los agentes colegiados de abstenerse de inducir a error a los contratantes- podría generar culpa *in contrahendo*); y SÁNCHEZ MIGUEL, M<sup>a</sup>. C., “La responsabilidad”, pp. 2432 y 2436. Esta última, en las

La tesis contractual se apoya en la idea de que en la etapa de formación del consentimiento el deber de actuar de buena fe o con lealtad opera entre partes que han entrado en contacto y no respecto de cualquier individuo. De este modo, la infracción de un deber precontractual generaría responsabilidad contractual por haberse incumplido una obligación preexistente entre las partes<sup>1405</sup>.

Con todo, adviértase que los daños por contratación en determinadas condiciones o por no celebración del contrato esperado derivados de la ineficacia contractual (anulación o resolución) y atribuibles a un comportamiento precontractual imputable, suelen reclamarse por vía contractual (arts. 1101 y 1107 CC). Esto, en aplicación los arts. 1124 (resolución) y 1270 (2) CC (dolo incidental). De ello se ha hecho eco la jurisprudencia al liquidar dichos daños<sup>1406</sup>.

**[315] Importancia relativa de la discusión acerca de la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual.** Si bien la discusión acerca de la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual tiene relevancia teórica, no debe olvidarse que la diferenciación entre los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual resulta cada vez más difusa<sup>1407</sup>. La jurisprudencia, en multitud de casos, se ha manifestado a favor de conceder a la víctima del daño la opción entre una y otra fórmula, permitiéndole ejercer las acciones de forma alternativa o subsidiaria o limitarse a dar cuenta de los hechos y formular la pretensión en orden a que el tribunal aplique el Derecho que considere procedente (*iura novit curia*). Asimismo, se ha decantado por aplicar el principio de unidad de culpa, en cuya virtud las diferencias entre uno y otro régimen desaparecen. En fin, ha avalado también la existencia de un concurso de normas respecto de una misma pretensión<sup>1408</sup>.

En el anterior sentido, a modo de ejemplo, la SAP Murcia (5) 1-4-11 (FD 3) –referida a unas participaciones preferentes del Banco de Islandia-, que condena a una EC por responsabilidad civil derivada de defectos informativos, apuntando que dicha responsabilidad procede con independencia de si es contractual o aquiliana<sup>1409</sup>.

---

pp. 2442s., aplica la responsabilidad extracontractual a las informaciones económicas solicitadas por los clientes –v. gr., para suscribir acciones u obligaciones-. Opina que en este caso no hay contrato acerca de la información, estando referida esta a una operación posterior. Agrega que la EC incluso puede ser una mera intermediaria entre el cliente y el emisor, debiendo responder dicha entidad, básicamente, cuando conoce la respectiva información y no la revela.

<sup>1405</sup> V. ASÚA GONZÁLEZ, C., *La culpa*, p. 258s.; CARVALHO MARTINS, A., *Responsabilidade*, pp. 40s.; y VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, pp. 204-213.

<sup>1406</sup> CARRASCO PERERA, Á., *Derecho*, pp. 120s. (respecto de la ruptura de tratos preliminares).

<sup>1407</sup> V. ASÚA GONZÁLEZ, C., *La culpa*, pp. 382ss.

<sup>1408</sup> V., ARENAS GARCÍA, R., “La regulación”, p. 7 (respecto de la responsabilidad precontractual); PEÑA LÓPEZ, F., “De las obligaciones”, p. 2153 (en general); REGLERO CAMPOS, L. F., “Conceptos”, pp. 144s. y 161-170; e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema*, pp. 99-106.

<sup>1409</sup> Igualmente concluye, a pesar de que esto no es lo resuelto, que el cliente padeció un error por defecto informativo. La sentencia está reseñada en CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M<sup>a</sup>. de la C., GALLEGO CÓRCOLES, A. y MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, M<sup>a</sup>. del P., “Crónica jurisprudencial del primer semestre del año 2011 relativa al mercado de valores”, pp. 260s. Asimismo, la STS 28-3-05 (FD 4), referida a un caso de responsabilidad contractual de una EC, aun cuando no relacionado con el deber precontractual de informar, señala que es doctrina reiterada la yuxtaposición de la responsabilidad contractual y extracontractual en los supuestos de resultado dañoso ocasionado por el demandado.

## b. Regímenes aplicables

### i. Preliminar

**[316] Diversas alternativas para el cliente.** Considerando la pluralidad de supuestos que pueden incardinarse en la esfera de la responsabilidad precontractual, lo más razonable es evitar una única respuesta para todos ellos en cuanto a la determinación de las consecuencias aplicables o del régimen por el cual habrán de regirse<sup>1410</sup>. Por esto es que, en general, debería diferenciarse el supuesto de ruptura injustificada de tratos preliminares del de infracción de la obligación precontractual de informar<sup>1411</sup>.

También en el caso de infracción de la obligación precontractual de informar cabe distinguir diversos supuestos. Así, si el incumplimiento informativo de una EC causa menoscabos al cliente, este podrá demandar indemnización de daños en sede extracontractual o contractual, según proceda<sup>1412</sup>. Esto no significa atribuir determinada naturaleza a la responsabilidad precontractual, sino sencillamente determinar el régimen aplicable a cada caso<sup>1413</sup>.

Teniendo en cuenta las precedentes ideas, junto a la anulación por vicio del consentimiento, el cliente afectado por los incumplimientos informativos de una EC dispone de la acción indemnizatoria para satisfacer su interés. Se trata de una vía que puede prosperar aunque no se deduzca o se deseche la acción referida a tales vicios (por ejemplo, por prescripción)<sup>1414</sup>. Asimismo, considerando que frecuentemente los defectos informativos no solo inciden en la decisión de contratar (vicios del consentimiento), sino también en la organización de intereses del contrato, su concurrencia puede traducirse en responsabilidad por incumplimiento del negocio jurídico<sup>1415</sup>. Así, el cliente podrá solicitar la anulación más la indemnización, la anulación sin indemnización o el resarcimiento sin anulación<sup>1416</sup>.

---

<sup>1410</sup> V. ARENAS GARCÍA, R., “La regulación”, pp. 4s.; ASÚA GONZÁLEZ, C., *La culpa*, pp. 85-87; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J., “Responsabilidad”, pp. 173s.; EHMANN, H. y SUTSCHET, H., *La reforma*, p. 202; GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, p. 89; y VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, pp. 231s.

<sup>1411</sup> ARENAS GARCÍA, R., “La regulación”, p. 25.

<sup>1412</sup> V., en general, DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, p. 158; y GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, p. 96. V. también SÁNCHEZ MIGUEL, M<sup>a</sup>. C., “La responsabilidad”, pp. 2428, 2430 y 2432, que apunta que la infracción de las normas sobre contratación con EC puede dar lugar a la aplicación de uno u otro régimen.

<sup>1413</sup> La vinculación entre una EC y el cliente puede concebirse como una relación de confianza surgida de un contacto negocial, de la cual derivan especiales deberes de conducta, cuya infracción desencadena una responsabilidad por confianza, no calificable *per se* ni como contractual ni como aquiliana. V. acerca de esta tesis DE SÁ, A., *Direito*, p. 12.

<sup>1414</sup> V. BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, pp. 533-535. El autor cita la SJPI Santander -7-11-12 –relativa a unas participaciones preferentes–, que, en sentido contrario, no da lugar a la responsabilidad civil solicitada por el cliente por no haber deducido la acción por vicio del consentimiento ni la resolutoria, que –dice el tribunal– es la que habilita para pedir la indemnización. V. también, en general, ASÚA GONZÁLEZ, C., *La culpa*, pp. 167s.; y VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, p. 239. Un completo estudio de la responsabilidad civil por *misrepresentation* y *non-disclosure* en el Derecho inglés en CARTWRIGHT, J., *Misrepresentation*, pp. 185ss. y 825ss., respectivamente.

<sup>1415</sup> V. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., “El deber”, p. 168 (respecto del CEC); y MORALES MORENO, A-M., “¿Es posible”, pp. 407, 409 y 419.

<sup>1416</sup> V. GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., “La responsabilidad precontractual en la Propuesta”, p. 13 (y notas 51 y 53); y MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, p. 565 (respecto del dolo), ambos con cita de la STS 18-1-07. Esta triple opción está contemplada por el art. 4:117 PECL (v. MORALES MORENO, A-M., “¿Es posible”, p. 411) y por los arts. 7.2 en relación con el 151.1 CEC (v. DE LOS MOZOS Y DE LOS

Adelantando lo que se dirá, la responsabilidad de las EC se regirá por el régimen extracontractual cuando concurra error o dolo en el cliente y este decida anular el contrato. Y se regirá por el régimen contractual cuando, decidiendo el cliente mantener el contrato, el defecto informativo se traduzca en el incumplimiento del mismo.

## ii. Extracontractual

[317] **Advertencia.** Cabe advertir que las resoluciones judiciales en materia de infracción de la obligación precontractual de informar de las EC se decantan en la generalidad de los casos por la anulación por vicio del consentimiento, dando lugar a las consecuencias económicas de ella derivadas, mas no a resarcimiento adicional por responsabilidad aquiliana<sup>1417</sup>. La razón de este proceder estriba en que, por lo general, los clientes no suelen demandar dicho resarcimiento, por lo menos a modo de pretensión principal<sup>1418</sup>. No se trata de una constatación aislada, ya que así suele ocurrir en general. En efecto, los tribunales frecuentemente no conceden indemnización en caso de anulación más allá de la condena a restituir las prestaciones recíprocamente intercambiadas o, de no ser posible dicha restitución, a satisfacer el equivalente pecuniario. En todo caso, no existen inconvenientes jurídicos para que pueda darse lugar a dicho resarcimiento<sup>1419</sup>.

[318] **Síntesis de supuestos.** En sus inicios, el estudio de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo* se enfocó a determinar de si procedía indemnización por la nulidad de un contrato cuando su causa de invalidez era conocida por una de las partes y ocultada a la otra. La conclusión fue que la parte que obra de esta manera infringe el deber de informar derivado de la buena fe, procediendo resarcimiento. Esta conclusión posteriormente fue extendida a otros supuestos semejantes (v. gr., dolo)<sup>1420</sup>. Así, la problemática de la responsabilidad precontractual aspira a determinar principalmente si resultan indemnizables los detrimentos causados a un individuo por la celebración de un contrato que deviene ineficaz<sup>1421</sup>.

---

MOZOS, J. L. y LUNA SERRANO, A. (Trads.), *Código*, Libro Primero, pp. 3 y 60; y GANDOLFI, G. (Trad.), *Codice*, Libro Primo, pp. 3 y 57; y MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., “El deber”, pp. 168s.). En materia de responsabilidad civil también es posible la deducción de acciones de defensa de intereses colectivos (v. los arts. 12.2 (2) LCGC, 54.3 TRLGDCU y 11 LEC). Un desarrollo de las mismas en REGLERO CAMPOS, L. F., “Conceptos”, pp. 222s.

<sup>1417</sup> Si bien la acción de restitución generada por la anulación se puede confundir en la práctica con la indemnizatoria, se trata de acciones diferentes. ROJO AJURIA, L., *El dolo*, pp. 118 y 127.

<sup>1418</sup> V. BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, p. 469.

<sup>1419</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J., “La reticencia”, p. 165 (nota 98); y ROJO AJURIA, L., *El dolo*, p. 214 (nota 97), ambos respecto del error.

<sup>1420</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F., “La formación”, p. 399.

<sup>1421</sup> O por la no celebración del que habría esperado. V. CARRASCO PERERA, Á., *Derecho*, p. 119 (respecto de la ruptura de tratos preliminares). Si bien es posible que existan hipótesis de vulneración del deber precontractual de informar sin que el respectivo contrato se haya celebrado, caso en el cual también habrá que discernir acerca de la procedencia de indemnización de perjuicios (GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1465), en la generalidad de los contratos conflictivos celebrados con EC el contrato se concluye. En todo caso, de no haberse celebrado el contrato sobre servicios financieros, la responsabilidad será extracontractual (v. NASARRE AZNAR, S., “II.-3:109: Remedios”, p. 237 -en general-; y NOVAL LAMAS, J., “El derecho”, p. 242). Un ejemplo de no celebración del contrato con una EC (por lo menos del proyectado) en que se presentan defectos informativos lo proporciona BLASCO GASCÓ, F. de P., “El Contrato”, pp. 40s. (y nota 38). Se trata de un caso en que al cliente se le exigen sucesivas garantías para concederle un préstamo hipotecario, informándosele, cada vez que cumplía con los requerimientos del banco, que se le aprobaría el préstamo, lo que nunca ocurría. Finalmente, se le concede el préstamo pero en condiciones muy diversas de las inicialmente proyectadas.



Según cierta doctrina, deben distinguirse dos supuestos de responsabilidad extracontractual por infracción de deberes precontractuales. Primero, el de declaración de invalidez de un contrato (por error o dolo) cuando la causa de ella era conocida o debía serlo por una de las partes antes de la celebración de aquel. Segundo, el de vulneración (culposa o dolosa) de alguno de dichos deberes cuando el contrato permanece como válido<sup>1422</sup>. En este segundo evento, la víctima del vicio del consentimiento decide mantener la validez del contrato no obstante resultarle desventajoso, optando por no demandar su anulación, porque no desea o no puede hacerlo. Así acontecerá cuando el vicio carezca de virtualidad invalidante (v. gr., dolo incidental), el contrato ya se haya cumplido al detectarse el vicio o a la víctima convenga su conservación<sup>1423</sup>.

No obstante, cabe adelantar que, por las razones expuestas en el siguiente título, considero que la responsabilidad civil de las EC por infracción de su obligación precontractual de informar se rige por el régimen aquiliano solo en el primer supuesto (anulación del contrato) y por el contractual cuando el cliente decide mantener la validez del negocio jurídico.

En síntesis, la responsabilidad aquiliana de una EC por infracción de su obligación precontractual de informar podrá provenir de error o dolo<sup>1424</sup>. En estos supuestos, dicha responsabilidad deriva de la ausencia de diligencia en la evitación del error esencial de la contraparte, sin que proceda cuando la reticencia (no advertencia del error esencial ajeno) sea lícita, es decir, no contrapuesta a la buena fe<sup>1425</sup>. En todo caso, la

---

<sup>1422</sup> GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, pp. 94s. Acerca del primero, v. también ASÚA GONZÁLEZ, C., *La culpa*, pp. 70, 167s. y 265-270; BLASCO GASCÓ, F. de P., “El Contrato”, pp. 28 y 30 (considerando en esta última p. que configura una hipótesis de responsabilidad contractual); CARRASCO PERERA, Á., *Derecho*, p. 706; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J., “Responsabilidad”, pp. 173s.; DE VERDA Y BEAMONTE, J., “La reticencia”, pp. 151 (respecto de la reticencia dolosa) y 165 (respecto de la reticencia negligente); DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, p. 575; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad*, pp. 339-342; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., “El deber”, pp. 161 y 172 (respecto del CEC); y MEDINA ALCOZ, M<sup>a</sup>., “La ruptura”, p. 88.

<sup>1423</sup> V. GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., “La responsabilidad precontractual en la Propuesta”, p. 14 (y nota 55), citando la STS 18-1-07 y refiriendo que los PECL (art. 4:117) se pronuncian en pro de la indemnización en esta hipótesis. Como en todo supuesto de responsabilidad extracontractual, deberá concurrir una relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño. V. PEÑA LÓPEZ, F., “De las obligaciones”, p. 2155, revisando brevemente las distintas teorías acerca de la causalidad.

<sup>1424</sup> Cfr., en general, DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, p. 270; y GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, p. 48. Según BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, pp. 510-512, la responsabilidad aquiliana de una EC también puede provenir de la infracción de las normas sobre publicidad que le resultan aplicables, caso en el cual nos encontraremos ante un supuesto de publicidad ilícita. Es lo que ocurre cuando una EC no incluye en la publicidad la información exigida preceptivamente. En esta hipótesis se aplicaría el art. 31.1 LCD, que concede la acción indemnizatoria a todo individuo cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por la conducta desleal, así como al afectado por la publicidad ilícita. El autor cita la SAP Barcelona (15) 26-9-01, que considera que la publicidad efectuada por la EC es ilícita por no contener un ejemplo representativo de la TAE en un contrato de crédito al consumo.

<sup>1425</sup> V. DE VERDA Y BEAMONTE, J., “La reticencia”, p. 166 (nota 99) y 167. La responsabilidad civil también surgiría si la parte que conoce o debe conocer una causa de nulidad que afecta al contrato no la informa a la contraria. V. ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad”, pp. 907s.; ASÚA GONZÁLEZ, C., *La culpa*, p. 262; GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, pp. 187ss.; GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, p. 116 -remitiéndose a las circunstancias por ella mencionadas en las pp. anteriores-; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad*, p. 339; y VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, pp. 238s. En todo caso, la ausencia de información del error esencial ajeno también puede encajarse en esta última posibilidad, al ser él una causa de invalidez contractual (DE VERDA Y

responsabilidad civil por vicio del consentimiento requiere la deducción de la acción de anulación<sup>1426</sup>. Según veremos *infra* § III.9.d., en estos supuestos se debe indemnizar al cliente por el perjuicio ocasionado al llamado interés negativo.

**[319] Contrato inválido por error.** En caso de celebrar el cliente un contrato por error con una EC, cabe diferenciar, según hemos visto, entre el inexcusable y el excusable. En el primer caso, la negligencia del cliente que yerra se sanciona con el mantenimiento del negocio jurídico. En el segundo, aquel tiene derecho a impugnar el contrato.

El CC no señala si la víctima de un error imputable a su contraparte tiene derecho a ser indemnizada a consecuencia de la anulación del contrato. Así, cabe preguntar qué sucede si una EC provoca o propicia el error del cliente generando en este una confianza legítima o si no contribuye a deshacer oportunamente su error. En este segundo evento estamos ante un supuesto en que la EC conoce la existencia del error y no la revela con el propósito de conseguir una posición contractual de mayor favor, o en que podía advertirlo empleando un cuidado mediano. La respuesta al anterior interrogante es que sí habrá lugar a indemnización cuando haya concurrido un comportamiento culposo o doloso en quien genera el error ajeno, en conformidad al art. 1902 CC<sup>1427</sup>. Adviértase, en todo caso, que de haber negligencia en el *errans*, este podría no tener derecho a resarcimiento u obtener uno disminuido, en aplicación de la compensación de culpas<sup>1428</sup>.

Un ejemplo ilustrativo en el sentido expuesto es el de la contratación de participaciones preferentes. En este caso, la anulación del contrato por vicio del consentimiento del cliente a consecuencia de defectos en la información precontractual, debería dar lugar a una indemnización consistente en la recompra de los títulos por el montante pagado al adquirir aquel dichas participaciones, descontado el importe de los cupones que haya recibido<sup>1429</sup>.

**[320] Contrato inválido por dolo.** En cuanto al dolo *in contrahendo*, el art. 1270.2 CC contempla la indemnización de perjuicios solo respecto del incidental<sup>1430</sup>. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia se manifiestan favorables al resarcimiento cualquiera sea la maquinación de que se trate. Se basan en una interpretación extensiva del señalado precepto o en una atenuación o descarte de la diferenciación entre dolo causante e

---

BEAMONTE, J., “La reticencia”, p. 134). Eso sí, en rigor, se trata de supuestos fronterizos de responsabilidad contractual y aquiliana (ARENAS GARCÍA, R., “La regulación”, p. 6). En otro ámbito, una EC también podrá responder extracontractualmente por informaciones defectuosas en el caso de informes comerciales acerca de la solvencia de un cliente que afectan a un tercero. V. SHÄFER, H-B y OTT, C., *Manual*, p. 345. Un estudio en detalle de la responsabilidad por este tipo de informaciones en DEL OLMO GARCÍA, P., “Responsabilidad”.

<sup>1426</sup> V. ASÚA GONZÁLEZ, C., *La culpa*, p. 270. ROJO AJURIA, L., *El dolo*, pp. 139s., plantea que la confirmación de la anulabilidad no impide la deducción de la acción de responsabilidad.

<sup>1427</sup> V., en general, ASÚA GONZÁLEZ, C., *La culpa*, pp. 265-268; GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, pp. 163s.; MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, p. 575; y VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, p. 241.

<sup>1428</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J., “La reticencia”, pp. 163 (nota 88) y 166. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., “El deber”, p. 170 (respecto del CEC), estima que no tendría derecho a resarcimiento en caso de negligencia grave o normal.

<sup>1429</sup> ZUNZUNEGUI, F., “Informe”, p. 27.

<sup>1430</sup> V. MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, p. 571. La regla se mantiene en el proyectado art. 1300.1 PMDOC. V. GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., “La responsabilidad precontractual en la Propuesta”, p. 12.

incidental. Por lo demás, sería incoherente que procediera el resarcimiento en el caso del dolo incidental y no en el del causal<sup>1431</sup>.

En el anterior sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia esgrimen como una de las causas de la responsabilidad civil el otorgamiento de información falsa por una parte que abusa de la confianza de la otra para conseguir un beneficio personal provocándole un daño<sup>1432</sup>.

Concurriendo responsabilidad por dolo *in contrahendo* de una EC, cuando el contrato resulta inválido, estaremos en presencia de una hipótesis encuadrable en el art. 1902 CC. Así, en primer lugar, el dolo –al igual que el error- puede operar como causa de invalidez contractual (cuando reúne los requisitos pertinentes), siendo el fundamento de esta la concurrencia de un vicio del consentimiento. En este caso, no resulta necesaria la presencia de daño. En segundo término, cuando concurre daño el dolo puede actuar como factor de imputación de responsabilidad precontractual, con independencia de si vicia la voluntad. De este modo, el cliente de una EC que es víctima de dolo podría deducir conjuntamente las acciones de nulidad y de responsabilidad si hay dolo-vicio y daño o solo la indemnizatoria si no concurre el primero pero sí el segundo<sup>1433</sup>. En caso de mediar negligencia en la víctima del engaño, el dolo de su contraparte genera la obligación de resarcir, pero con la consiguiente disminución del *quantum* indemnizatorio<sup>1434</sup>.

**[321] Existencia de relación contractual previa entre el cliente y la EC.** Sin perjuicio de las anteriores consideraciones, en los casos en que se detecte la existencia de un contacto informativo continuado en el tiempo entre una EC y un cliente o una relación contractual previa entre ambos en cuya virtud pueda entenderse que dicha empresa debía informarle, resulta más razonable concluir que la eventual responsabilidad de la EC debe disciplinarse por el régimen contractual, al operar este para los supuestos en que las partes han entablado relaciones con vocación obligacional. Esta conclusión se basa en que en muchas ocasiones la relación EC-cliente se enmarca dentro de un contrato global preexistente, que se entiende perdurable en el tiempo, sin que pueda

---

<sup>1431</sup> V. DE VERDA Y BEAMONTE, J., “La reticencia”, pp. 148 (nota 59) y 149 -nota 64- (argumentando en la primera a favor de la distinción); GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, pp. 166s.; MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, p. 565; MORALES MORENO, A-M., (Comentario a los) “Artículos 1269 y 1270”, p. 432; y VALES DUQUE, P., *La responsabilidad*, pp. 239-241.

<sup>1432</sup> V. GALGANO, F., *El negocio jurídico*, p. 462; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., “El deber”, p. 170 (respecto del CEC); y SHÄFER, H-B y OTT, C., *Manual*, p. 346.

<sup>1433</sup> V., en general, ASÚA GONZÁLEZ, C., *La culpa*, pp. 268-270; y GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, pp. 166-168. En las pp. 168-172 esta última autora se pregunta si junto con la responsabilidad derivada del art. 1902 CC puede concurrir también la contractual, principalmente en orden a la determinación del plazo de prescripción de la acción. Para el caso del dolo incidental estima mejor concluir que la alusión expresa a la procedencia de indemnización del art. 1270.2 CC no puede entenderse como reiteración de la regla del art. 1902. Por esta razón, la acción indemnizatoria por dolo incidental sería de índole contractual o, cuando menos, personal. V. también DE VERDA Y BEAMONTE, J., “La reticencia”, pp. 149-152; y ROJO AJURIA, L., *El dolo*, pp. 121-124. MORALES MORENO, A-M., (Comentario a los) “Artículos 1269 y 1270”, pp. 432s., estima que la acción indemnizatoria por dolo *in contrahendo* es contractual.

<sup>1434</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J., “La reticencia”, p. 163 (nota 88).

considerarse que cada operación concluida entre dichas partes genera una nueva relación<sup>1435</sup>.

**[322] Contrato nulo.** Finalmente, cabe referir que en los casos en que no se declare la anulación del contrato por vicio del consentimiento, sino la nulidad del mismo, por ejemplo, en aplicación del art. 6.3 CC por haberse incumplido las normas sobre información precontractual aplicables a las EC, la entidad, concurriendo los requisitos de la responsabilidad civil, también deberá indemnizar al cliente afectado por dicha sanción<sup>1436</sup>.

### iii. Contractual

**[323] Advertencia.** Desde ya, debe saberse que las sentencias que dan por infringida la obligación precontractual de informar de las EC, teniendo en cuenta la pretensión del cliente, se decantan en la mayor parte de los supuestos por la anulación por vicio del consentimiento (*v. gr.*, *swaps* de tipos de interés). Así, suelen dar lugar a las consecuencias económicas de ella dimanantes y no a la responsabilidad contractual como tal, salvo cuando el cliente no ha solicitado la nulidad (*v.* la SAP Valencia (9) 15-2-11 -FD 4 y 5-), lo cual, según queda dicho, es infrecuente.

**[324] Preferencia de la responsabilidad contractual en caso de mantenimiento del contrato como válido.** Si bien en caso de anulación del contrato por vicio del consentimiento del cliente de una EC generado por el incumplimiento de la obligación precontractual de informar de dicha empresa resulta razonable la aplicación de la responsabilidad extracontractual, no lo resulta cuando aquel decide mantener el contrato<sup>1437</sup>. Si el incumplimiento de dicha obligación repercute sobre el objeto y

---

<sup>1435</sup> V. DE SÁ, A., *Direito*, pp. 14-21. Este autor entiende que este contrato concurre en la generalidad de las relaciones EC-cliente, en atención a la suscripción del contrato de apertura de cuenta. En razón de esto estima que el deber de informar de tales empresas emana del referido contrato.

<sup>1436</sup> V., en general, CARRASCO PERERA, Á., *Derecho*, p. 706; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad*, pp. 339s.; y MEDINA ALCOZ, M<sup>a</sup>., “La ruptura”, p. 88. Se trata de una posibilidad expresamente contemplada en algunos ordenamientos, por ejemplo, en el art. 67-septies decies.5 del Código del Consumo italiano, referido al incumplimiento del deber precontractual de informar en la contratación a distancia de servicios financieros destinados a consumidores. V. SANGIOVANNI, V. “*La nullità*”, p. 1474.

<sup>1437</sup> GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, pp. 205 y 207-213, considera que en este caso también corresponde aplicar el régimen aquiliano, por lo menos en la mayor parte de las hipótesis, debiendo distinguirse entre error y dolo. Si el *errans* opta por la conservación del contrato, el error causado de manera negligente genera resarcimiento en conformidad al art. 1902 CC -a consecuencia de la concurrencia de daño y falta de diligencia-. En este supuesto, la indemnización podrá instrumentarse a través de la variación de las prestaciones, consistente, según el caso, en el pago de un precio inferior o en el de una remuneración más elevada. En caso de concurrir dolo, en general, tanto en los ordenamientos en que se distingue entre dolo incidental y causal como en los que no, se asume que la víctima puede decidir perseverar en el contrato y, a la vez, solicitar indemnización por los daños derivados de la maquinación. Esta conclusión también resulta aplicable a España según autorizada doctrina. La mencionada alternativa puede proceder a voluntad de la víctima o por haber prescrito la acción anulatoria. En este evento debe determinarse si la respectiva pretensión es contractual o extracontractual, sobre todo considerando los diversos plazos de prescripción aplicables a una y otra. Según la autora, parece ser que la acción indemnizatoria sería extracontractual, al perpetrarse el dolo y producirse el daño en el periodo anterior al perfeccionamiento contractual. Pero en el caso del dolo incidental le parece mejor concluir que la alusión específica a la procedencia de indemnización del art. 1270.2 CC no puede considerarse como una reiteración de la regla del art. 1902. Por este motivo, la acción indemnizatoria por dolo incidental tendría carácter contractual o, cuando menos, personal. V. también MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, pp. 572 y 575.

contenido del contrato y suscita problemas de incumplimiento, lo pertinente es la aplicación de los remedios contractuales y del régimen de responsabilidad contractual<sup>1438</sup>. En este orden de ideas, debe tenerse presente que el incumplimiento contractual, en un sentido material, tiene lugar por la concurrencia de “cualquier falta de realización, realización irregular, defectuosa o incompleta de las conductas (prestaciones, si se prefiere) asumidas contractualmente”<sup>1439</sup>.

En el anterior sentido, debe tenerse en cuenta que una parte de los conflictos suscitados en relación con el cumplimiento de la obligación precontractual de informar de las EC se detecta la celebración de un contrato en que no concurre vicio del consentimiento o a cuyo respecto el cliente no solicita la nulidad. Es lo que ocurre, por citar el ejemplo más relevante, a propósito de determinados servicios de inversión, en los que el cliente celebra con la EC que actúa como ESI un contrato de comisión para que la entidad adquiera instrumentos financieros, uno de asesoramiento o uno de gestión de cartera<sup>1440</sup>. En estos casos, considerando que nos encontramos ante un contrato válido, la eventual responsabilidad de la EC frente al cliente deberá regirse por las reglas del régimen contractual<sup>1441</sup>. La misma conclusión cabe aplicar a los casos en que la EC asesora al

---

<sup>1438</sup> Cfr. ALONSO ESPINOSA, F., “Participaciones preferentes”, pp. 7 y 13; ASÚA GONZÁLEZ, C., *La culpa*, pp. 247-250; BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, p. 535 (citando la STSJ Navarra 6-2-06 (FD 14) –RJ2006\2216-); DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J., “Responsabilidad”, p. 174; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil*, pp. 661s.; ESTEBAN DE LA ROSA, F., “El error”, p. 197 (aludiendo a la procedencia de la acción de anulabilidad o por incumplimiento contractual dependiendo del caso); FABRE-MAGNAN, M., *De l’obligation*, pp. 525s.; GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, pp. 51s. (respecto del Derecho del consumo); GÓMEZ POMAR, F., “El incumplimiento”, p. 7; MORALES MORENO, A-M., *Incumplimiento*, pp. 90s.; NAVARRO GANCEDO-RODRÍGUEZ, F., “La información”, p. 87 (respecto del inversor-consumidor, precisando que respecto del no consumidor se debe aplicar el régimen extracontractual, teniendo en cuenta que la normativa bancaria no protege a la clientela directamente); PALACIOS GONZÁLEZ, M<sup>a</sup>. D., “El deber”, p. 96; ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., “La información”, pp. 211s.; y VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, pp. 118-120. La PMDOC parece recoger tanto la perspectiva tradicional de los vicios del consentimiento y la subsiguiente anulación del contrato más la indemnización del interés negativo junto con la responsabilidad contractual. GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., “La responsabilidad precontractual en la Propuesta”, p. 11. Acerca de la noción de incumplimiento contractual en el Derecho español v. GÓMEZ POMAR, F., “El incumplimiento”, pp. 6-13.

<sup>1439</sup> GÓMEZ POMAR, F., “El incumplimiento”, p. 6.

<sup>1440</sup> V. BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y., “El caso”, pp. 214-216; y BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, pp. 508s. Y también FERRES MORALES, D., “Estudio”, pp. 50s. (respecto de los *swaps* de tipos de interés).

<sup>1441</sup> V. BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, pp. 508s., apuntando que esta conclusión no se aplica para el caso de la publicidad ilícita o engañosa, que se rige por el régimen extracontractual. Cabe precisar que la responsabilidad por infracción de deberes precontractuales no permitiría la mera desvinculación de un contrato válidamente concluido con devolución de lo pagado más intereses (o sea, sin mediar resarcimiento), principalmente por el hecho de que el núcleo de aquella responsabilidad es la indemnización y no otras consecuencias. En el Derecho español correspondería aplicar esta solución en atención a que los supuestos en que procede la desvinculación contractual solo son aquellos expresamente señalados por el ordenamiento jurídico (nulidad y anulabilidad). V. GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, pp. 237-239 (aludiendo a la doctrina alemana -aun cuando constata la tendencia contraria en esa época de la jurisprudencia- y suiza, así como a la jurisprudencia italiana de ese periodo –si bien expone la opinión discrepante de la doctrina-) y 254. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., “El deber”, p. 173, comentando el art. 7.2 CEC, se manifiesta favorable a entender que el precepto permite la desvinculación con devolución de lo pagado más intereses. Ello, porque dicho precepto, para el caso de haberse concluido el contrato, contempla como posibilidad la restitución de la suma recibida por quien, contrariando la buena fe, omite información o realiza una declaración falsa o reticente, lo que para el autor implica que el precepto recepciona la posibilidad de desvinculación. No obstante, en la nota 43, apunta que esta solución no resulta aceptable en el Derecho

cliente, que resulta perjudicado, sobre todo cuando dicho consejo lo ha ofrecido la EC *motu proprio*<sup>1442</sup>. Según veremos *infra* III.9.d., en estos supuestos se debe indemnizar al cliente por el daño ocasionado al llamado interés contractual positivo.

Adicionalmente, por lo que atañe a la publicidad –que es un medio de información precontractual-, la integración contractual de la misma en aplicación de los arts. 1258 CC y 61 TRLGDCU (que la contempla expresamente), determina que su disconformidad con las cualidades del producto o servicio materializado nos aparta del ámbito de los vicios del consentimiento y la responsabilidad extracontractual para situarnos en el propio del incumplimiento contractual. En efecto, la aludida integración redundante en que dicha disconformidad habilita al cliente para solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato, más la indemnización de perjuicios, permitiendo la satisfacción del interés contractual positivo derivado de sus expectativas, que aquellas otras vías no permiten satisfacer<sup>1443</sup>.

**[325] Ventajas del régimen contractual para el cliente.** La ventaja para el cliente de una EC de recurrir, en su caso, al régimen contractual, deriva de la comparación de este con el aquiliano. En efecto, la utilización de este último para acometer el problema que nos ocupa tropieza con su insuficiencia y con las cargas probatorias que impone<sup>1444</sup>. En cambio, los mecanismos contractuales (*v. gr.*, el cumplimiento) permiten al cliente beneficiarse de una mayor facilidad probatoria, de la posibilidad de obtener una indemnización mayor y de unos plazos de prescripción más extensos<sup>1445</sup>.

Adicionalmente, la aplicación del régimen de la responsabilidad contractual presenta importantes ventajas frente al de los vicios del consentimiento, aparte de las previamente mencionadas si se compara el régimen aplicable a dichos vicios con el de la responsabilidad civil en general. En efecto, la evaluación de la infracción de la obligación precontractual de informar desde una noción amplia de incumplimiento contractual, que permite abarcar dentro de sí hipótesis de error y dolo, hace innecesaria la apreciación de la conducta del deudor, con lo que el cliente no tendría que basar su alegación en dicha conducta y en las repercusiones de la misma en aquellos vicios, sobre todo considerando los beneficios procedimentales de las reclamaciones por incumplimiento. Eso sí, en caso de dolo, debe tenerse en cuenta que no cualquier maquinación generará dicho incumplimiento<sup>1446</sup>.

A mayor abundamiento, en algunos supuestos la acción de anulación por vicio del consentimiento podría no tener consecuencias prácticas para el cliente. Esto acontecería, a modo de ejemplo, en los casos de contratación de participaciones preferentes emitidas

---

español al margen de los supuestos de nulidad y anulabilidad del contrato. V. también VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, pp. 224s.

<sup>1442</sup> PARDO GARCÍA, B., *La comercialización*, pp. 25-42.

<sup>1443</sup> V. PASQUAU LIAÑO, M., (Comentario al) “Artículo 8.1 y 2”, pp. 158s. y 171s.; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, pp. 198s. (ambos aludiendo al art. 8 LGDCU, que establecía la regla de integración contractual de la publicidad).

<sup>1444</sup> GARCÍA VICENTE, J., “Comentario” (al art. 65), p. 822.

<sup>1445</sup> MIRANDA SERRANO, L. y PANIAGUA ZURERA, M., “La protección de los consumidores y usuarios”, p. 92, respecto de la aplicación a los clientes consumidores del art. 61.1 TRLGDCU, que permite integrar la publicidad al contrato.

<sup>1446</sup> V. DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pp. 273s. (y notas 23 -citando a San Miguel Pradera- y 24 -citando a Morales Moreno-); y MORALES MORENO, A-M., *Incumplimiento*, pp. 29s. Dicha noción amplia de incumplimiento ha sido recepcionada por el art. 1:103 PECL. Acerca de esta noción v. DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, II, pp. 647-649.

por una entidad distinta de la que las comercializa. En estos supuestos, las restituciones generadas por la declaración de nulidad no podrían imponerse a la segunda entidad porque no es ella la que recibe el precio. Ante esta situación, lo que correspondería es demandar a la EC intermediaria por incumplimiento de sus obligaciones contractuales en tanto que agente de compra, solicitándose como indemnización el precio pagado al emisor. En este sentido, debe tenerse en cuenta la SAP Madrid (10) 26-6-12, que considera concurrente error invalidante en el cliente al haber adquirido unas participaciones preferentes de bancos extranjeros en virtud de la intermediación de la EC demandada, sin que se le haya suministrado información adecuada. La Audiencia, confirmando la sentencia de primera instancia, estima que ha habido error invalidante, pero declara la resolución del contrato (FD 5)<sup>1447</sup>.

En síntesis, es perfectamente posible que el cliente, en su caso, demande por responsabilidad contractual a una EC y que el tribunal falle a favor de él, sin necesidad de que tenga que alegar ni probar un vicio del consentimiento<sup>1448</sup>.

Sin perjuicio de las anteriores consideraciones, lo óptimo sería que el Derecho positivo estableciera expresamente la responsabilidad contractual como posible consecuencia de la infracción de la obligación precontractual de informar de las EC.

**[326] Responsabilidad contractual por infracción de la obligación precontractual de informar en los proyectos de Derecho contractual europeo.** En el anterior sentido y según anticipara, algunos proyectos de Derecho contractual europeo contemplan de manera explícita la aplicación de remedios de índole contractual ante la infracción de la obligación precontractual de informar (PECL y DCFR<sup>1449</sup>).

El art. 4:117 (1) y (2) PECL concede la acción de responsabilidad a la víctima tanto cuando ejerce el derecho a anular como cuando no lo hace o lo pierde. El art. 4:119 posibilita, junto al ejercicio de las acciones de invalidez, el de las de incumplimiento, a elección de su titular. En fin, el art. 4:106 contempla la indemnización en caso de información incorrecta cuando el error generado por ella no ha sido esencial, salvo que el contratante que proporcionó la información haya tenido motivos para creer que era correcta. Así, en los PECL el daño indemnizable padecido por la víctima de un vicio de la voluntad o de una información incorrecta se vincula, no con la vulneración del interés de confianza, sino con el cumplimiento del contrato celebrado<sup>1450</sup>.

Por su parte, el art. II.-3.109 (3) DCFR indica que el empresario que infringe sus deberes de información debe responder por los menoscabos provocados a su contraparte por la falta de información (interés negativo), se haya o no llegado a contratar. Adicionalmente, el nº 2 del señalado art. indica que si el empresario incumple su deber precontractual de informar pasa a tener las obligaciones contractuales que su contraparte pudiese razonablemente esperar a consecuencia de la ausencia o incorrección de la información. En esta hipótesis operan los remedios contractuales del Capítulo 3 del Libro III. Según se ve, el precepto no solo posibilita la integración, al transformarse la

<sup>1447</sup> V. CARRASCO PERERA, Á., “Paisaje judicial”, p. 4.

<sup>1448</sup> BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y., “El caso”, p. 233.

<sup>1449</sup> También lo habría hecho el CEC. V. VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, p. 300.

<sup>1450</sup> V. COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, LANDO, O. y BEALE, H. (Edits.), *Principles*, pp. 42 y 248-252 (respecto del primer art.) y 50 y 280-284 (respecto del segundo); y MORALES MORENO, A.-M., *Incumplimiento*, p. 90 (nota 187 –respecto del art. 4:119-) y “¿Es posible”, pp. 408s. (respecto de los arts. 4:106 y 4:117).

información que debería haberse otorgado en obligaciones contractuales, sino que implica el resarcimiento del perjudicado por su interés positivo en el cumplimiento de las obligaciones que hubiesen nacido de una información completa y correcta.

La anterior figura indemnizatoria no se contempla en ningún precepto del Derecho español, ni siquiera en las escasas normas que establecen expresamente una sanción ante la infracción de la obligación precontractual de informar. Así, no está presente, por lo menos en términos satisfactorios, en el art. 7.2 LCCC. En efecto, esta norma, aun cuando concede al cliente la posibilidad de que opte por la conservación del contrato cuando se incumplen las disposiciones sobre información precontractual (por ejemplo, si ya ha dispuesto del importe del crédito), apunta que en este caso corresponderá aplicar las reglas sobre integración del negocio jurídico. De manera que el precepto parte de la base de que siempre habrá la posibilidad de proceder a la integración del contrato, sin establecer una solución para los supuestos en que no haya laguna que colmar por la vía de la integración. Tampoco el art. 9.4 LCDSFDC contempla la aludida figura indemnizatoria, ya que ante la infracción de la obligación precontractual de informar solo remite a las reglas generales sobre la nulidad. En definitiva, ninguno de los mencionados preceptos permite concluir que la infracción de la obligación precontractual de informar implica que el empresario infractor pasa a tener en todo caso las obligaciones contractuales que su contraparte pudiese razonablemente esperar a consecuencia de la ausencia o incorrección de la información, lo que habría supuesto la plena satisfacción del interés positivo del cliente<sup>1451</sup>.

**[327] Presupuestos de la responsabilidad contractual por infracción de la obligación precontractual de informar de las EC.** Considerando que en el Derecho español no existen reglas como las anteriores, la responsabilidad contractual de las EC por infracción de su obligación precontractual de informar se rige por el art. 1101 CC. Este opera cuando se contraviene culposa o dolosamente el tenor de una obligación legal o contractual, básicamente en virtud de una omisión de la prestación o de un cumplimiento defectuoso o inexacto de lo pactado. El acreedor debe probar el incumplimiento, los daños y la relación de causalidad (sin perjuicio de la aplicación judicial, en ocasiones, de la regla *in re ipsa*)<sup>1452</sup>.

En el anterior sentido, las EC deberán responder por los daños ocasionados a sus clientes cuando no actúen diligentemente en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, esto es, cuando infrinjan la *lex artis*. De modo específico, habrá responsabilidad contractual de una EC cuando haya incumplido con negligencia su obligación precontractual de informar al cliente o no le haya asesorado adecuadamente en el momento de la contratación y a consecuencia de ello se le produzca a aquel un menoscabo. Así, por ejemplo, cuando le recomienda productos que no se ajustan a su perfil o la adquisición de instrumentos financieros sin informarle de la mala situación (incluso cuasi concursal) del emisor no obstante haberla conocido o podido conocer. No habiendo negligencia ni daño ni relación de causalidad, la EC no debería responder.

---

<sup>1451</sup> V., respecto de este párrafo y el anterior, NASARRE AZNAR, S., “II.-3:109: Remedios”, pp. 242-244. Y también NOVAL LAMAS, J., “El derecho”, p. 241 (y nota 61); y VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, p. 284.

<sup>1452</sup> V. SÁNCHEZ ARISTI, R., “De la naturaleza”, pp. 1295-1297. Advierte que la norma produce una distorsión al mezclar los factores de imputación (culpa y dolo) con las modalidades de incumplimiento (mora y contravención al tenor de la obligación). Por este motivo, para el análisis de los primeros debe estarse a los arts. 1102 a 1105 y 1107 y para el de la mora, al 1100.



Adviértase que entre los factores que tienen en cuenta los tribunales a la hora de determinar si concurre responsabilidad contractual de una EC destacan la complejidad y riesgo del producto, el momento de su adquisición, el tipo de contrato y las características y circunstancias del cliente<sup>1453</sup>.

**[328] Remedios contractuales de que dispone el cliente.** Conforme a lo apuntado, ante el incumplimiento de la obligación precontractual de informar de las EC los clientes, en caso de estimarlo conveniente, tienen derecho a prevalerse, si no optan por la anulabilidad, de los remedios contractuales previstos por el Derecho común. Ello, en tanto que la infracción de aquella obligación puede ser asumida como una hipótesis subsumible en el campo de acción de dichos remedios<sup>1454</sup>. Excepcionalmente, el art. 7.2 LCCC contempla de manera expresa la posibilidad de que el cliente que no opta por la anulabilidad decida el mantenimiento del contrato con integración en conformidad al TRLGDCU y demás preceptos aplicables.

Así, en caso de infringir una EC su obligación precontractual de informar, el cliente, esgrimiendo el art. 1124 CC, podrá instar el cumplimiento del contrato o su resolución más la indemnización<sup>1455</sup>. De este modo, si la información precontractual sobre las características del servicio no se corresponde con la realidad (incumplimiento o cumplimiento defectuoso), el cliente podrá deducir la acción por cumplimiento contractual, demandando la prestación íntegra que emana del contenido informativo explicitado más el resarcimiento<sup>1456</sup>. Asimismo y ya que estamos ante un incumplimiento, en vez de por la referida acción, podrá instar la resolución del contrato también más la indemnización de perjuicios<sup>1457</sup>. Estas posibilidades proceden tanto ante el otorgamiento de información defectuosa como ante la omisión de la exigible<sup>1458</sup>. Todo lo cual debe entenderse sin perjuicio de que, en su caso, resulten aplicables

---

<sup>1453</sup> V., acerca de este párrafo y el anterior, BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y., “El caso”, pp. 231s. y 236-238 (respecto de los productos emitidos por *Lehman Brothers*).

<sup>1454</sup> V., en general, DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, p. 157; y GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1471. Recuérdese que esta posibilidad está contemplada en el art. II.-3:109 (2) DCFR, que remite a los remedios del Capítulo 3 del Libro III. V. NASARRE AZNAR, S., “II.-3:109: Remedios”, p. 237.

<sup>1455</sup> NOVAL LAMAS, J., “El derecho”, p. 241 (respecto de la LCDSFDC).

<sup>1456</sup> Cfr., en general, MORALES MORENO, A.-M., “¿Es posible”, p. 420; ORTÍ VALLEJO, A., “Comentario” (al art. 13.1 LGDCU), pp. 420s.; y SÁNCHEZ ARISTI, R., “De la naturaleza”, p. 1307. Aun cuando teóricamente procedente, la posibilidad de cumplimiento posterior a la celebración del contrato de los deberes informativos infringidos no satisfaría al acreedor de los mismos, al estar conectada su finalidad con la decisión de contratar (GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1472). Acerca del cumplimiento forzoso o en forma específica como remedio ante el incumplimiento contractual v., en términos generales, GÓMEZ POMAR, F., “El incumplimiento”, pp. 15-19.

<sup>1457</sup> DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, p. 158; y ORTÍ VALLEJO, A., “Comentario” (al art. 13.1 LGDCU), p. 421. Respecto de la resolución como remedio ante el incumplimiento contractual v., en términos generales, GÓMEZ POMAR, F., “El incumplimiento”, pp. 29-32.

<sup>1458</sup> DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, p. 158. BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, pp. 530-533, considera que en los casos en que una norma haya contemplado una consecuencia expresa para el caso de infracción del deber precontractual de informar, no corresponde aplicar la resolución. Así, en concepto del autor, en el supuesto de los contratos celebrados entre las EC y sus clientes consumidores debería aplicarse la regla de mantenimiento del contrato con integración del mismo del art. 65 TRLGDCU y no la resolución. Además, apunta que el incumplimiento del deber precontractual de informar no revestiría la gravedad requerida por la resolución. Finaliza advirtiendo que tal conclusión debe entenderse sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de la resolución por incumplimientos informativos graves de la EC durante la vida del contrato de gestión asesorada de cartera, más la indemnización de perjuicios. Por ejemplo, por inadvertencia al cliente de los riesgos del producto en orden a que este pudiera adoptar una decisión oportuna respecto a si desprenderse de él o no.

adicionalmente normas sobre responsabilidad civil establecidas expresamente en relación con el incumplimiento de determinados contratos que pudieran celebrarse con EC (v. gr., el art. 1726 CC, en relación con el mandato).

A modo de ejemplo, en el caso de contratación de participaciones preferentes emitidas por la misma EC comercializadora, cuando el cliente acredite que le fueron “vendidas” con información defectuosa, v. gr., como si se tratasen de un depósito, podría instar el cumplimiento del contrato, esto es, el pago de los respectivos intereses y, llegado el vencimiento del producto, conforme a la fecha indicada en su día por la entidad (siempre que se pruebe), la devolución del importe del mismo. Otro ejemplo ilustrativo podría ser el de los “depósitos estructurados”. Nuevamente, la prueba de que el cliente contrató el producto como si fuese un depósito tradicional, podría llevar al tribunal a imponer a la EC la devolución del capital (íntegro) y el pago de los correspondientes intereses. En fin, en caso de concurrir la relación de asesoramiento o de gestión de cartera en los servicios de inversión, los incumplimientos informativos acontecidos en el marco de dichas relaciones pero con carácter previo a la contratación del respectivo instrumento financiero, como sería, v. gr., el otorgamiento de una información defectuosa acerca de la naturaleza o características del mismo, que se traduce en el incumplimiento del contrato relativo al mencionado instrumento, darían lugar, verificándose los requisitos de la responsabilidad civil, a la indemnización de perjuicios a favor del cliente<sup>1459</sup>.

**[329] Interpretación e integración del contrato.** A efectos del ejercicio de las acciones contractuales por parte de los clientes de las EC deben tenerse en cuenta, en orden a la determinación de qué era exactamente lo debido por la entidad en conformidad a la información precontractual proporcionada o a la que debería haber otorgado, las reglas sobre interpretación e integración contractual<sup>1460</sup>. Cabe recordar, en

---

<sup>1459</sup> GÓMEZ POMAR, F., “El incumplimiento”, pp. 25s., menciona una serie de supuestos en que el cumplimiento no sería el camino pertinente, sino la indemnización. Conviene reproducir en toda su extensión sus palabras. Dice el autor que “(s)i la prestación no consiste en un bien único y tiene buenos sustitutos en el mercado, es fácil valorar los daños y perjuicios, y la indemnización de daños y perjuicios es el remedio más aconsejable frente al incumplimiento. Ahora bien, si nos encontramos frente a un bien único la valoración de los daños y perjuicios se complica y hace que, a menudo, pueda resultar más aconsejable el cumplimiento en forma específica o forzoso”. Respecto de las obligaciones de hacer opina que parece más indicada la indemnización de perjuicios, “pues si se obligara a la parte incumplidora al cumplimiento en forma específica de la prestación sería difícil controlar la calidad de este cumplimiento, además del riesgo de incurrir en una conducta contractual forzada cuyo coste puede ser superior al valor que el resultado de tal conducta le reporta al otro contratante”. Agrega que “la dificultad del cálculo de la indemnización también depende de factores de naturaleza personal. Así, el hecho de que el contratante que sufre el incumplimiento sea una persona física o una persona jurídica puede ser, junto con otros, un dato relevante con carácter general. Si se trata de una persona física, la indemnización de daños requiere de manera no infrecuente acercarse a su valoración subjetiva de la prestación, y ello es arduo, en teoría y también en la práctica, pues exige conjeturar su función de utilidad, lo que acarrea dificultades evidentes. Ello hace, al menos en términos comparativos, más atractivo el cumplimiento forzoso. En cambio, una persona jurídica no tiene función de utilidad o de bienestar a la que aproximarse –tan sólo funciones de ingresos y costes- lo que hace, al menos en términos relativos, más fácil tratar de acercarse razonablemente a su valoración de una determinada prestación (p. ej., acudiendo a la contabilidad y a los planes de negocio) y, en consecuencia, con carácter general resulta comparativamente más indicada la indemnización de daños y perjuicios”.

<sup>1460</sup> V., en general, AA.VV., CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *El Derecho*, p. 226; CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario” (a los arts. 60 y 61), p. 487; y MORALES MORENO, A-M., “¿Es posible”, p. 420 (todos respecto de las segundas).

este sentido, que el contrato no solo se compone de su contenido documental, sino también del “conjunto del entendimiento común de los contratantes, rectamente interpretado” y, asimismo, de “lo que resulte de la integración de las lagunas contractuales (art. 1258 CC) o la incorporación forzosa de conductas, resultados o estados del mundo, por decisión legal”. Por esto es que el contrato comprende también “la incorporación de los contenidos publicitarios, factibles, creíbles y aptos a influenciar la conducta contractual de la contraparte contractual”<sup>1461</sup>.

Si bien las disposiciones generales en materia de interpretación e integración contractual resultan relevantes (v. gr., cuando el cliente de la EC es una empresa, al no estar protegido por el TRLGDCU), son las específicas aquellas a las que me interesa referirme, en atención a su particular vinculación con el tema de este trabajo.

Entre las reglas sobre interpretación conectadas con la información precontractual, destacan los arts. 6.2 LCGC (aplicable, a tenor del n° 3, sin perjuicio de las reglas del CC<sup>1462</sup>) y 80.2 TRLGDCU. Ambos contemplan la máxima *in dubio contra proferentem*. Dentro de las reglas de integración destacan los arts. 61 y 65 TRLGDCU<sup>1463</sup>.

**[330] Interpretación del contrato. La regla *contra proferentem*.** En cuanto a la interpretación contractual, recuérdese que los requisitos de redacción de las condiciones generales son de carácter informativo. Por esto es que la regla *contra proferentem* está directamente ligada a la obligación precontractual de informar, traducándose su infracción en la aplicación de dicha regla<sup>1464</sup>.

El art. 6.2 LCGC establece que las dudas referidas a la interpretación de las condiciones generales que sean oscuras se solucionarán a favor del adherente o específicamente del consumidor cuando se ejerzan acciones individuales<sup>1465</sup>. También consagra esta regla el art. 80.2 TRLGDCU, que se aplica de modo general cuando existan dudas sobre el sentido de una cláusula no negociada individualmente por consumidores<sup>1466</sup>. Así, ambas normas recogen la regla general del art. 1288 CC<sup>1467</sup>. Este precepto también permite

---

<sup>1461</sup> GÓMEZ POMAR, F., “El incumplimiento”, p. 7.

<sup>1462</sup> Respecto de este n°, v. EGEA FERNÁNDEZ, J., (Comentario al) “Artículo 6.3”, pp. 409-425.

<sup>1463</sup> V. GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1484. En Cataluña debe tenerse en cuenta el art. 123-7 CCC, referido a la “(i)ntegración contractual de la oferta, la promoción y la publicidad”. A nivel de Derecho proyectado, los arts. 6:101 y 6:102 PECL recogen reglas sobre integración de las declaraciones de un contratante, como, asimismo, el art. 1276 PMDOC, que contempla una regla sobre integración de los contenidos publicitarios. No obstante, esta propuesta no prevé otras reglas de este tipo, sin perjuicio de que pueda darse lugar a la integración recurriendo al principio de buena fe, con arreglo a los arts. 1243 (cumplimiento del contrato en conformidad a la buena fe) y 1279 (interpretación contractual). V. MORALES MORENO, A-M., “¿Es posible”, pp. 420-422.

<sup>1464</sup> Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentario” (al art. 80), p. 936; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 34, ambos vinculándola con el “deber de hablar claro”.

<sup>1465</sup> Se trata de una solución no basada en la voluntad común más probable de las partes, siendo una regla de defecto que rige solo si no existe una condición particular que contemple la temática de que se trate, puesto que, de haberla, a tenor del art. 6.1, prevalecerá la intención común. La aludida regla constituye un incentivo para que el predisponente redacte las cláusulas de forma clara, esto es, para que revele información a su contraparte y al juez, si no quiere resultar sancionado. SALVADOR CODERCH, P. y RUIZ GARCÍA, J., (Comentario al) “Artículo 6.2”, pp. 385-387.

<sup>1466</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentario” (al art. 80), p. 935.

<sup>1467</sup> V. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentario” (al art. 80), p. 936 (nota 157); MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., *Condiciones*, p. 137; SALVADOR CODERCH, P. y RUIZ GARCÍA, J., (Comentario al) “Artículo 6.2”, pp. 384 y 388 (presentando, en esta última p. y en la s., la opinión doctrinaria que precisa que el art. 1288 CC no recoge la regla de interpretación a favor del adherente, sino

solucionar conflictos informativos, en tanto quien transmite información a su contraparte debe hacerlo de manera clara, debiendo soportar que las dudas se zanjen en su contra cuando no lo haga<sup>1468</sup>.

El primer efecto de regla *contra proferentem* consiste en que conduce a una interpretación favorable al cliente de la EC<sup>1469</sup>. Para su aplicación no se requiere de la concurrencia de dolo ni de mala fe en el predisponente, bastando con la inadecuación de la formulación de la respectiva cláusula a la transparencia o buena fe objetiva<sup>1470</sup>. Así, implica el desplazamiento de las reglas generales en materia de error-vicio (especialmente de los arts. 1289.2 CC y 10.1 LCGC), que pasan a ocupar la última posición<sup>1471</sup>. Adicionalmente, la mencionada regla ha servido en bastantes ocasiones a los tribunales para apuntalar la declaración de abusividad de una cláusula en virtud de la regla general del art. 82.1 TRLGDCU<sup>1472</sup>.

El sujeto que sirve de parámetro para la aplicación de dicha máxima es el adherente concreto. Esto, porque a las condiciones generales resultan aplicables las reglas sobre interpretación subjetiva y porque lo más beneficioso para el adherente en abstracto puede no serlo en concreto<sup>1473</sup>.

En materia de contratación con EC la regla *contra proferentem* se ha aplicado por los tribunales, entre otros, a casos de préstamos con garantía hipotecaria en que se debate acerca de la oscuridad del objeto del crédito o de la fórmula de cálculo de los intereses (v. gr., STS 8-4-94 –FD 2-) <sup>1474</sup>. Asimismo, en materia de *swaps* de tipos de interés aplica dicha regla, por ejemplo, la STS 15-11-12 (FD 5) <sup>1475</sup>, que considera oscura la

---

la de no favorecimiento del predisponente, siendo más severo que el 6.2 LCGC); PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 72; y SARAZÁ JIMENA, R., “La ley”, p. 51.

<sup>1468</sup> GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1473.

<sup>1469</sup> MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., *Condiciones*, pp. 137s. No obstante, se discute su calidad plena de regla de interpretación, atribuyéndosele un carácter de regla de defecto sancionadora. Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentario” (al art. 80), pp. 934 y 936; y SALVADOR CODERCH, P. y RUIZ GARCÍA, J., (Comentario al) “Artículo 6.2”, pp. 384s. Por otra parte, según dijera *supra* § 297 (siguiendo otro texto de González Pacanowska), considerando que el art. 7.b LCGC sanciona con la no incorporación las condiciones oscuras, se presenta la duda respecto a si la consecuencia aplicable a estas es la no inclusión o la interpretación a favor del adherente. La conclusión apuntada en dicho lugar fue que resulta razonable que la primera proceda en las hipótesis en que la oscuridad produzca falta de conocimiento o consentimiento (v. gr., cláusulas ilegibles, incomprensibles e inesperadas) y que la segunda lo haga en los casos en que cause dudas. Ello, sin perjuicio de que, como la determinación de cuándo estamos ante un supuesto y cuándo frente a otro puede resultar compleja *a priori* (v. gr., cláusulas oscuras por falta de concreción o por incertidumbre sobre el alcance de derechos y obligaciones), a la postre habrán de ser los jueces quienes, en orden a la mejor tutela del adherente y considerando el sentido y finalidad de las diferentes normas, decidan caso a caso.

<sup>1470</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 73.

<sup>1471</sup> SALVADOR CODERCH, P. y RUIZ GARCÍA, J., (Comentario al) “Artículo 6.2”, pp. 399 y 401.

<sup>1472</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentario” (al art. 80), p. 938. Así, puede presentarse el problema de discernir entre la interpretación y el control de contenido de una condición general oscura que se ha decidido incorporar. V., SALVADOR CODERCH, P. y RUIZ GARCÍA, J., (Comentario al) “Artículo 6.2”, pp. 392-394.

<sup>1473</sup> Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones*, p. 325; y PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones*, p. 566. Para SALVADOR CODERCH, P. y RUIZ GARCÍA, J., (Comentario al) “Artículo 6.2”, p. 401, el adherente que debe tenerse en cuenta es el “típico” (criterio objetivo), por considerar que el juicio a que apunta la regla es uno *ex ante* y que la aludida regla no es una de interpretación en sentido propio, sino una de defecto de índole sancionadora.

<sup>1474</sup> La parte que aquí importa de esta última la he transcrito en la nota 1310. V. SALVADOR CODERCH, P. y RUIZ GARCÍA, J., (Comentario al) “Artículo 6.2”, p. 408 (y nota 54).

<sup>1475</sup> RJ2013\17.

cláusula que faculta a la EC para cobrar gastos al cliente por la cancelación del producto en todos los casos, concordando con la sentencia de segunda instancia, que había fallado que la entidad no se encontraba legitimada para proceder a dicho cobro en caso de “resolución voluntaria del contrato”<sup>1476</sup>. En otro ámbito destaca la SAP Barcelona (12) 7-1-03 (FD 3), que estima probado el tipo de interés alegado por el cliente en contraposición al fijado en el documento contractual de retribución de depósito en cuenta vivienda. En fin, la SAP Madrid (28) 2-3-06 (FD 3) tiene en cuenta la mencionada regla para considerar abusiva la cláusula que establece una comisión por cancelación anticipada de una hipoteca, por representar un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes y ser contraria al principio de transparencia. En este último sentido, la sentencia estima dicha cláusula como incomprensible para un adherente medio, que se ve sorprendido por la aplicación de una cantidad desproporcionada<sup>1477</sup>.

**[331] Integración del contrato.** Los remedios por incumplimiento del negocio jurídico aplicables en caso de información incorrecta proporcionada por una EC solo pueden operar cuando la respectiva información deba entenderse incorporada en el contrato, esto es, cuando resulte vinculante. Ello, puesto que el declarante garantiza a su contraparte la corrección de sus manifestaciones. Así, la cuestión se traduce en determinar, cuando el contrato no lo hizo, cuáles son las informaciones que deben entenderse incorporadas. En algunos supuestos esta incorporación tiene lugar en aplicación del principio de buena fe y, en otros, de determinadas reglas del Derecho del consumo<sup>1478</sup>.

En aplicación del principio de buena fe, correspondería integrar al contrato todas las informaciones que deban proporcionar las entidades financieras a sus clientes en cumplimiento de determinada norma, así como las informaciones dirigidas al público en general y la publicidad<sup>1479</sup>.

Por su parte, en el Derecho del consumo el art. 61.1 y 2 TRLGDCU establece que las afirmaciones publicitarias integran el contenido del contrato y ligan al empresario o profesional (la EC)<sup>1480</sup>. El precepto expresa de modo específico lo que dispone la cláusula general del art. 1258 CC<sup>1481</sup>. En este sentido, la jurisprudencia ya se había decantado por la solución hoy consagrada por el TRLGDCU en aplicación del principio de buena fe a que se refiere el citado art. del CC. Algo similar había hecho el legislador al establecer, en determinados ámbitos (*v. gr.*, crédito al consumo), la obligatoriedad de

---

<sup>1476</sup> En similar sentido se pronuncia la SAP Lugo (1) 8-10-10 (FD 3). También pueden consultarse las SAP Badajoz (2) 17-5-11 (FD 8); Burgos (2) 2-6-11 (FD 4) y (3) 10-11-10 (FD 4) y 3-12-10 (FD 5); La Coruña (3) 30-12-11 (FD 3); Lugo (1) 27-9-11 (FD 2); Palencia (1) 30-6-11 (FD 4); y Santa Cruz de Tenerife (3) 2-6-11 (FD 4). V. MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, p. 79 (nota 131).

<sup>1477</sup> Acerca de esta última resolución v. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentario” (al art. 80), p. 938 (nota 167).

<sup>1478</sup> Cfr., en general, MORALES MORENO, A-M., “¿Es posible”, p. 420. En cuanto a la integración contractual en caso de nulidad parcial v. *supra* § 292.

<sup>1479</sup> V. ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., “La información”, pp. 184s., 182, 186s., respectivamente. Y respecto de la publicidad, PASQUAU LIAÑO, M., (Comentario al) “Artículo 8.1 y 2”, p. 161.

<sup>1480</sup> V. GARCÍA VICENTE, J., “Comentario” (al art. 61), pp. 780s.

<sup>1481</sup> V., respecto de esta constatación y la anterior, GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1473; y, respecto de la segunda, PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 198.

las ofertas vinculantes<sup>1482</sup>. En definitiva, el art. 61 TRLGDCU se aplica a los incumplimientos informativos acaecidos mediante acciones (informaciones falsas o inexactas), contrariamente al art. 65, que rige para las omisiones<sup>1483</sup>.

El art. 61.1 TRLGDCU señala que la oferta, la promoción y la publicidad de los servicios habrán de corresponderse con la naturaleza, características y utilidad o finalidad de ellos, así como con las condiciones jurídicas o económicas de la contratación (principio de veracidad). El nº 2 indica que las mismas figuras, así como las prestaciones propias de cada servicio, las condiciones jurídicas o económicas y las garantías ofrecidas, serán exigibles por el consumidor a pesar de no constar expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido. Todas ellas deben tenerse en consideración en orden a la determinación del principio de conformidad con el contrato<sup>1484</sup>, sin perjuicio de la prevalencia de las cláusulas más beneficiosas que este pueda contener (nº 3)<sup>1485</sup>. El referido nº 2 consagra, en definitiva, el “principio de integración publicitaria del contrato”, cuyo fundamento es el principio de buena fe<sup>1486</sup>.

La publicidad (así como la oferta y la promoción) que finalmente habrá de integrarse en el contrato es la de índole informativa (no la laudatoria o sugestiva), que es la única que puede producir expectativas concretas en el consumidor<sup>1487</sup>.

Así, el art. 61 TRLGDCU consagra un mecanismo que ante declaraciones inexactas o falsas posibilita al cliente consumidor de las EC exigir el contenido del negocio jurídico en sede contractual, con independencia de la negligencia o intencionalidad del anunciante. Por tanto, es una herramienta contractual de interdicción de la publicidad engañosa o, en términos globales, de apuntalamiento del principio de veracidad. De este modo, le permite al cliente consumidor disponer de los remedios contractuales del Derecho común (cumplimiento, resolución e indemnización –y, según algunos, de la posibilidad, en su caso, de obligar a al empresario a la celebración del contrato de

---

<sup>1482</sup> V., respecto de esta constatación y la anterior, GARCÍA VICENTE, J., “Comentario” (al art. 61), pp. 782s. (y nota 39); y también, respecto de la recepción jurisprudencial de la regla de integración contractual de la publicidad conforme al art. 1258 CC, CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario” (a los arts. 60 y 61), p. 510; PASQUAU LIAÑO, M., (Comentario al) “Artículo 8.1 y 2”, pp. 161s.; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 198 (y nota 430). Como ejemplos de resoluciones judiciales que aplican el art. 1258 CC ante la infracción del deber precontractual de informar de las EC pueden mencionarse las SAP Burgos (3) 10-11-10 (FD 2) y 3-12-10 (FD 3). V. MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, p. 79 (nota 130).

<sup>1483</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario” (a los arts. 60 y 61), pp. 508s.

<sup>1484</sup> V. *Ib.*, pp. 511 y 517-522.

<sup>1485</sup> V. *Ib.*, p. 536. GARCÍA VICENTE, J., “Comentario” (al art. 61), p. 786, agrega las cláusulas negociadas.

<sup>1486</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario” (a los arts. 60 y 61), p. 511; y MIRANDA SERRANO, L. y PANIAGUA ZURERA, M., “La protección de los consumidores y usuarios”, pp. 88s.

<sup>1487</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario” (a los arts. 60 y 61), p. 519; y GARCÍA VICENTE, J., “Comentario” (al art. 61), p. 785. Este último autor, en las pp. 787s., apunta que las advertencias sobre el carácter indicativo de la publicidad, la alusión a posibles variaciones posteriores o la modificación de la publicidad, resultan indiferentes. Ello, sin perjuicio de la validez y oponibilidad de las modificaciones sobrevenidas en supuestos excepcionales (cuando la publicidad o la oferta no fijen un plazo de vigencia -siendo lo más útil, por tanto, que lo hagan-). La respectiva excepción, en los casos de ofertas vinculantes, debe evaluarse considerando el plazo legal de irrevocabilidad. En la p. 790 menciona los requisitos para que la modificación sea oponible, siendo estos los siguientes: comunicación antes del contrato de la declaración modificada, de la modificación misma y aceptación expresa del consumidor. En este sentido, el art. 8 LCCC permite que el prestamista no mantenga la oferta vinculante por el plazo legal cuando concurren “circunstancias extraordinarias o no imputables a él”.

acuerdo al contenido de las declaraciones publicitarias) para hacer valer las declaraciones precontractuales. Además, en caso de diferir las declaraciones publicitarias y las cláusulas del contrato, habrán de resultar inoponibles al cliente. Lo que se busca es evitar que el consumidor tenga que recurrir, en caso de publicidad engañosa, a las reglas sobre vicios del consentimiento o a la responsabilidad precontractual. Esto, en tanto cuenta con remedios contractuales que amparan sus expectativas y, en definitiva, su confianza en las declaraciones precontractuales del empresario (que debe cargar con el riesgo por la frustración de aquellas expectativas), pudiendo así satisfacer su interés contractual positivo. Eso sí, la confianza que debe tenerse en consideración al anterior efecto es la típica u objetiva, ya que la integración procede aun cuando el consumidor haya desconocido la publicidad al contratar. Adicionalmente, la aludida norma contribuye a salvaguardar la competencia y la libertad de decisión del consumidor. De esta suerte, se suma a lo dispuesto, respecto de la publicidad ilícita, por los arts. 4 LGP y 7 LCD<sup>1488</sup>.

En fin, el art. 65 TRLGDCU contempla otra regla sobre integración aplicable a los contratos celebrados entre las EC y sus clientes consumidores<sup>1489</sup>. Consiste en que dichos contratos, en caso de laguna, se integrarán en beneficio de los consumidores con arreglo al principio de buena fe objetiva, también en las hipótesis de “omisión de información precontractual relevante”. Similar regla opera respecto de las condiciones generales que no cumplan los requisitos de inclusión con arreglo al art. 10.b LCGC. Según este, la parte del contrato afectada por la no incorporación se integrará en conformidad al art. 1258 CC (buena fe, uso y ley) y a las normas sobre interpretación contempladas por el mismo código<sup>1490</sup>.

En relación con el art. 65 TRLGDCU hay que tener en cuenta dos ideas. Primero, que, en ocasiones, al perjudicado con la infracción de deberes informativos puede interesarle perseverar en el contrato pero en virtud de mecanismos que vayan más allá de la mera alusión normativa a la integración. Segundo, que resulta necesario distinguir los supuestos de omisión de información relevante (a los que se refiere la norma) de aquellos en que se proporciona una incompleta, inexacta o falsa<sup>1491</sup>.

**[332] Modificación del contrato.** Finalmente, cabe referir que en el Derecho contemporáneo se aprecia, cuando los deberes informativos repercuten en el contenido del contrato, una tendencia a propiciar su modificación judicial (ajuste de las obligaciones). Sin embargo, el CC español no contiene reglas en este sentido, de manera que resultaría difícil aceptar que la parte afectada por un incumplimiento acaecido en la fase precontractual pudiera instar la adaptación del negocio jurídico<sup>1492</sup>. En

<sup>1488</sup> Cfr., en general, CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario” (a los arts. 60 y 61), pp. 516s. y 527-532; GARCÍA VICENTE, J., “Comentario” (al art. 61), pp. 781 (y nota 36), 782 y 784-787; MIRANDA SERRANO, L. y PANIAGUA ZURERA, M., “La protección de los consumidores y usuarios”, pp. 91s.; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas*, p. 199 (respeto del art. 8 LGDCU, que recogía la regla sobre integración contractual de la publicidad).

<sup>1489</sup> También recepciona lo dispuesto por el art. 1258 CC. PAÑOS PÉREZ, A., *Derechos*, p. 46.

<sup>1490</sup> V. GARCÍA VICENTE, J., “Comentario” (al art. 65), p. 820 (mencionando también el art. 83 TRLGDCU, relativo a la integración en caso de declaración de nulidad de cláusulas abusivas).

<sup>1491</sup> V., respecto de ambas ideas, *Ib.*, p. 822. En “La contratación”, p. 1472, el autor apunta que el art. 65 TRLGDCU habría resultado más categórico si se hubiera referido también a la “parcialidad” y la “inexactitud” de la información y mencionado la información contractual.

<sup>1492</sup> V. MORALES MORENO, A-M., “¿Es posible”, p. 415, precisando que sería el contratante frente a quien se solicita la anulación, basándose en el art. 7 CC, el que podría solicitar la adaptación del contrato para detener la pretensión anulatoria del otro.

contraposición, la posibilidad de modificación del contrato la recogen expresamente los arts. 1301.2 PMDOC, II.-7:203 DCFR y 4:105, 4:108 y 4:109 PECL<sup>1493</sup>.

Lo que se busca a través de la modificación del contrato es el restablecimiento del equilibrio prestacional vulnerado o la adaptación a los imperativos de la buena fe y los usos del tráfico<sup>1494</sup>. Así, a través de ella se satisface el interés en la conservación del contrato del legitimado para anularlo o de ambas partes (en caso de doble error). De esto se deriva que lo relevante en materia de vicios de consentimiento es, antes que la cuestión de la voluntad, la de los daños<sup>1495</sup>. Por esto es que la modulación contractual debería aplicarse a todo supuesto de responsabilidad precontractual por celebración de contratos desventajosos, a semejanza de lo prescrito por el art. 65 TRLGDCU<sup>1496</sup>.

Como supuesto hipotético en que podría aplicarse la modificación contractual nuevamente puede servir de ejemplo el caso de las participaciones preferentes emitidas por la misma EC comercializadora. Así, de acreditarse judicialmente que el cliente las contrató como si se tratase de un depósito, el tribunal, en aplicación del principio de buena fe y teniendo a la vista la información proporcionada por la entidad, podría adaptar el contrato imponiendo a esta el pago de los correspondientes intereses y la devolución del capital.

#### iv. Consumidores

**[333] Responsabilidad civil frente a clientes consumidores por infracción de la obligación precontractual de informar de las EC.** Cabe preguntar si en caso de ser el cliente de la EC un consumidor, se aplica a la eventual responsabilidad civil de esta el art. 147 TRLGDCU, que regula el régimen general de responsabilidad aplicable a los prestadores de servicios<sup>1497</sup>. El art. se encuentra inserto en el Capítulo II del Título II del Libro Tercero TRLGDCU. Este libro disciplina, en lo que aquí importa, la responsabilidad por servicio defectuoso<sup>1498</sup>.

---

<sup>1493</sup> En los PECL existen tres hipótesis de adaptación del contrato. Primera, la de error esencial. En esta, quien no yerra tiene el derecho a evitar la anulación del contrato cumpliendo con este tal y como su contraparte lo quería, pero siempre que esta representación esté dentro del contenido vinculante de aquel. En este caso rigen los remedios por incumplimiento, sin que estemos, por tanto, en la esfera precontractual (art. 4:105 (1) y (2)). Segunda, la del error común, en que cualquiera de los contratantes podrá instar la adaptación (art. 4:105 (3)). Tercera, la de la anulabilidad en caso de obtención de un provecho excesivo o de una ventaja desleal, en que el legitimado tiene a título de remedio el derecho a solicitar la adaptación judicial (art. 4:108 (2)), mientras que su contraparte una excepción para atajar la anulación satisfaciendo *in natura* el interés del primero (art. 4:109 (3)). V. COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, LANDO, O. y BEALE, H. (Edits.), *Principles*, pp. 42 y 246-248 (respecto del art. 4:105), 44 y 257-265 (respecto de los arts. 4:108 y 4:109); y MORALES MORENO, A-M., “¿Es posible”, pp. 414s.

<sup>1494</sup> V. GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., “La responsabilidad precontractual en la Propuesta”, p. 14; y MORALES MORENO, A-M., “¿Es posible”, p. 412. V. también EHMANN, H. y SUTSCHET, H., *La reforma*, pp. 206s. (respecto del Derecho alemán).

<sup>1495</sup> MORALES MORENO, A-M., “¿Es posible”, pp. 412s.

<sup>1496</sup> GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., “La responsabilidad precontractual en la Propuesta”, p. 14.

<sup>1497</sup> A tenor del art. 48 TRLGDCU, la indemnización de perjuicios puede instarse, aparte de en un procedimiento civil, en el administrativo que eventualmente tenga lugar. V. CARRASCO PERERA, A., “La defensa”, p. 7; GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1465 (nota 51); y NASARRE AZNAR, S., “II.-3:109: Remedios”, p. 245.

<sup>1498</sup> El art. 8.c TRLGDCU establece como derecho básico de los consumidores la indemnización de daños y la reparación de perjuicios. Esta prescripción se reitera por el art. 128.1. A nivel europeo, si bien los esfuerzos armonizadores en materia de servicios se han centrado, en general, en los financieros, no existe aún una Directiva sobre responsabilidad por servicios defectuosos, habiendo retirado la Comisión, en



Así, en principio, dicho Libro no regiría para los daños ocasionados en la fase precontractual, en tanto en esta todavía no tiene lugar la prestación del servicio<sup>1499</sup>. No obstante, igualmente cabe preguntar si el referido precepto puede aplicarse en caso de que la infracción de la obligación precontractual de informar de una EC incida en el incumplimiento del contrato.

Considerando que la noción de “servicio defectuoso” apunta a un “servicio inseguro”, no correspondería aplicar la responsabilidad por servicio defectuoso al incumplimiento o al cumplimiento defectuoso del contrato si este no afecta la seguridad, sino las reglas generales de los arts. 1101 y ss. CC. Esta conclusión opera para los incumplimientos contractuales en los servicios financieros, coincidiendo con la tendencia del Derecho europeo en materia de responsabilidad por servicios, que suele reservar su ámbito de aplicación para los que produzcan daños a la integridad, salud o seguridad de las personas. En todo caso, la aplicación del régimen de responsabilidad por servicio defectuoso no genera beneficios mayores al perjudicado que los que emanan de las reglas generales. En efecto, en tanto que aquella responsabilidad es de carácter contractual (por concurrir una obligación preexistente que tiene por contenido la prestación de un servicio), se rige por los arts. 1101 y ss. CC. De esta suerte, no se vislumbra la posibilidad de demandas masivas al amparo de aquel régimen, principalmente en el caso de servicios que no afectan la salud o seguridad de los individuos, como los financieros.

Sin perjuicio de la inaplicabilidad del régimen de responsabilidad por servicio defectuoso a los financieros, debe tenerse presente lo dispuesto por el art. 128 (2) TRLGDCU. Este concede al perjudicado el derecho a ejercer, junto con las acciones resarcitorias reconocidas en el Libro III, las demás a que tenga derecho (incluida la indemnización por daños morales) en caso de responsabilidad contractual por falta de conformidad del servicio o por cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato. De esto se deriva que cuando los daños no sean subsumibles en el ámbito de protección de la responsabilidad por servicio defectuoso (los generados por falta de conformidad, incumplimiento o cumplimiento defectuoso) o cuando la víctima lo decida, corresponderá aplicar las reglas generales<sup>1500</sup>.

---

1994, la propuesta de Directiva de 1990. La Directiva 2006/123 (servicios en el mercado interior) tampoco contiene reglas sobre responsabilidad civil por daños. V. PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup>. Á., “Responsabilidad”, pp. 427-429. En todo caso, dicha Directiva no rige para los servicios financieros.

<sup>1499</sup> Considerando la amplitud de la noción de servicios del art. 157 TFUE (“prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración”), en caso de existir algún supuesto en que la prestación de información precontractual pueda incardinarse dentro de dicha noción estaríamos en presencia de un servicio al que podrían aplicarse las reglas sobre responsabilidad del TRLGDCU. V. también, en cuanto a dicha noción, el art. 4.1 Directiva 2006/123 (servicios en el mercado interior); y asimismo su art. 4.2, que define al prestador no solo como aquel que presta un servicio, sino también como aquel que lo ofrece. En todo caso, dicha Directiva no se aplica a los servicios financieros.

<sup>1500</sup> V., acerca de este párrafo y el anterior, PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup>. Á., “Responsabilidad”, pp. 447-449, 475s., 479-481 y 489. Adicionalmente, en las pp. 436s. y 497s., plantea la cuestión relativa a si el régimen de responsabilidad por servicios defectuosos del Libro III TRLGDCU rige, aparte de para los consumidores, para cualquier perjudicado, incluidos aquellos que padecen el respectivo detrimento en el ámbito de su actividad profesional o empresarial. Ello, en atención a que el art. 3 TRLGDCU, al definir ‘consumidor’, señala que su noción se entiende sin perjuicio de lo prescrito en dicho libro. Sin embargo, este libro no contiene una definición específica de consumidor. Por esta razón, teniendo en cuenta el art. 129.1, que al circunscribir el ámbito de protección del régimen de responsabilidad habla de ‘perjudicado’, podría concluirse, en principio, que el referido régimen resulta aplicable no solo a los consumidores. No obstante, considerando que el TRLGDCU se dicta por parte del gobierno en virtud de una delegación para refundir la LGDCU, que es una normativa relativa a consumidores y que ella se aplicaba solo a estos,

### c. Factor de atribución de responsabilidad

**[334] Facilidad y disponibilidad probatoria.** Según hemos visto, en conformidad al principio de disponibilidad y facilidad probatoria (art. 217.7 LEC), la prueba del cumplimiento diligente de la obligación precontractual de informar de las EC recae sobre ellas. Lo contrario implicaría que los clientes tuviesen que acreditar un hecho negativo: la omisión o defecto de información. Se trata de una conclusión asentada en las decisiones de los tribunales en el ámbito de los servicios financieros. Adicionalmente, las resoluciones de los tribunales suelen basarse en otras consideraciones, por ejemplo, en la de que la ausencia de prueba por parte de la EC se opone a los principios de claridad y transparencia que deben gobernar las buenas prácticas y usos financieros. Y, asimismo, en la circunstancia de que, frecuentemente, son dichas empresas las que ofertan y elaboran los correspondientes productos o servicios.

Ahora bien, si la EC considera probado que ha cumplido diligentemente su obligación precontractual de informar pero, por su parte, el cliente niega que la entidad haya procedido con el cuidado que le resultaba exigible, se hace necesario distinguir entre obligaciones o deberes típicos, supuestos en que la información conflictiva no ha sido exigida por la norma de que se trata y obligaciones deberes atípicos.

**[335] Obligaciones precontractuales de información típicas.** La infracción del deber de transmitir determinada información en virtud de las obligaciones precontractuales de información típicas siempre es imputable al empresario o profesional (a la EC), sin que sea necesaria la concurrencia de culpa o dolo. Esto, considerando la especificidad que caracteriza a dichas obligaciones y que constituyen una carga que recae sobre tales sujetos por el solo hecho de participar en el tráfico económico-jurídico, representando así un riesgo consustancial a su giro<sup>1501</sup>. Teniendo en cuenta que la necesidad de transmitir información impuesta por los deberes precontractuales de información típicos constituye una obligación de resultado, solo puede entenderse cumplida cuando la EC haya demostrado que proporcionó al cliente las informaciones exigidas por la correspondiente norma<sup>1502</sup>. En todo caso, ante la pretendida prueba del cumplimiento de la obligación precontractual de informar por parte de la EC, el cliente podrá acreditar que no se le proporcionó la información preceptiva en manera alguna o que solo se le entregó de forma parcial<sup>1503</sup>. Naturalmente, en todas estas comprobaciones judiciales deberá tenerse a la vista el principio de disponibilidad y facilidad probatoria.

Adviértase, eso sí, que teniendo en cuenta que la obligación de suministrar una información comprensible es de medios, a ella corresponderá aplicar las

---

constituiría un exceso respecto de aquella habilitación la aplicación del régimen de responsabilidad a sujetos no concernidos por la LGDCU. En todo caso, esta solución puede criticarse por discriminatoria, en tanto el régimen de responsabilidad por productos defectuosos del TRLGDCU se aplica a todo perjudicado y no solo a consumidores. Una interesante reflexión acerca de la posibilidad de aplicar la responsabilidad por servicio defectuoso en materia de servicios financieros en PARDO GARCÍA, B., *La comercialización*, pp. 74s.

<sup>1501</sup> Cfr., en general, GARCÍA VICENTE, J., “La contratación”, p. 1483 (nota 93). V. también VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, p. 275.

<sup>1502</sup> V., en general, FABRE-MAGNAN, M., *De l’obligation*, p. 402.

<sup>1503</sup> V., en general, acerca de la carga de la prueba en las obligaciones de resultado, DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, II, p. 282; JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, pp. 174 y 181; e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema*, p. 126.

consideraciones probatorias que veremos más adelante en relación con dicho tipo de obligaciones.

En orden a la verificación del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación precontractual de informar que recae sobre las EC resultará relevante, aunque en modo alguno imprescindible, la existencia de una resolución firme de los organismos supervisores por infracción de las normas de conducta y, en su caso, la confirmatoria del respectivo tribunal contencioso-administrativo<sup>1504</sup>. Por lo demás, aunque una EC cumpla con las normas sobre transparencia aplicables a la contratación de servicios financieros, quedando exenta de una sanción administrativa, igualmente, considerando la trascendencia de dichas normas, podría tener que responder civilmente<sup>1505</sup>.

**[336] Obligaciones precontractuales de información atípicas e informaciones no exigidas expresamente por la correspondiente norma.** En el caso de las obligaciones de información atípicas que recaen sobre las EC (caso de las empresas que contratan servicios bancarios), se requiere la concurrencia de un factor de atribución de responsabilidad: culpa, dolo o riesgo. Este factor también debe concurrir respecto de los clientes que cuentan con una protección en materia de obligación de informar cuando el respectivo texto normativo no haya determinado si la información conflictiva debía revelarse. Esto puede ocurrir, en los servicios bancarios, respecto de las personas físicas y consumidores, y, en los de inversión, de los clientes minoristas. En todo caso, la falta de concurrencia de culpa o dolo, aun cuando obsta a la procedencia de indemnización, no impide que la víctima de un vicio del consentimiento demande la anulación del contrato<sup>1506</sup>.

**[337] Factor de atribución de responsabilidad extracontractual.** Si el cliente de una EC demanda responsabilidad extracontractual por infracción de la obligación precontractual de informar de dicha empresa en los casos mencionados en el epígrafe anterior, se aplica el Capítulo II del Título XVI del CC.

El art. 1902 CC consagra un sistema de responsabilidad aquiliana subjetivo o por culpa aplicable como Derecho común para todos los supuestos que no cuenten con regulación o cuya inclusión en determinado régimen resulte dudosa. El precepto rige para el caso de acciones y omisiones dañosas en que concurra una conducta negligente o dolosa. No obstante, la jurisprudencia, a través de diversos mecanismos, ha ido objetivado este régimen de responsabilidad, atenuando la noción de culpa o prescindiendo de ella. Destaca la inversión de la carga de la prueba de la culpa por medio de la creación de una presunción de culpabilidad en perjuicio de los empresarios.

El 1903 (4) CC también establece un régimen de responsabilidad subjetiva. Consagra una presunción de responsabilidad o una inversión de la carga de la prueba de la culpabilidad en perjuicio del empresario (por culpa propia *in eligendo* o *in vigilando*) por los hechos de sus dependientes (en nuestro caso, los empleados de las EC). Eso sí,

---

<sup>1504</sup> FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A., *Las normas*, p. 567 (respecto de la CNMV).

<sup>1505</sup> SÁNCHEZ ARISTI, R., “De la naturaleza”, p. 1303.

<sup>1506</sup> Acerca de la necesidad de que concurra culpa o dolo para que surja responsabilidad civil por infracción de la obligación precontractual de informar v., en general, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., “El deber”, pp. 162 (agregando que debe concurrir una relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño) y 169.

posibilita la prueba en contrario. En aplicación de dicha norma, puede demandarse al empresario individualmente o en conjunto con sus dependientes, caso en el cual responderán solidariamente. En los supuestos en que no exista una identidad de razón bastante el primero podrá responder por su propio hecho *ex art.* 1902 CC, por omisión en la vigilancia debida<sup>1507</sup>.

Adviértase, en todo caso, que la objetivación de la responsabilidad aquiliana ha evolucionado hasta el grado de situar el factor de atribución de la misma en la noción de riesgo, principalmente empresarial, en detrimento de la clásica figura de la culpabilidad<sup>1508</sup>.

Teniendo en cuenta la objetivación de la responsabilidad extracontractual del empresario, las consideraciones relativas a la concurrencia de culpa o dolo en las EC ceden ante la mera causación de un daño en el marco del riesgo de su actividad empresarial. Este rigor en la aplicación de la responsabilidad a tales entidades se ve reforzado en atención a la normativa que las rige y al tipo de negocio que desempeñan<sup>1509</sup>.

**[338] Factor de atribución de responsabilidad contractual.** En caso de infracción de la obligación precontractual de informar por parte de una EC en los supuestos señalados *supra* § 336, si la responsabilidad demandada por el cliente es la contractual por disconformidad entre lo informado y la prestación podrá operar un factor de imputación del incumplimiento de carácter subjetivo u objetivo<sup>1510</sup>.

Cabe tener en cuenta, en primer lugar, el art. 1101 CC, que opera cuando se incumple una obligación con culpa o dolo. Sin perjuicio de esta norma, conviene tener presente que también en este terreno se ha producido desde un buen tiempo a esta parte una objetivación de la responsabilidad del deudor empresario, lo que ha conducido a prescindir de la concreta apreciación su comportamiento para situar la problemática en la noción de riesgo<sup>1511</sup>. Esta objetivación de la responsabilidad del empresario se aprecia sobre todo en la contratación con consumidores<sup>1512</sup>. También puede suceder, en fin, que las EC tengan que responder contractualmente por la actuación de sus auxiliares<sup>1513</sup>.

Teniendo en consideración la objetivación de la responsabilidad del empresario, el principio de disponibilidad y facilidad probatoria (art. 217.7 LEC), que en aplicación

---

<sup>1507</sup> V., acerca de este párrafo y el anterior, PEÑA LÓPEZ, F., “De las obligaciones”, pp. 2153-2156 y 2158. En las pp. 2160s. menciona los requisitos para que opere la presunción del art. 1903, siendo estos los siguientes: condición de empresario, relación de dependencia –jurídica–, actuación del dependiente en la esfera o con ocasión de las funciones encargadas y culpa del dependiente (también objetivada por la jurisprudencia). Acerca de la responsabilidad de los auxiliares en los servicios financieros v. FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A., *Las normas*, pp. 568 y 571 (respecto de las ESI).

<sup>1508</sup> V. ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, II, pp. 926 y 944s.; y JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, pp. 302-306.

<sup>1509</sup> SÁNCHEZ MIGUEL, M<sup>a</sup>. C., “La responsabilidad”, pp. 2436s.

<sup>1510</sup> En cuanto a los criterios de imputación del incumplimiento contractual v. GÓMEZ POMAR, F., “El incumplimiento”, pp. 10-13.

<sup>1511</sup> JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, p. 299.

<sup>1512</sup> V. AA.VV., CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *El Derecho*, pp. 347s.

<sup>1513</sup> V. FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A., *Las normas*, pp. 568-571 (en relación con las ESI). Y acerca de la responsabilidad contractual por los daños ocasionados por auxiliares, JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, pp. 561-585.

del art. 1183 CC la culpa contractual se presume<sup>1514</sup> y que en los supuestos mencionados *supra* § 336 las obligaciones informativas de las EC son de medios, serán los clientes quienes deban acreditar la existencia de la obligación de informar de la entidad, pero habrán de ser estas empresas las que deban probar su cumplimiento diligente. Lo mismo cabe concluir respecto de las obligación de transmitir una información comprensible y de asesoramiento o consejo. Naturalmente, en su caso, el cliente podrá acreditar que dicho cumplimiento diligente no ha tenido lugar<sup>1515</sup>.

En general, el parámetro de evaluación la diligencia debida en materia de responsabilidad contractual es el cuidado que habría empleado en el cumplimiento de la obligación el modelo objetivo y abstracto de buen padre de familia. No obstante, esta regla puede verse matizada en el caso concreto en atención a la definición de culpa del art. 1104 CC. En su virtud, se deben tener en cuenta, en orden a la determinación de la diligencia exigible, la naturaleza de la obligación y las circunstancias personales, de tiempo y lugar. Es por esto que la jurisprudencia entiende que debe considerarse el ámbito del tráfico o de la vida social en el que se despliega la conducta del deudor. Ambas ideas conllevan que en algunos casos se deba recurrir a una evaluación más rigurosa de la diligencia. Destaca el supuesto en que el deudor es un profesional en el ámbito de que se trate. En esta hipótesis se debe tener especialmente en cuenta la *lex artis*, constituida por el conjunto de conocimientos y técnicas de la respectiva profesión<sup>1516</sup>.

No cabe duda de que el anterior es el caso de las EC, que son profesionales del mercado financiero. La conducta de dichas empresas debe evaluarse conforme al estándar de las “buenas prácticas”. Sin perjuicio de lo que en cada caso resuelvan los jueces o árbitros, dichas “buenas prácticas” están definidas en el art. 2.4 Orden ECC/2502/2012, según el cual se consideran como tales “aquellas que, sin venir impuestas por la normativa contractual o de supervisión ni constituir un uso financiero, son razonablemente exigibles para la gestión responsable, diligente y respetuosa con la clientela de los negocios financieros”.

La precedente conclusión trasciende la esfera contractual, resultando aplicable a todo el ámbito de la responsabilidad de las EC, incluido el extracontractual. Así, considerando que estas son empresas de elevada cualificación y organizadas para desplegar una actividad particular y de gran trascendencia económica, se les debe demandar un grado de cualificación que sobrepasa el exigible en otros sectores. Por esto es que la responsabilidad que les resulta exigible frente a sus clientes debe conformarse con las

---

<sup>1514</sup> Aplica este criterio, en un caso de responsabilidad contractual de una EC (si bien no referido al deber precontractual de informar), la STS 28-3-05 (FD 3).

<sup>1515</sup> V., en general, acerca de la carga de la prueba en las obligaciones de medios, DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, II, pp. 282 y 745; JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, pp. 111, 176, 273 y 460ss.; SÁNCHEZ ARISTI, R., “De la naturaleza”, p. 1300; e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema*, p. 126. Respecto de la carga de la prueba en los servicios de inversión v. FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A., *Las normas*, pp. 575ss.; y PARDO GARCÍA, B., *La comercialización*, pp. 87s.

<sup>1516</sup> Cfr. BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y., “El caso”, p. 231 (respecto de las EC); DEL OLMO GARCÍA, P., “Responsabilidad”, pp. 363s.; DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, II, pp. 119s. y 282s.; JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, pp. 118-127, 460 y 466-471; SÁNCHEZ ARISTI, R., “De la naturaleza”, pp. 1300-1302; e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema*, pp. 226s. Incluso, si se tiene en cuenta el art. 1105 CC, podría llegarse a la aplicación de responsabilidad con prescindencia de la concurrencia de culpa o dolo, bastando con el hecho objetivo del incumplimiento. JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, pp. 115s.

características de dicha actividad. De este modo, es pacífico que a las EC debe exigirse el grado o tipo de responsabilidad propio de un empresario o profesional y no el del “buen padre de familia”<sup>1517</sup>.

En efecto, son abundantes las sentencias que consideran que la diligencia exigible a las EC es la correspondiente al empresario ordenado y representante leal en la defensa de los intereses de los clientes<sup>1518</sup>. A modo de ejemplo reciente, puede mencionarse la STS 20-1-03 (FD 4). Esta resolución, respecto de un contrato de comisión bursátil (adquisición de pagarés) celebrado con una ESI cuyos socios mayoritarios eran EC y prestamistas de la emisora, da lugar a responsabilidad civil (restitución de las sumas no recuperadas invertidas en dichos pagarés más los intereses legales desde la interposición de la demanda). La sentencia aplica los arts. 1726 CC, 255 del Código de Comercio y 81 de la entonces vigente LMV. El TS considera que la empresa actuó al menos con “ligereza”, o sea, sin el *cuidado exigible a los comerciantes*. Esto, por cuanto los antecedentes de que se disponía en su entorno más inmediato permitían presumir la existencia de un elevado riesgo que obstaba a estimar la inversión recomendada como segura y fiable<sup>1519</sup>.

Luego, la SAP Álava (1) 15-9-11 (FD 3) señala que “(l)a doctrina destaca que tal contrato (*de depósito y administración de valores*) obliga a una gestión prudente, conforme haría un ordenado comerciante, aunque con el plus de especial pericia que denota que el ordenamiento jurídico haya reservado a entidades de crédito. Y obliga a una actuación leal a los intereses del cliente, presidida por la buena fe y por la exigencia de actuar exclusivamente en beneficio de aquél, absteniéndose de obtener provecho

---

<sup>1517</sup> Entre otros muchos v. SÁNCHEZ MIGUEL, M<sup>a</sup>. C., “La responsabilidad”, pp. 2432s. (citando las STS 20-5 y 15-7-88), 2435 y 2439s.; y NAVARRO GANCEDO-RODRÍGUEZ, F., “La información”, pp. 76s.

<sup>1518</sup> V. MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización*, p. 87; y MORALEJO, I., “Las nomas”, p. 348.

<sup>1519</sup> Asimismo, la STS 18-4-13 (FD 7), referida al contrato de gestión de cartera, señala que “(d)ada su complejidad (*la de los valores negociables*), solo son evaluables en aspectos tales como la rentabilidad, la liquidez y el riesgo por medio de un proceso informativo claro, preciso y completo. La información es muy importante en este ámbito de la contratación. De ahí el estándar elevado impuesto al profesional en la normativa que ha sido examinada. El suministro de una deficiente información por parte de la empresa que presta servicios de inversión al cliente puede suponer una negligencia determinante de la indemnización de los daños y perjuicios causados ... Lo relevante es que ese plus de buena fe y diligencia a observar por la empresa que actúa en el mercado de valores exige que ésta ponga de manifiesto al cliente la incoherencia existente entre el perfil de riesgo elegido (que por los términos en que se define, riesgo muy bajo, bajo, medio, alto o muy alto, es fácilmente comprensible) y los productos de inversión aceptados por el cliente (productos cuya comprensión cabal exige conocimientos expertos en el mercado de valores) y de este modo asegurarse que la información facilitada al cliente es clara y ha sido entendida”. La STS está reseñada y comentada en LYCZKOWSKA, K., “Responsabilidad”, pp. 1-7. También resulta relevante la STS 15-7-88 (FD 3), que señala que “(l)a diligencia exigible, en este caso, no es la de un buen padre de familia, sino la que corresponde al demandado como Banco, comerciante experto que, normalmente, ejerce funciones de depósito y comisión, por lo cual, según establecen los artículos 255 y 307 del Código de Comercio, se le exige un cuidado especial en estas funciones, sobre todo si se tiene en cuenta que las entidades bancarias encuentran una buena parte de su justo lucro, en tales cometidos”. En fin, la SAP Zaragoza (4) 10-5-13 (FD 9) indica que “en la comercialización de productos bancarios y financieros tiene una relevancia fundamental la exigibilidad de un cierto comportamiento de los oferentes o –cuando menos– comercializadores de esos productos. La legislación sectorial no ha hecho sino recoger ese “plus” de diligencia necesario en un sector del tráfico jurídico dotado de una especial complejidad terminológica, conceptual y de desarrollo”.

propio de los actos de administración que se realizan en nombre y por cuenta del cliente»<sup>1520</sup>.

#### d. El daño

##### i. Preliminar

**[339] Reglas y principios generales en materia de daño indemnizable.** Antes de estudiar las diversas hipótesis indemnizatorias en caso de infracción de la obligación precontractual de informar de las EC conviene recordar algunas ideas básicas relativas a la responsabilidad civil.

De conformidad con las reglas y principios generales de dicha responsabilidad, se deben resarcir tanto los daños patrimoniales como los extrapatrimoniales, a condición de que estén conectados directamente con la conducta que los hubiera provocado y sean reales y efectivos. En términos generales, son indemnizables el daño emergente (valor de la pérdida experimentada), el lucro cesante (ganancia dejada de percibir) y el daño moral (básicamente, los menoscabos a derechos de la personalidad)<sup>1521</sup>.

La prueba de la existencia y cuantía del daño corresponde al perjudicado que reclama su resarcimiento, en nuestro caso, el cliente de la EC<sup>1522</sup>. No obstante, habrá casos en que dicha prueba no será necesaria, como cuando el incumplimiento sea *per se* constitutivo de un detrimento o frustración en los intereses materiales o morales o en la economía del actor<sup>1523</sup>; cuando nos encontremos ante un supuesto de vicio del consentimiento, en que bastará la acreditación de este en orden a la reparación<sup>1524</sup>; y cuando se demande exclusivamente el interés legal en el caso de las obligaciones dinerarias<sup>1525</sup>. Esta última hipótesis resulta particularmente relevante en la contratación con EC, en que las obligaciones entre estas y sus clientes suelen ser de carácter dinerario.

**[340] Daño indemnizable en caso de infracción de la obligación precontractual de informar.** Por lo que concierne al tema de este trabajo, la indemnización por la

---

<sup>1520</sup> Las cursivas son mías. Pueden consultarse también las SAP Asturias (7) 10-12-10 (FD 3) y 16-12-10 (FD 3); Orense (1) 1-12-11 (FD 3); Pontevedra (1) 7-4-10 (FD 7), 14-4-11 (FD 7) y 30-9-11 (FD 5); Santa Cruz de Tenerife (3) 2-5-11 (FD 3) –que apunta a la mayor diligencia requerida al informar con arreglo a la *lex artis*–; Soria (1) 10-10-11 (FD 2); Toledo (1) 2-11-11 (FD 4); Zamora (1) 22-9-11 (FD 7) –las tres remitiéndose a la SAP Valencia de 26-4-06–; y Zaragoza (5) 24-11-11 (FD 22). Todas referidas a *swaps* de tipos de interés. También pueden consultarse las SAP Valencia (9) 14-11-05 (FD 5) y 26-4-06 (FD 3). En fin, en caso de que una EC infrinja las normas sobre publicidad que le resultan aplicables, conforme al art. 33.1 LCD, el perjudicado directamente en sus intereses económicos, el amenazado por la conducta desleal o el afectado por la publicidad ilícita, que tienen derecho a indemnización, deben probar la culpa o dolo de la entidad. BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, pp. 510s.

<sup>1521</sup> V. CARRASCO PERERA, Á., *Derecho*, pp. 1173s., 1176s. y 1199ss.; PEÑA LÓPEZ, F., “De las obligaciones”, p. 2154 (respecto de la responsabilidad extracontractual); SÁNCHEZ ARISTI, R., “De la naturaleza”, pp. 1306-1309 (respecto de la contractual –con cita de la STS 28-3-05, que impone indemnización por daño moral a una EC–); e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema*, pp. 150ss.

<sup>1522</sup> V. BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, p. 511 (respecto de la publicidad ilícita); DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, II, pp. 793s.; FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A., *Las normas*, p. 585 (respecto del inversor); y GÓMEZ POMAR, F., “El incumplimiento”, p. 20. En cuanto a las resoluciones que en la contratación con EC explican esta regla con detalle v. la SAP Toledo (1) 2-11-11 (FD 6).

<sup>1523</sup> GÓMEZ POMAR, F., “El incumplimiento”, p. 20.

<sup>1524</sup> MORALES MORENO, A-M., “¿Es posible”, p. 411; y ROJO AJURIA, L., *El dolo*, p. 121.

<sup>1525</sup> CARRASCO PERERA, Á., *Derecho*, pp. 1178 y 1220.

infracción de la obligación precontractual de informar de la EC se fundamenta, dependiendo del supuesto ante el que nos encontremos, en el daño constituido por el fracaso del contrato pretendido (cuando se anula) o en la vinculación a uno cuyas condiciones difieren de las consideradas al contratar (cuando se mantiene en vigor)<sup>1526</sup>.

Simplificando la cuestión, en el primer caso se resarce el llamado daño contractual negativo (interés de confianza) y, en el segundo, básicamente, el daño contractual positivo (interés de cumplimiento)<sup>1527</sup>. Sin embargo, en este segundo supuesto también procede, en su caso, la indemnización del interés negativo constituido por el lucro cesante de los negocios desconsiderados para concluir el contrato incumplido (lucro cesante negativo o de confianza)<sup>1528</sup>. Según veremos, la indemnización de ambos intereses se extiende a los correspondientes daño emergente y lucro cesante.

En el Derecho español, la mayor parte de la doctrina opina que, en caso de frustración del contrato, la responsabilidad precontractual solo se extiende a la indemnización del interés de confianza, si bien suele referirse en esencia a la ruptura injustificada de tratos<sup>1529</sup>. No obstante, igualmente acepta la indemnización por el interés en el cumplimiento del contrato en determinados supuestos. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el CC no limita la indemnización por responsabilidad precontractual al interés negativo. Es más, ni siquiera distingue entre interés negativo y positivo en orden a la delimitación del daño resarcible, prevaleciendo a este efecto en dicho cuerpo legal la exigencia de la relación de causalidad<sup>1530</sup>. De modo específico, según hemos visto, en caso de que la infracción de la obligación precontractual de informar de la EC se traduzca en el incumplimiento del contrato, lógicamente deberá indemnizarse al cliente por el daño ocasionado al interés positivo, sin perjuicio del resarcimiento, en su caso, del llamado lucro cesante negativo o de confianza.

**[341] Interés negativo.** Cuando se incumple la obligación precontractual de informar de la EC, la lesión del interés negativo proviene de un *daño a la confianza*, constituido

---

<sup>1526</sup> V., en general, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., “El deber”, p. 162.

<sup>1527</sup> Acerca de esta distinción v. CARRASCO PERERA, Á., *Derecho*, pp. 1178s.; GÓMEZ POMAR, F., “El incumplimiento”, pp. 19-25; y LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, T. I., pp. 195s. La distinción entre interés negativo y positivo procede de Ihering. El primero, en concepto del autor, es el interés en la ausencia de conclusión del contrato en los supuestos de invalidez del mismo. En este caso, la indemnización solo implica que el perjudicado quede en la misma posición en que se encontraba antes de la celebración del contrato, sin que cubra la prestación comprometida, al no poder emanar de un contrato nulo la obligación de cumplir. El segundo consiste en el interés en el mantenimiento y ejecución del contrato válidamente concluido. Ambos resarcimientos procederían ante pérdidas positivas (v. gr., gastos de conclusión y ejecución de la convención) y ante ausencia de ganancias (v. gr., frustración de oportunidades de mejor contratación). La anterior nomenclatura resulta criticable por vincular interés negativo y contrato inválido e interés positivo y contrato válido. V. ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad”, pp. 905s.; GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, pp. 230-232; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., “El deber”, pp. 167s.; y VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, pp. 218-220.

<sup>1528</sup> CARRASCO PERERA, Á., *Derecho*, p. 1185.

<sup>1529</sup> Así, ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad”, pp. 905s.; ASÚA GONZÁLEZ, C., *La culpa*, p. 288; BLASCO GASCÓ, F. de P., “El Contrato”, p. 45; DE VERDA Y BEAMONTE, J., “La reticencia”, p. 150 (respecto del dolo); DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, p. 325; GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*, p. 35; JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, pp. 126s.; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad*, p. 340; MANZANARES SECADES, A., “La responsabilidad”, pp. 716ss.; MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, p. 565 (respecto del dolo); NASARRE AZNAR, S., “II-3:109: Remedios”, p. 245; y RIVERO HERNÁNDEZ, F., “La formación”, p. 400.

<sup>1530</sup> MORALES MORENO, A-M., (Comentario a los) “Artículos 1269 y 1270”, pp. 411s.



por aquel que el perjudicado podría haber soslayado de no haber confiado (sin negligencia) en que en la fase precontractual su contraparte observaría los deberes derivados de la buena fe. Así, se trata de un interés cuya indemnización procede, en primer lugar, ante la frustración del contrato derivada de la nulidad y cuyo resarcimiento busca devolver al perjudicado a la situación en la que se hallaría de no haber celebrado el contrato<sup>1531</sup>. Asimismo, cabe reiterar que cuando la infracción de la obligación precontractual de informar de la EC incide en el incumplimiento del contrato, también se podrá indemnizar al perjudicado, en su caso, por el interés negativo constituido por el lucro cesante negativo o de confianza.

La indemnización del interés negativo comprende los gastos realizados por el perjudicado (daño emergente) y la frustración de ganancias (lucro cesante). Dentro de los primeros se subsumen los gastos efectuados para el desarrollo de la fase precontractual (v. gr., tiempo dedicado y gastos incurridos), para la suscripción del contrato (v. gr., asesoría letrada y recopilación y gestión de documentos) y para solicitar o recibir la prestación frustrada (inversiones realizadas en la confianza de que el negocio jurídico se cumpliría). Dentro del lucro cesante resultarían resarcibles la pérdida de otras oportunidades de contratación y los beneficios derivados de estas (lucro cesante negativo), si bien debe consignarse que, en rigor, la indemnización de esta última partida implicaría que lo que en definitiva resulta resarcido es el interés positivo<sup>1532</sup>.

Adviértase que aun cuando existe consenso en que la infracción de los deberes precontractuales da lugar a la indemnización del daño emergente (patrimonial y extrapatrimonial)<sup>1533</sup>, se ha discutido si hace procedente el resarcimiento del lucro cesante por pérdida de oportunidades de contratar. Eso sí, cabe insistir en que la mayoría de la doctrina se refiere en esencia a la responsabilidad derivada de la ruptura injustificada de tratos preliminares<sup>1534</sup>.

---

<sup>1531</sup> V. ASÚA GONZÁLEZ, C., *La culpa*, pp. 61s. y 67s.; MEDINA ALCOZ, M<sup>a</sup>., “La ruptura”, p. 88; e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema*, pp. 146s. Los proyectos de Derecho contractual europeo también contemplan la indemnización del interés negativo. El art. 4:117 (1) PECL circunscribe la indemnización a que tiene derecho la parte perjudicada a un monto que le posibilite retornar a una situación lo más semejante a la que tendría de no haberse celebrado el contrato. El apartado 2 la limita, para el caso de la parte que teniendo derecho a anular la convención no lo ejerce o lo pierde, a las pérdidas sufridas a consecuencia del vicio del consentimiento o del beneficio excesivo o ventaja injusta. Termina señalando que dichos criterios se aplican también para el cálculo de los daños cuando la parte hubiera actuado erróneamente en función de una información incorrecta en el sentido del art. 4:106. V. COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, LANDO, O. y BEALE, H. (Edits.), *Principles*, pp. 50 y 280-284; y GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., “La responsabilidad precontractual en la Propuesta”, p. 13 (respecto del apartado 1). V. también los arts. II. 7:204 (responsabilidad en caso de error por información incorrecta) y II. 7:214 (responsabilidad en caso de vicios del consentimiento) DCFR.

<sup>1532</sup> V. GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, pp. 232s. y “La responsabilidad precontractual en la Propuesta”, p. 8; GÓMEZ POMAR, F., “El incumplimiento”, p. 24.; y VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, pp. 220s.

<sup>1533</sup> V. ASÚA GONZÁLEZ, C., *La culpa*, pp. 70 y 288; BLASCO GASCÓ, F. de P., “El Contrato”, p. 45; DE VERDA Y BEAMONTE, J., “La reticencia”, pp. 151s. (respecto del dolo); GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, p. 239; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad*, p. 340; MANZANARES SECADES, A., “La responsabilidad”, pp. 745s.; y VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, p. 220.

<sup>1534</sup> V. GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, p. 239. A favor, ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad”, pp. 905s.; DE VERDA Y BEAMONTE, J., “La reticencia”, p. 152; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad*, p. 340; NASARRE AZNAR, S., “Malas prácticas”, p. 2694; y VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, p. 221. DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, p. 325, opina a favor para el caso en que una parte viola el deber de buena fe y se genera

En mi opinión, la pérdida de oportunidades de contratar (debidamente demostrada) por infracción de la obligación precontractual de informar de las EC sí resulta resarcible, porque conforme a las reglas y principios generales en materia de responsabilidad civil se deben indemnizar todos los perjuicios conectados causalmente con la conducta dañosa, incluido todo lucro cesante<sup>1535</sup>.

**[342] Interés positivo.** El interés positivo o de cumplimiento es “la expectativa económica a la que el acreedor puede legítimamente aspirar en el contrato”<sup>1536</sup>. La indemnización relativa a dicho interés aspira a reconstruir la situación patrimonial en que se encontraría el perjudicado de haberse realizado y cumplido el negocio jurídico o de no haber sido privado, en virtud del incumplimiento del mismo, de lo que podría y debería haber conseguido<sup>1537</sup>. Así, dicho interés resulta indemnizable cuando el acreedor demuestra que el contrato se hubiese celebrado correctamente de no haber infringido su contraparte de forma negligente los imperativos de la buena fe<sup>1538</sup>.

Las partidas que comprende la indemnización del interés positivo son el daño emergente y el lucro cesante. En este segundo sentido, se indemnizan los beneficios y oportunidades perdidos, siempre que no sean “especulativos, inciertos o imaginarios”<sup>1539</sup>. Más precisamente, en este caso se indemniza el incremento patrimonial neto (descontados los costes) o la ganancia que el acreedor deja de obtener a consecuencia del incumplimiento del contrato por parte del deudor, que debe distinguirse de la indemnización del lucro cesante negativo o de confianza, previamente referido<sup>1540</sup>.

El importe y alcance de la indemnización por el interés positivo pueden verse reducidos en aplicación del art. 1107 CC, de la compensación de culpas o de la obligación del contratante afectado de mitigar el daño<sup>1541</sup>.

---

la nulidad del contrato, pero se manifiesta en contra en caso de ruptura de negociaciones. También opina en contra MANZANARES SECADES, A., “La responsabilidad”, pp. 747s. BLASCO GASCÓ, F. de P., “El Contrato”, pp. 45-47, opina favorablemente para determinados supuestos y en contra para otros.

<sup>1535</sup> V. ASÚA GONZÁLEZ, C., *La culpa*, pp. 288s.; GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, pp. 241s. (con argumentos que si bien aluden a la responsabilidad por ruptura injustificada de tratos, igualmente resultan aplicables a la infracción de cualquier deber precontractual teniendo en cuenta las aludidas reglas y principios generales); y VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, pp. 228s.

<sup>1536</sup> CARRASCO PERERA, Á., *Derecho*, p. 1178.

<sup>1537</sup> V. ASÚA GONZÁLEZ, C., *La culpa*, p. 67; CARRASCO PERERA, Á., *Derecho*, p. 1178; DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, II, pp. 787s.; GÓMEZ POMAR, F., “El incumplimiento”, p. 19; e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema*, p. 146.

<sup>1538</sup> V. GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P. *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, pp. 234s. (aludiendo a la doctrina alemana y suiza); MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., “El deber”, p. 173 (basándose en la solución del Código de las Obligaciones de Suiza); y VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, pp. 222-224.

<sup>1539</sup> GÓMEZ POMAR, F., “El incumplimiento”, p. 20. Adviértase, eso sí, que la contraprestación debida por el dañador, que es la principal partida del interés de cumplimiento, no constituye, en rigor, un daño en el interés de cumplimiento, sino la deuda contractual. CARRASCO PERERA, Á., *Derecho*, p. 1179

<sup>1540</sup> CARRASCO PERERA, Á., *Derecho*, p. 1184s. En cuanto al lucro cesante negativo v. el epígrafe anterior.

<sup>1541</sup> GÓMEZ POMAR, F., “El incumplimiento”, pp. 22s. Cabe tener presente que el montante de la indemnización relativa al interés negativo podría superar al del interés positivo, por ejemplo en los supuestos de pérdida de mejores oportunidades de contratar. Esto, por cuanto en materia de responsabilidad deben indemnizarse todos los detrimentos causalmente conectados con la conducta dañosa. Por lo demás, el CC español no cuenta con un precepto expreso que limite la indemnización del interés negativo a la suma que corresponda por el positivo. En todo caso, en los supuestos en que el

## ii. Diversidad de hipótesis.

[343] **Síntesis.** Cabe aplicar ahora las anteriores consideraciones a la infracción de la obligación precontractual de informar de las EC. En este sentido, corresponde distinguir las diversas hipótesis de que he dado cuenta a lo largo de este capítulo. Me refiero, por una parte, a los supuestos de anulación y nulidad del contrato y, por otra, al de incumplimiento del mismo. Adicionalmente, cabe tratar de forma separada los casos en que dicha infracción proviene de una conducta dolosa de la EC<sup>1542</sup>.

[344] **Anulación y nulidad del contrato.** En caso de que el incumplimiento de la obligación precontractual de informar de la EC de lugar a la anulación o a la nulidad del contrato, la principal consecuencia es que ambas partes deberán proceder a las restituciones mutuas de las prestaciones con efecto retroactivo, esto es, del principal más los intereses (art. 1303 CC)<sup>1543</sup>. No obstante, cabe recordar que la aplicación de este efecto ha sido relativizada recientemente por la STS (Sala de lo Civil, Pleno) 9-5-13, que declara la nulidad por abusividad derivada de la falta de transparencia de las cláusulas suelo en unos préstamos con garantía, sin aplicar dicha sanción con efecto retroactivo.

Adicionalmente, según he señalado, junto a la consecuencia patrimonial propia de la nulidad, el cliente, habiéndolo solicitado, podrá obtener una indemnización por los perjuicios que se le hayan generado a consecuencia de la infracción de la obligación precontractual de informar de la EC, siempre que concurren los requisitos de la responsabilidad civil. De manera que aparte de las restituciones recíprocas a que da lugar la nulidad, el cliente podrá obtener un resarcimiento por los detrimentos que le haya ocasionado la conducta de la EC. Por lo que concierne al daño emergente, el pago de los intereses que procede como efecto propio de la declaración de nulidad debería

---

afectado demuestre meramente una *hipotética* pérdida derivada de no haber podido contratar en idénticas condiciones a las que lo hizo, dicha pérdida coincidirá, en la mayor parte de los supuestos, con el interés positivo. No obstante, en aquellos casos en que el perjudicado pruebe haber descartado *en concreto* una mejor posibilidad de contratar sí podría ser beneficiado con un montante resarcitorio por su interés negativo superior al correspondiente al positivo. En este evento, en orden a evitar que la indemnización resulte desproporcionada, el tribunal podrá ejercer la facultad moderadora que le concede el art. 1103 CC. Cfr. GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, pp. 235s. (aludiendo a la doctrina alemana y suiza) y 246-251. La autora expone la tesis de la doctrina según la cual la limitación consistente en que la indemnización por el interés negativo no puede superar la del positivo estaría recogida en el art. 1107.1 CC. Este precepto señala que el deudor de buena fe debe responder de los perjuicios previstos y previsibles al tiempo de nacer la obligación, sin que los derivados de la pérdida de otras oportunidades mejores de contratar puedan incardinarse dentro de los previsibles. De esta solución, ya que el art. se refiere al deudor de buena fe, quedan excluidos los deudores que actúan con dolo o culpa lata, que deben responder de todos los detrimentos conocidos. En todo caso, en la p. 246, la autora precisa que en los supuestos en que proceda una mera modificación contractual (*v. gr.*, ajuste del precio pagado en caso de dolo incidental), el debate carece de importancia, al coincidir ambos intereses. V. también BLASCO GASCÓ, F. de P., “El Contrato”, p. 45 (nota 46) –respecto de la ruptura injustificada de tratos-; GALGANO, F., *El negocio jurídico*, p. 464; y VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad*, pp. 221s. En contra de que la indemnización por el daño negativo supere a la del positivo en la responsabilidad contractual se manifiesta CARRASCO PERERA, Á., *Derecho*, p. 1184.

<sup>1542</sup> En relación con los daños indemnizables cuando la EC infringe las normas sobre publicidad (publicidad ilícita) v. BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, p. 511. El autor indica que en estos casos el daño emergente estará representado por los gastos contractuales, de asesoramiento o de información que se hayan fundado en la publicidad. Y el lucro cesante por los gastos provenientes de la venta o realización en el mercado de instrumentos financieros para contratar el producto comercializado mediante la publicidad ilícita.

<sup>1543</sup> V. CARRASCO PERERA, Á., *Derecho*, pp. 705s.

cubrir dicho tipo de detrimento. Así, la indemnización de perjuicios en este caso tendría sentido para el cliente sobre todo si junto con tales intereses se le concediera indemnización por la pérdida de oportunidades de contratar, lo cual supone, naturalmente, que la haya solicitado.

Un ejemplo ilustrativo en el anterior sentido podría ser, una vez más, el de la contratación de participaciones preferentes. De considerarse que en el caso concreto la EC ha incumplido su obligación precontractual de informar con la subsiguiente nulidad o anulación del contrato, el cliente perjudicado podría obtener (habiéndolo solicitado), aparte del daño emergente, la reparación del detrimento ocasionado por la pérdida de mejores oportunidades de contratar, principalmente a partir del momento en que el producto dejó de reportarle beneficios. Ello, sobre todo si se demuestra que la entidad comercializó las participaciones preferentes como si se tratara de un depósito. A dicho efecto, *v. gr.*, el cliente podría probar la pérdida de la oportunidad de contratar un depósito con rendimientos de mercado en la misma entidad o en otra similar durante el periodo por el cual se estime que, de acuerdo a lo informado por la EC, debería haber percibido beneficios.

**[345] Incumplimiento del contrato.** Por otra parte, según vimos, si el incumplimiento de la obligación precontractual de informar de una EC repercute sobre el objeto y contenido del contrato y provoca problemas de incumplimiento, considerando que lo pertinente en este caso es la aplicación del régimen de la responsabilidad contractual, al cliente se le debe indemnizar por su interés positivo, que es la regla general en materia de incumplimiento contractual<sup>1544</sup>. Esta conclusión se ve reforzada, en materia de publicidad, por la regla sobre integración contractual de la misma (art. 1258 CC y 61 TRLGDCU), conforme a la cual el cliente resulta satisfecho en el referido interés<sup>1545</sup>. En estos supuestos corresponde aplicar el art. 1124 CC, que prescribe que el perjudicado tiene derecho al resarcimiento de los daños y al abono de los intereses. Los perjuicios que deberán indemnizarse son el daño emergente y el lucro cesante (art. 1106 CC)<sup>1546</sup>.

En primer lugar, en caso de que el acreedor de la obligación precontractual de informar infringida (el cliente de la EC) decida prevalerse de la responsabilidad contractual por

---

<sup>1544</sup> V., en general, DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, II, pp. 787s.; y GÓMEZ POMAR, F., “El incumplimiento”, p. 20.

<sup>1545</sup> V. GÓMEZ POMAR, F., “El incumplimiento”, p. 20. De esta forma proceden los arts. II.-3.109 (2) DCFR (v. VON BAR, C., CLIVE, E., SCHULTE-NÖLKE, H. *et al.* (Edits.), *Principles*, p. 192) y 4:106 y 4:117 PECL (v. COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, LANDO, O. y BEALE, H. (Edits.), *Principles*, pp. 50 y 280-284).

<sup>1546</sup> Un tratamiento en detalle de estos dos tipos de daño en CARRASCO PERERA, Á., *Derecho*, pp. 1199ss. En caso de entenderse que resulta aplicable a las EC la responsabilidad contractual por servicio defectuoso contemplada por el TRLGDCU (lo que he descartado) correspondería aplicar el art. 129.1 de dicho Texto. Este señala que la indemnización se extiende a los daños personales y materiales, a condición de que estos afecten a servicios objetivamente destinados al uso privado y hayan sido empleados principalmente de esta forma por el perjudicado. El precepto excluye los daños morales, que, a tenor del art. 128, deben demandarse en conformidad a las reglas generales sobre responsabilidad contractual o extracontractual, según proceda. Sin embargo, por lo que concierne a los servicios, el art. 129.1 debe entenderse nulo en cuanto a la exclusión de los daños morales, al superar esta el ámbito de la delegación al gobierno para refundir la LGDCU, en que eran resarcibles todos los menoscabos, incluidos los morales. V. PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup>. Á., “Responsabilidad”, pp. 438-440 y 443, y, en cuanto al ámbito temporal que cubre la indemnización en términos generales y en la esfera del consumo (arts. 576 LEC y 134 TRLGDCU), las pp. 472s.

incumplimiento de lo pactado, su interés positivo se puede satisfacer, cuando resulta posible, mediante el cumplimiento o a través de la indemnización de perjuicios<sup>1547</sup>.

A modo de ejemplo, en caso de concurrir la relación de asesoramiento o de gestión de cartera en los servicios de inversión, los incumplimientos informativos acaecidos en el contexto de dichas relaciones pero con carácter previo a la contratación del correspondiente instrumento financiero, como sería, *v. gr.*, el otorgamiento de una información defectuosa acerca de la naturaleza o características del mismo, que redundaría en el incumplimiento del contrato relativo al referido instrumento, darían lugar, reuniéndose los requisitos de la responsabilidad civil, al resarcimiento por el interés contractual positivo. Asimismo, en la contratación de participaciones preferentes emitidas por la misma EC comercializadora, cuando el cliente pruebe que le fueron “vendidas” con defectos en la información, *v. gr.*, como si se tratasen de un depósito, podría instar el cumplimiento del contrato, esto es, el pago de los intereses correspondientes y, llegado el vencimiento del producto, conforme a la fecha indicada en su día por la entidad (siempre que se acredite), la devolución del importe del mismo. En fin, en los supuestos de contratación de “depósitos estructurados”, también la prueba de que el cliente contrató el producto como si fuese un depósito tradicional podría llevar al tribunal a imponer a la EC la devolución del capital (íntegro) y el pago de los respectivos intereses.

Según también vimos, el cliente de la EC igualmente puede demandar la resolución por incumplimiento del negocio jurídico derivado de la infracción de la obligación precontractual de informar de aquella empresa más la indemnización de perjuicios. En estos casos corresponde aplicar el art. 1123 CC, en virtud del cual las partes deberán restituirse lo que hubieran percibido en virtud del contrato (el principal) y, asimismo, el art. 1124, que señala que el perjudicado tiene derecho al resarcimiento de los daños y al abono de los intereses. Así, el cliente que demanda la resolución al efecto de conseguir la devolución del principal, podrá también demandar y obtener la indemnización de aquellos perjuicios que la restitución de prestaciones derivada de la resolución no logre eliminar en orden a quedar situado en la posición de utilidad que podría haber aprovechado de haber tenido lugar la realización plena del negocio jurídico<sup>1548</sup>. Adviértase, eso sí, que cuando el perjudicado solicita, vía acción de resolución, el exacto cumplimiento del contrato resuelto, lo que demanda en esencia es un verdadero cumplimiento por equivalente, razón por la cual en estos casos se habla de “resolución impropia”<sup>1549</sup>.

De modo específico, en caso de resolución, el perjudicado tiene derecho a solicitar, aparte de la devolución del principal, la diferencia en dinero entre la ganancia que esperaba obtener del contrato y el coste total de su propio cumplimiento debido<sup>1550</sup>. En segundo término, tiene derecho a la reparación por la pérdida de la oportunidad de haber concluido contratos similares con terceros. En estas hipótesis, aun cuando teóricamente

---

<sup>1547</sup> V., en general, CARRASCO PERERA, Á., *Derecho*, p. 1179; MORALES MORENO, A-M., “¿Es posible”, p. 420 y, respecto de los servicios de inversión, FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A., *Las normas*, pp. 585s.

<sup>1548</sup> GÓMEZ POMAR, F., “El incumplimiento”, p. 30.

<sup>1549</sup> CARRASCO PERERA, Á., *Derecho*, p. 1182; y GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, p. 243.

<sup>1550</sup> CARRASCO PERERA, Á., *Derecho*, p. 1182.

el resarcimiento cubre el interés negativo, en ocasiones resultará difícil distinguirlo de una indemnización por el interés positivo<sup>1551</sup>.

En definitiva, en caso de incumplimiento del contrato por infracción de la obligación precontractual de informar de las EC, aparte de la indemnización por el daño emergente, el perjudicado tendrá derecho al resarcimiento por el lucro cesante neto (ganancias dejadas de percibir a consecuencia del incumplimiento) y, en su caso, por el lucro cesante negativo o de confianza (contratos no celebrados por haberse celebrado el incumplido)<sup>1552</sup>.

En relación con el alcance de los perjuicios indemnizables por el incumplimiento del contrato derivado de la infracción de la obligación precontractual de informar de la EC cabe tener en cuenta algunas ideas adicionales.

En primer lugar, teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 1107 CC, el alcance de la indemnización en caso de incumplimiento del contrato depende de si la conducta del deudor fue culposa o dolosa. En el primer caso, se debe responder de los perjuicios previstos y previsibles al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento. La previsibilidad de los daños puede construirse teniendo en cuenta los usos del sector en que despliegue su actividad el deudor o, más genéricamente, la buena fe. En el segundo supuesto, se debería responder de todos los detrimentos que conocidamente provengan de la ausencia de cumplimiento. No obstante, la doctrina se manifiesta favorable a aplicar al deudor doloso el mismo juicio de imputación de los daños que aplica al culposo, en tanto que solo se debe responder por aquellos daños que sean una consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. También la jurisprudencia suele tratar a ambos deudores de igual manera por lo que concierne al alcance de la indemnización<sup>1553</sup>.

---

<sup>1551</sup> V. GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, pp. 242-244.

<sup>1552</sup> V., en general, CARRASCO PERERA, Á., *Derecho*, pp. 1184s. En materia de indemnización por pérdida de oportunidades en la contratación con EC cuando se ha infringido la obligación de informar resulta interesante la SAP Madrid (14) 23-12-12 (FD 12). Esta resolución, aun cuando da por cumplidos las obligaciones de información y asesoramiento que recaían sobre la EC al recomendar la adquisición de acciones de una sociedad extranjera (afectada posteriormente por una importante caída de las mismas), considera vulneradas dichas obligaciones durante la vigencia del contrato por ausencia de información oportuna respecto de la evolución de la inversión. Ante dicha situación, declara la responsabilidad civil de la entidad por incumplimiento contractual. Cifra el detrimento en la pérdida de la oportunidad de vender las acciones con posterioridad a la caída de su cotización. No obstante, modera la indemnización, en conformidad al art. 1103 CC, por el hecho de no haber procedido los clientes a dicha venta luego de haber obtenido el asesoramiento y la información pertinentes acerca de las circunstancias que afectaban la cotización. De otras resoluciones puede derivarse que también conceden indemnización por pérdida de oportunidad. Así, de las SAP Islas Baleares (5) 2-9-11 (FD 6) y (3) 16-2-12 (FD 6) -v. BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y., “El caso”, p. 235 (y nota 58)-. La primera está reseñada en CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M<sup>a</sup>. de la C., GALLEGO CÓRCOLES, A. y MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, M<sup>a</sup>. del P., “Crónica jurisprudencial del segundo semestre del año 2011 relativa al mercado de valores”, p. 317.

<sup>1553</sup> V. CARRASCO PERERA, Á., *Derecho*, pp. 1265ss.; y SÁNCHEZ ARISTI, R., “De la naturaleza”, pp. 1306-1312. Acerca de las nociones “daños previstos” y “daños que se hayan podido prever” del art. 1107.1 CC v. también MORALES MORENO, A-M., *Incumplimiento*, pp. 167s. Por supuesto, en orden al surgimiento de responsabilidad también debe concurrir una relación de causalidad entre la infracción de la obligación de informar por parte de la EC y el daño sufrido por el cliente. Un interesante análisis de la prueba de este requisito en la jurisprudencia italiana sobre servicios financieros en FEBBRAJO, T., “Violazione”, pp. 164-166.

En consideración a lo anterior y teniendo en cuenta el peculiar ámbito en que operan las EC -en que la obligación precontractual de informar concurre respecto de amplios sectores de su clientela-, así como las exigencias derivadas de la buena fe, en todos los casos en que se demuestre que dichas empresas previeron o pudieron prever que la falta o defecto informativo podría acarrearle perjuicios al cliente, deberán indemnizarle<sup>1554</sup>.

En segundo lugar, en orden a evitar inconsistencias, el acreedor no puede reclamar a la vez el daño al interés de cumplimiento y al interés de confianza sin descontar uno del otro<sup>1555</sup>.

En tercer término, la indemnización por la infracción de la obligación precontractual de informar de la EC que redundará en el incumplimiento del contrato, al ser buena parte de las obligaciones contraídas por los clientes con dichas empresas de carácter dinerario, habrá de traducirse, ante la mora del deudor, en aplicación del art. 1108 CC, en el pago del interés legal del dinero, salvo que haya existido un convenio respecto de los intereses a pagar<sup>1556</sup>. En este caso, el deudor no puede exonerarse del pago de intereses a pesar de que pruebe que el acreedor no sufrió perjuicios<sup>1557</sup>. Asimismo, según veremos, las resoluciones judiciales en estas materias suelen concluir que los intereses legales se devengan desde la interposición de la demanda.

En principio, el pago del interés legal a modo de indemnización debería cubrir los detrimentos habitualmente padecidos por los clientes a consecuencia de la infracción de la obligación precontractual de informar de las EC. En los casos en que no alcance a cubrirlos, el cliente perjudicado tendría derecho a demandar una indemnización mayor<sup>1558</sup>, lo cual tiene sentido principalmente si solicita resarcimiento por la pérdida de oportunidades de contratar. No obstante, cuando el interés legal sea particularmente alto, al cliente le bastará con el pago del mismo en orden a su resarcimiento, considerando que probablemente no podrá demostrar que de haber contratado en otros términos habría obtenido mejores condiciones, por ejemplo, un interés más elevado como rendimiento del correspondiente producto financiero.

Adicionalmente, cabe tener en cuenta que cuando la EC no haya asumido en virtud del respectivo contrato obligaciones dinerarias, como, por ejemplo, en los servicios de inversión, la aplicación del art. 1108 CC resultaría dificultosa, debiendo aplicarse las reglas generales previamente estudiadas. Salvo que el cliente haya contratado, en virtud del respectivo servicio, un producto propio de la entidad y esta haya infringido su obligación de informar generando el incumplimiento del contrato relativo a dicho producto. Esto, por cuanto en esta hipótesis la EC asume obligaciones dinerarias en relación con el producto contratado en el marco de dichos servicios.

---

<sup>1554</sup> V. FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A., *Las normas*, pp. 585-591 (acerca de los daños indemnizables por incumplimiento en los servicios de inversión).

<sup>1555</sup> CARRASCO PERERA, Á., *Derecho*, pp. 1183s.

<sup>1556</sup> Debe tenerse presente que la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (BOE 30-12-04, nº 314), que rige, en lo que aquí importa, los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas entre empresas (art. 3.1), no se aplica a los pagos indemnizatorios por daños (art. 3.2.b).

<sup>1557</sup> CARRASCO PERERA, Á., *Derecho*, p. 1120.

<sup>1558</sup> V. *Ib.*, pp. 1228s., si bien se opone a la indemnización del daño constituido por la circunstancia de que el acreedor no haya podido destinar el dinero a otros empleos lucrativos.

En fin, el montante de la indemnización derivado de la infracción de la obligación precontractual de informar cuando el contrato permanece como válido dependerá de las circunstancias del caso. Así, podrá haber lugar a una disminución de dicho montante cuando en virtud de la información incorrecta se ha sobrevalorado la prestación comprometida o a un aumento cuando ella ha resultado más gravosa de lo esperado<sup>1559</sup>.

En el epígrafe subsiguiente veremos algunos supuestos jurisprudenciales en que se han aplicado los remedios propios del incumplimiento contractual (cumplimiento o resolución) a la infracción de la obligación de informar de las EC.

**[346] Dolo.** En fin, en caso de concurrir dolo en la EC deberá indemnizarse al cliente en su interés contractual positivo<sup>1560</sup>. Ello es así tanto si se mantiene la vigencia del contrato (*v. gr.*, dolo incidental) como si no. En el primer supuesto, si bien la víctima puede demandar el resarcimiento por la estipulación de cláusulas menos beneficiosas que las que hubiera convenido de no mediar dicho vicio (que generalmente se traducirá en la modulación del precio pagado), también puede conseguir el cumplimiento del contrato que se habría concluido de no haber concurrido aquel vicio<sup>1561</sup>. En el segundo supuesto, la indemnización por el interés positivo procede, a pesar de haberse declarado la nulidad del contrato, porque el dolo provoca una defraudación de la expectativa de la víctima consistente en que el negocio jurídico satisfaría sus intereses<sup>1562</sup>.

**[347] Posición de la jurisprudencia.** Según adelantara, no son frecuentes las resoluciones judiciales referidas a la responsabilidad civil de las EC por infracción de su obligación precontractual de informar, sobre todo porque los clientes suelen solicitar la exclusivamente la anulación por vicio del consentimiento. Pero igualmente encontramos algunas interesantes sentencias que imponen a las EC la obligación de indemnizar los perjuicios al cliente, si bien en razón del incumplimiento contractual derivado de dicha infracción y no de la declaración de nulidad<sup>1563</sup>. Destacan diversas resoluciones

---

<sup>1559</sup> ASÚA GONZÁLEZ, C., *La culpa*, p. 74.

<sup>1560</sup> V., en general, GÓMEZ POMAR, F., “El incumplimiento”, p. 20.

<sup>1561</sup> Cfr. ASÚA GONZÁLEZ, C., *La culpa*, p. 248; GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho*, p. 213; MARÍN LÓPEZ, M., “Requisitos”, p. 571; MORALES MORENO, A-M., (Comentario a los) “Artículos 1269 y 1270”, p. 412; e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema*, p. 147.

<sup>1562</sup> MORALES MORENO, A-M., (Comentario a los) “Artículos 1269 y 1270”, pp. 433s.

<sup>1563</sup> V. FERRER MORALES, D., “Estudio”, pp. 50s. (respecto de los *swaps* de tipos de interés); y MORALEJO, I., “Las nomas”, p. 378. En algunos supuestos, si bien se descarta la concurrencia de un defecto informativo en la fase precontractual, se impone responsabilidad civil a la EC por incumplimiento de su obligación de informar periódicamente al cliente durante la vida del contrato acerca de determinados extremos. V. la SAP Zaragoza (4) 20-7-12. Esta resolución, confirmando la de primera instancia, desecha la alegación de error, dando lugar a la petición subsidiaria del cliente por ausencia de información respecto del emisor de unos bonos y su valor efectivo, habiéndose producido la pérdida total de la inversión. La Audiencia considera que la pérdida no habría tenido lugar de haberse materializado dicha información, al poder haber tenido el cliente la posibilidad de vender. Asimismo, la SAP Islas Baleares (5) 2-9-11 declara la resolución contractual por incumplimiento de las obligaciones de información de la EC respecto de un asesoramiento referido a la adquisición de participaciones preferentes de un banco extranjero. En consideración a las circunstancias del caso la sentencia entiende que ha habido asesoramiento, que va más allá del simple depósito y administración de valores (FD 2). La resolución, aun cuando desecha la concurrencia defectos informativos desencadenantes de vicios del consentimiento (FD 3), estima que la EC incumplió sus obligaciones de información durante la vida del contrato en relación con la mala situación financiera del emisor de las participaciones preferentes objeto del litigio, devenida finalmente en la quiebra del mismo. La Audiencia fija la indemnización en el cincuenta por ciento del valor de la inversión y desestima el resarcimiento por daño moral, por entenderlo incluido en el anterior concepto. Para llegar a esta conclusión el tribunal considera que la información a



referidas a servicios de inversión, sobre todo en materia de adquisición de bonos de bancos extranjeros y de participaciones preferentes<sup>1564</sup>. En estos supuestos, concurriendo los requisitos de la responsabilidad civil, se debería imponer a la EC la obligación de indemnizar al cliente por el valor de la inversión, los intereses y, en ocasiones, el coste de oportunidad<sup>1565</sup>. No obstante, los tribunales solo suelen indemnizar a los clientes por el valor de la inversión, descontados los rendimientos que hubieran percibido, más los correspondientes intereses, sin dar lugar al resarcimiento de otras partidas.

Como primer ejemplo, cabe mencionar la STS 20-1-03 (FD 4). Esta, respecto de un contrato de comisión bursátil para la adquisición de pagarés concluido con una ESI cuyos socios mayoritarios eran EC y prestamistas de la emisora, da lugar a la responsabilidad civil de la entidad en aplicación de los arts. 1726 CC, 255 Código de Comercio y 81 de la entonces vigente LMV. El TS impone la restitución de las sumas no recuperadas invertidas en dichos pagarés más los intereses legales desde la interposición de la demanda. Se apoya el alto tribunal en que la ESI actuó al menos con “ligereza”, es decir, sin el cuidado exigible a los comerciantes. Esto, por cuanto los antecedentes con que se contaba en su entorno más inmediato permitían presumir la existencia de un elevado riesgo que obstaba a considerar la inversión recomendada como segura y fiable<sup>1566</sup>.

Por su parte, la SAP Zaragoza (4) 10-5-13(FD 20 y 21) –referida a unas participaciones preferentes de un banco islandés contratadas por un ingeniero técnico mecánico– impone responsabilidad civil a una EC en aplicación del art. 1101 CC, por incumplimientos de carácter informativo tanto en la gestación del contrato (información deficiente acerca de las características del producto) como en el desenvolvimiento del mismo (información insuficiente acerca de la evolución del producto). La resolución señala que “hubo negligente comportamiento en el cumplimiento de sus obligaciones legales por parte de la demandada. Impidieron claramente decidir con plenitud de

---

proporcionar por la EC debería haberse otorgado a partir del momento en que comienzan las informaciones alarmantes acerca del emisor, en que los instrumentos contratados habían reducido significativamente su valor desde su adquisición (FD 6). La sentencia está reseñada en CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M<sup>a</sup>. de la C., GALLEGO CÓRCOLES, A. y MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, M<sup>a</sup>. del P., “Crónica jurisprudencial del segundo semestre del año 2011 relativa al mercado de valores”, p. 317.

<sup>1564</sup> V. BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, pp. 528-530.

<sup>1565</sup> NASARRE AZNAR, S., “Malas prácticas”, p. 2694.

<sup>1566</sup> También puede consultarse la STS 17-6-10 (FD 20), que confirma la sentencia de segunda instancia, que había revocado parcialmente la de primera, en el sentido de no declarar la nulidad de unos “depósitos de alta rentabilidad”, sino solo la de una de sus cláusulas (por falta de transparencia), manteniendo la declaración de nulidad del anexo II de dichos contratos. La sentencia de la Audiencia concede indemnización de perjuicios a favor de los clientes (FD 6). Por lo que respecta a dicha indemnización, el citado FD de la STS señala: “El hecho de que no se haya anulado una determinada operación económica no obsta a que las consecuencias económicas de la misma puedan ser consideradas como un perjuicio vinculado a una operación anterior declarada nula, si se aprecia, como ha apreciado la sentencia recurrida, la existencia de la debida vinculación causal. El artículo 1303 CC, invocado como infringido, no se opone a ello, pues su propósito es conseguir que las partes afectadas por la nulidad vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto de la invalidez y la jurisprudencia ha declarado que la obligación que en él se establece para los contratantes de restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato nulo, con sus frutos, y el precio con los intereses, puede resultar insuficiente para resolver todos los problemas económicos derivados de la nulidad contractual, por lo que puede ser preciso acudir a la aplicación de otras normas, tales como los preceptos generales en materia de incumplimiento de obligaciones contenidos en los artículos 1101 y siguientes CC, que establecen la obligación de resarcir los perjuicios nacidos del incumplimiento, teniendo en cuenta su carácter previsible o su vinculación con el hecho que da lugar a ellos (STS de 26 de julio de 2000 (RJ 2000, 9177))”.

conocimiento el contenido y consecuencias del producto litigioso, no sólo en el momento del contratar, sino durante la ejecución del mismo” (FD 22). La indemnización se cuantifica en la pérdida del capital, descontado el precio percibido por los cupones.

Mención especial merece el caso del asesoramiento y la gestión de cartera en los servicios de inversión. En estos supuestos, los incumplimientos informativos acontecidos en el marco de tales relaciones pero con carácter previo a la contratación del respectivo instrumento financiero (v. gr., información defectuosa respecto de su naturaleza o características), ostentan, en rigor, respecto de dicha contratación, la condición de precontractuales. Sin embargo, en cuanto acaecidos dentro de la relación de asesoramiento o de gestión de cartera, corresponde entenderlos en definitiva como contractuales, debiéndoseles aplicar el régimen de la responsabilidad contractual<sup>1567</sup>.

Naturalmente, también los incumplimientos informativos ocurridos durante la vida del asesoramiento o de la gestión de cartera, esto es, ya contratado el respectivo instrumento financiero (v. gr., respecto de la evolución de los rendimientos y riesgos del producto), deben ser calificados de contractuales. En este sentido, algunas de las resoluciones judiciales que consideran que ha existido asesoramiento o gestión de cartera, no obstante entender cumplida la obligación precontractual de informar de la EC, estiman infringida la obligación de informar que recae sobre ellas durante la vida del contrato<sup>1568</sup>.

Así, por lo que atañe al asesoramiento y la gestión de cartera, deben distinguirse las infracciones informativas ocurridas antes de la contratación del instrumento financiero (precontractuales) de aquellas acontecidas luego de ella (contractuales). A continuación destaco algunas relevantes sentencias en materia de cumplimiento de la obligación precontractual de informar de las EC en relación con los aludidos contratos.

La STS 17-4-13 (FD 9), referida a un contrato de gestión de cartera en que la EC invirtió en un producto “Madoff” que le generó al cliente (calificado como “conservador”) la pérdida de todo el capital, confirma la de segunda instancia que, haciendo lo propio con la de primera, condenó a la EC por responsabilidad civil. La sentencia tiene en cuenta que el perfil conservador del cliente no aconsejaba invertir en el referido producto y que la EC no le otorgó la información necesaria acerca de los riesgos del mismo. En definitiva, se condena a la entidad a reembolsar al cliente el total de su inversión<sup>1569</sup>.

Luego, la STS 18-4-13 (FD 7), también referida al contrato de gestión de cartera, impone responsabilidad civil a una EC por infracción de su obligación precontractual de informar en los siguientes términos: “(e)n conclusión, el banco no cumplió el estándar de diligencia, buena fe e información completa, clara y precisa que le era exigible al proponer a los demandantes la adquisición de determinados valores que resultaron ser

---

<sup>1567</sup> BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, pp. 508s.

<sup>1568</sup> Es lo que acontece con parte de las sentencias referidas a la adquisición de productos emitidos por *Lehman Brothers*, que consideran incumplida la obligación *contractual* de informar de la EC por no haber prevenido al cliente acerca de la mala situación de dicho banco en orden a que aquel pudiera haber decidido si mantenía la inversión o no. V. BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y., “El caso”, pp. 234s. (criticando esta línea jurisprudencial).

<sup>1569</sup> La sentencia está reseñada y comentada críticamente en LYCZKOWSKA, K., “Responsabilidad”, pp. 7-9.

valores complejos y de alto riesgo (así los define la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y así se acepta en la sentencia de la Audiencia Provincial) sin explicarles que los mismos no eran coherentes con el perfil de riesgo muy bajo que habían seleccionado al concertar el contrato de gestión discrecional de carteras de inversión. Este incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes de Lehman Brothers adquiridas”<sup>1570</sup>.

También resulta interesante la SAP Madrid (18) 17-5-11 (FD 3), que señala que en la realidad de los hechos concurre una gestión asesorada de cartera y no un mero contrato de depósito o de administración de valores. La sentencia, aun cuando considera suficiente la información facilitada respecto del producto, la rentabilidad y los riesgos, obliga a la EC a indemnizar al cliente (una SL) por haberle recomendado la adquisición de unas obligaciones de un banco extranjero en una mala situación financiera, posteriormente devenida en la quiebra del mismo, sin que la entidad le haya informado de forma suficiente y adecuada al respecto a pesar de que conocía o debía conocer dicha situación, sobre todo a la fecha de compra de las obligaciones. El tribunal consigna, adicionalmente, que el cliente había manifestado su intención de adquirir obligaciones de otro banco extranjero, como había hecho previamente, solicitud ante la cual la EC le señaló que no se encontraban disponibles, recomendándole la adquisición de los productos litigiosos. La cuantía de la indemnización se fija en el montante de la inversión más los intereses legales desde la interposición de la demanda.

La SAP Álava (1) 15-9-11 condena a una EC a indemnizar a los clientes, que en virtud de su recomendación habían adquirido acciones de una sociedad extranjera, por entender que la información precontractual y contractual proporcionada no había sido adecuada. Ello, sobre todo considerando que no habría concurrido un mero depósito y administración de valores, sino asesoramiento (cuyas obligaciones también habrían sido infringidas). La Audiencia tiene en cuenta la publicidad efectuada por la EC y la existencia de un posible conflicto de intereses no revelado a los clientes (advirtiendo que el art. 1258 CC –buena fe y lealtad- obligaba a revelarlo). En cuanto a la fijación del montante de la indemnización, la sentencia mantiene lo resuelto por la de primera instancia, que condenó a la EC “a pagar a cada uno de los distintos demandantes las cantidades que resulten, y se concreten en trámite de ejecución de sentencia, de restar en cada caso del importe de la inversión realizada por compra de acciones Meinl, reflejado en el fundamento jurídico segundo, la cantidad obtenida por su venta en los casos que la misma se ha llevado a cabo y en el caso de los demandantes que todavía no hayan procedido a su venta, el importe resultante del valor de las mismas en bolsa en el momento en que se produzca el pago de la cantidad indemnizatoria, y detrayendo en todos los casos del total resultante un 20 %; igualmente debo condenar y condeno a la entidad demandada a pagar a cada uno de los demandantes la cantidad devengada por el total resultante anterior en concepto de intereses, computados desde la fecha de interposición de la demanda y hasta su completo pago”. La Audiencia agrega que el exceso de confianza de los clientes en la EC constituye causa bastante para la moderación que realiza la resolución de primera instancia con arreglo al art. 1.103 CC.

---

<sup>1570</sup> La sentencia está reseñada y comentada críticamente en LYCZKOWSKA, K., “Responsabilidad”, pp. 1-7.

La SAP Asturias (7) 26-9-11 (FD 2) –sobre participaciones preferentes-, desecha la concurrencia de vicios del consentimiento considerando la contratación del mismo tipo de instrumento con anterioridad por parte de la clienta. No obstante, entiende materializada una responsabilidad contractual (que debe resarcir el total de la inversión) por defecto informativo. El tribunal considera que este concurrió tanto respecto de la información anterior al contrato (características y riesgos del producto) como respecto de la relativa al periodo de vigencia del mismo (desenvolvimiento de la inversión, sobre todo a partir de la evolución negativa de misma). Esto, por haber estimado la Audiencia que había un contrato de gestión que incluía el asesoramiento<sup>1571</sup>.

La SAP Madrid (14) 23-12-12 (FD 5, 7 y 8) considera que entre la EC y los clientes mediaba una relación de asesoramiento y no solo de depósito y administración de valores. Esta circunstancia se entiende acreditada en atención a la información precontractual y contractual, la publicidad, las recomendaciones y consejos de la entidad y las declaraciones de los empleados de la misma. El tribunal da por cumplidos los deberes de información y asesoramiento que recaían sobre la entidad al recomendar la adquisición de acciones de una sociedad extranjera (afectada posteriormente por una importante caída de las mismas). No obstante, estima infringidos dichos deberes durante la vida del contrato por no información oportuna acerca de la evolución de la inversión (habiéndose producido una compra de autocartera). En razón de esta conclusión declara la responsabilidad civil del banco por incumplimiento contractual, cifrando el perjuicio en la pérdida de la oportunidad de vender las acciones con posterioridad a la caída de su cotización.

En sentido contrario, la SAP Valencia (9) 28-6-11 (FD 3) -referida a un contrato de gestión discrecional de cartera, en cuya virtud se adquirieron unas participaciones preferentes de un banco extranjero- entiende que la EC cumplió con la entrega de información precontractual y contractual tanto respecto del contrato de gestión como respecto de las participaciones preferentes. Así, descarta la existencia de responsabilidad contractual por incumplimiento del negocio jurídico (los actores no solicitaron su ineficacia). Adicionalmente, la Audiencia (FD 4) tiene en cuenta el alto nivel de conocimientos y experiencia de los clientes.

También desecha la existencia de responsabilidad en la EC la SAP Zaragoza (2) 24-1-12 (FD 3), relativa a la contratación de unas obligaciones de un banco extranjero en el marco de un contrato de gestión discrecional de cartera por un cliente con previa experiencia inversora en productos similares. La sentencia entiende que la pérdida de valor de la inversión se debió únicamente a la quiebra de emisor de las obligaciones, sin que la EC intermediaria haya incurrido en incumplimiento informativo alguno<sup>1572</sup>.

Al margen de las relaciones de asesoramiento y gestión de cartera, cabe tener en cuenta algunas resoluciones referidas a otros contratos, que imponen la obligación de indemnizar a la EC por infracción de su obligación precontractual de informar.

En materia de *swaps* de tipos de interés, destaca la SAP Madrid (25) 20-10-11 (FD 3). Esta resolución confirma la de primera instancia, que había condenado a la EC al abono

---

<sup>1571</sup> La sentencia está reseñada en BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, p. 534; y CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M<sup>a</sup>. de la C., GALLEGO CÓRCOLES, A. y MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, M<sup>a</sup>. del P., “Crónica jurisprudencial del segundo semestre del año 2011 relativa al mercado de valores”, pp. 314s.

<sup>1572</sup> V. BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad”, p. 534.

de determinadas cantidades a favor de dos SA, más el interés legal hasta su pago. La Audiencia concede al cliente el derecho al reintegro de la suma abonada por la cancelación anticipada del derivado en consideración a la infracción por la entidad de sus obligaciones de información en lo relativo al coste de dicha cancelación. El tribunal de segunda instancia considera que en este caso resulta aplicable el art. 1101 CC, en atención al perjuicio generado a los clientes, que se cifra en el importe de la cancelación no informado como era debido<sup>1573</sup>.

En el caso resuelto por la SAP Islas Baleares (4) 5-4-11, referida a una hipoteca multidivisa, se condena a la EC a la devolución de la suma percibida en exceso, al abono de determinadas cantidades y al recálculo de cuotas. Ello, por no otorgarse al cliente una información precontractual adecuada, así como por la confusa redacción contractual (art. 1288 CC), principalmente por lo que concierne al momento en que se debía determinar la paridad entre los euros y la moneda en que se había pactado el préstamo. La Audiencia estima que resultaba aplicable a todas las disposiciones dinerarias efectuadas por el cliente el tipo de cambio en yenes de la fecha del contrato y no el vigente en cada una de ellas. En el juicio obraba un informe del BdeE contrario a la EC.

Por otra parte, tampoco las resoluciones judiciales en estas materias suelen dar lugar a la resolución del contrato por la infracción de la obligación precontractual de informar de las EC. Pero igualmente se encuentra alguna sentencia en este sentido<sup>1574</sup>.

Así, la SAP Islas Baleares (3) 16-2-12 (FD 5 y 6), confirmatoria de la de primera instancia, da lugar a la resolución contractual por incumplimiento del contrato derivado de defectos informativos. Ello, considerando que la EC disponía de información acerca de la mala situación financiera del emisor de unas participaciones preferentes. La Audiencia tiene especialmente en cuenta que el valor nominal de las mismas se había reducido sustancialmente desde el momento de la compra. Considera que no se ilustró al cliente al respecto de forma de posibilitarle su venta, evitándole detrimentos mayores; así como acerca de las características del contrato. En concepto del tribunal, ambas infracciones informativas (la primera acaecida durante la vida del contrato y, la segunda, con anterioridad a su celebración) generaron un incumplimiento contractual desencadenante de la resolución más la indemnización de perjuicios. En cuanto al montante de la indemnización, cabe precisar que la sentencia de primera instancia lo había fijado en el treinta y ocho por cien del valor nominal de los bonos (porcentaje que corresponde al valor de los mismos en el último día en que se pudieron vender) más los intereses legales.

---

<sup>1573</sup> El señalado FD apunta lo siguiente: “(e)n definitiva, con independencia de que la cancelación anticipada pudiera tener un coste derivado de las fluctuaciones de los intereses que se intercambiaban, el tan repetido incumplimiento de la obligación de información de dicho coste -como por otra parte así viene a ser reconocido por la propia apelante en el último motivo de su recurso-, es determinante de la aplicabilidad del artículo 1101 CC. (...). Finalmente no puede menos que entenderse que si las mercantiles ahora apeladas no fueron informadas del coste asociado a las cancelaciones de los tan repetidos instrumentos financieros, ni menos aún de los criterios para su cálculo, y en consecuencia no pudieron así valorar la conveniencia no sólo ya de suscribirlos, sino también la utilidad de su cancelación en ese momento, se les generó un perjuicio equivalente al importe que para cada una de ellas supuso la cancelación no debidamente informada”.

<sup>1574</sup> V. MORALEJO, I., “Las nomas”, p. 378; y TAPIA HERMIDA, A., “La jurisprudencia reciente”, p. 327.

Por su parte, la SAP Madrid (10) 26-6-12 considera concurrente error invalidante en el cliente al haber adquirido unas participaciones preferentes de bancos extranjeros en virtud de la intermediación de la EC demandada, sin que se le haya proporcionado información adecuada. Resulta interesante destacar que el contrato llevaba por denominación “Contrato de depósito a plazo”, lo que, en concepto del tribunal, habría incidido en el error padecido por el cliente. En todo caso, la Audiencia puntualiza que se trataba de un contrato de mandato para la adquisición de participaciones preferentes (FD 2). Finalmente, a pesar de haber entendido la sentencia que en la realidad de los hechos concurrió un error invalidante, declara la resolución del contrato, concluyendo que las partes deben restituirse recíprocamente los importes abonados en virtud del contrato, con los intereses legales devengados desde la fecha del efectivo pago o cobro (FD 5).

En fin, aun cuando, según también avanzara, no son frecuentes las condenas de EC por dolo, en el supuesto de que se detecte la presencia de este vicio del consentimiento y se mantenga la vigencia del contrato, como ocurre con el dolo incidental, procede indemnización en favor del cliente. A modo de ejemplo, la SAP Islas Baleares (3) 24-5-12 (referida a un préstamo con garantía hipotecaria) confirma el fallo condenatorio de primera instancia, que había entendido concurrente dolo incidental en la EC por vulneración de las normas sobre transparencia bancaria, dando lugar a la indemnización de perjuicios. La sentencia del JPI había concedido como indemnización una suma a título de rebaja de la comisión de apertura y del pago realizado a la entidad intermediaria del préstamo y otra en concepto de descuento de las primas de unos seguros de vida, que no eran obligatorios en conformidad a la escritura de préstamo hipotecario<sup>1575</sup>.

---

<sup>1575</sup> Por último, cabe referir que tampoco las resoluciones judiciales suelen dar lugar a la indemnización del daño moral por infracción del deber precontractual de informar de las EC. No obstante, igualmente pueden encontrarse algunas sentencias en este sentido. Así, la SAP (12) Barcelona 7-1-03 (FD 4), relativa a un depósito bancario en la modalidad “cuenta vivienda” en que se discutía acerca de si el interés de retribución era el alegado por la EC o por el cliente, dándose la razón a este en aplicación del art. 1288 CC. La resolución señala que “la actuación la caja de ahorros demandada ha generado para el actor un considerable perjuicio, no sólo de carácter económico, sino especialmente de carácter moral, puesto que le ha obligado a sostener la reivindicación de su derecho ante los propios órganos de la entidad que tienen por misión defender los derechos de los clientes y usuarios, sino también de acudir al auxilio de la autoridad gubernativa en materia financiera, el banco de España, y finalmente recabar el amparo de los tribunales de justicia, cuya actividad le ha generado graves perjuicios de muy difícil estimación pero que, cuando menos, han de ser resarcidos con la cantidad reclamada de 300,51 euros, comprensiva del quebranto económico por el retraso en la valoración de las imposiciones y en el pago de los intereses y la aplicación de las comisiones indebidas”. Asimismo, la SAP Islas Baleares (5) 2-9-11 (FD 6), si bien desecha la indemnización por daño moral, estima que ella está implícita en el resarcimiento concedido por la resolución del contrato derivada del mencionado incumplimiento. Eso sí, la Audiencia considera que este incumplimiento ha concurrido durante la vigencia del contrato (y no en la fase precontractual), relacionándose con la mala situación del emisor de las participaciones preferentes litigiosas, devenida en la quiebra del mismo (v. la nota anterior). En fin, la STS 28-3-05, aun cuando no referida al incumplimiento del deber precontractual de informar de las EC, impone indemnización por daño moral a una de estas empresas. El caso enjuiciado se refería a la celebración por el cliente de un contrato de cambio de moneda por el cual adquirió, mediante el pago de una comisión, determinada cantidad de dólares estadounidenses. Cuando estando en Estados Unidos concurrió junto a su conviviente a una sucursal bancaria a abrir una cuenta corriente, al percatarse la EC de que los billetes eran falsos, se comunicó con la policía, que procedió a detener a los clientes, habiendo sido sometidos estos a los trámites propios de la detención. El demandante conservaba el resguardo del cambio efectuado en España, lo que permitió su liberación y la de su conviviente. Con posterioridad y a consecuencia de esta situación, la relación sentimental del cliente se fracturó definitivamente. El TS codena a la EC por responsabilidad contractual al pago de trescientos sesenta mil euros, incluyéndose en esta suma el daño moral padecido por el cliente. Dentro de este, el alto tribunal considera comprendidos los menoscabos a los derechos a la libertad personal, dignidad, seguridad jurídica y libre desarrollo de la personalidad (FD

## CONCLUSIONES

### I. Advertencia.

Sin perjuicio de las diversas conclusiones parciales expuestas en este trabajo, me interesa resaltar ahora solo las que resultan fundamentales. Cada una de ellas se refiere a las tres cuestiones principales planteadas en la introducción en relación con el deber u obligación precontractual de informar de las EC y han sido desarrolladas, respectivamente, en cada uno de los capítulos de esta investigación.

### II. La obligación general de informar de las EC a determinados clientes.

**i. Síntesis.** En el Capítulo I he defendido la existencia de la obligación general de informar de las EC respecto de las presuposiciones contractuales a los clientes cuyos conocimientos, experiencia o cualificación les impiden comprender cabalmente una operación. Según vimos en el Capítulo II, la imposición de un deber de informar de amplio alcance en las relaciones entre empresarios y partes contractuales débiles es la tendencia en los proyectos de Derecho contractual europeo. En todo caso, debe consignarse que, en ocasiones, dichos instrumentos hacen recaer el referido deber con menor intensidad sobre los empresarios que contratan con otros empresarios.

**ii. Obligaciones típicas.** Naturalmente, en el caso de los clientes a cuyo respecto determinadas normas han establecido que las EC les deben trasladar en la etapa precontractual las informaciones expresamente mencionadas por ellas cumpliendo con las características y medios de transmisión exigidos (obligaciones o deberes típicos), no existe mayor inconveniente. En estos supuestos, puede decirse que ha sido el propio regulador quien ha impuesto a las EC la obligación general de informar a los clientes. Aplicándose a un caso concreto las señaladas normas, los tribunales deberán verificar si la EC ha proporcionado al cliente la información de que se trata en la forma establecida en la correspondiente disposición. Si lo ha hecho, deberán concluir que dicha entidad ha cumplido con su obligación precontractual de informar y si no, que la ha infringido.

**iii. Informaciones no exigidas expresamente por una norma y obligaciones atípicas.** La tesis consistente en que las EC tienen la obligación general de informar a los mencionados clientes tiene sentido sobre todo en los supuestos en que la correspondiente norma no se ha pronunciado explícitamente acerca de si la información relevante debía suministrarse al cliente y en aquellos en que el respectivo cliente no cuenta con una norma que imponga en manera alguna a la EC la obligación

---

5). Crítico con la mencionada STS se muestra GÓMEZ POMAR, F., “El incumplimiento”, p. 27, porque “resulta radicalmente imprevisible que tal incumplimiento va a provocar la ruptura de una relación sentimental del cliente bancario”. En este sentido, cabe tener en cuenta que en los proyectos de Derecho contractual europeo no parece existir inconveniente para que se indemnicen las pérdidas económicas y no económicas. Así, por ejemplo, el DCFR, al no distinguir, contemplaría la indemnización por ambos tipos de pérdidas. Por su parte, el FS se limita a precisar que solo se indemnizan las pérdidas previstas o previsibles en el momento de la contratación por el causante de las mismas, descontadas las que se pudieron reducir por el perjudicado y que no redujo. V. NASARRE AZNAR, S., “II-3:109: Remedios”, pp. 237 y 239. En todo caso, la esfera a la que se reconduce el daño precontractual a la indemnidad es, por lo general, la extracontractual. En los supuestos en que se encausa vía contractual suele existir un detrimento contextualmente ligado a la realización de un contrato. V. CARRASCO PERERA, Á. *Derecho*, p. 120 (respecto de la ruptura de tratos preliminares). En este último sentido, BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y., “El caso”, p. 231 (nota 47), se opone a la indemnizabilidad del daño moral por responsabilidad contractual de las EC.

precontractual de informar en relación con la operación de que se trate. En ambas hipótesis las EC deberán informar adecuadamente acerca de las presuposiciones contractuales a los clientes cuyos conocimientos, experiencia o cualificación les impiden comprender cabalmente la respectiva operación. Al imponer los tribunales a una EC la obligación de informar a un cliente que se encuentra en dicha situación estarán estableciendo la apuntada obligación allí donde el regulador no lo hizo (obligaciones o deberes atípicos) o solo lo hizo en relación con determinadas informaciones.

Teniendo en cuenta que las normas sobre información precontractual aplicables a las EC imponen a estas empresas la obligación de informar de manera detallada a los clientes que sean personas físicas en relación con la generalidad de las operaciones que celebren (tanto las disposiciones del Derecho del consumo como las relativas a los servicios bancarios y de inversión), la existencia de la obligación general de informar de las EC tiene relevancia principalmente en relación con los clientes empresarios. A su vez, cabe recordar que estos últimos, cuando ostentan la condición de minoristas en la contratación de servicios de inversión, deben ser informados de manera detallada acerca de diversos aspectos y, en menor medida, cuando sean calificados como clientes profesionales. Así, la existencia de la obligación precontractual de informar de las EC acerca de las presuposiciones contractuales a los clientes cuyos conocimientos, experiencia o cualificación les impidan comprender cabalmente una operación tiene sentido sobre todo respecto de los clientes empresarios en la contratación de servicios bancarios. Estos clientes, según vimos, no resultan protegidos ni por las normas del Derecho del consumo ni por las disposiciones generales en materia de servicios bancarios.

**iv. Justificación de la obligación general de informar de las EC.** La afirmación de la existencia de la obligación general de informar de las EC en la fase precontractual a los clientes que carecen de los conocimientos, experiencia o cualificación para comprender cabalmente una operación se ampara, en términos materiales, en la asimetría informativa que afecta a los mencionados clientes. Y, asimismo, en los criterios jurídicos y económicos que en la doctrina y la jurisprudencia se esgrimen habitualmente para avalar la procedencia de la obligación precontractual de informar en términos genéricos. De estos fundamentos he dado cuenta en el Capítulo I.

**v. Factor material.** La asimetría informativa que suele concurrir en la contratación entre empresarios y determinados clientes (derivada, básicamente, de la profesionalidad de los primeros y de la ausencia de la misma en los segundos) resulta todavía más acusada en la esfera de los servicios bancarios y de inversión. En efecto, las EC, en su condición de profesionales del mercado financiero, cuentan con un cúmulo de información del que carece la mayor parte de su clientela. A esta circunstancia cabe agregar el progresivo aumento de la complejidad y riesgo de ciertos productos y servicios financieros, el cual ha venido a agudizar todavía más la referida asimetría. No cabe duda de que el inusitado aumento de la ligiosidad en la contratación entre las EC y determinados clientes en materia de cumplimiento de la obligación precontractual de informar de dichas empresas refuerza la anterior constatación.

**vi. Criterios jurídicos y económicos.** En cuanto a los criterios jurídicos que justifican la imposición a las EC de la obligación precontractual de informar a los clientes que se encuentran en posición de asimetría informativa en los términos apuntados, tienen



relevancia diversos principios básicos, sobresaliendo los de protección del cliente de las EC, libertad contractual y buena fe.

**vii. Protección del cliente de las EC.** Por lo que concierne al principio de protección de los clientes de las EC, cabe recordar que se trata de una orientación general del ordenamiento jurídico expresamente reflejada en la normativa española y comunitaria en materia de Derecho del consumo y de Derecho del mercado financiero. Una de las manifestaciones del referido principio es la regulación de la obligación precontractual de informar de las EC en normas de variado origen, naturaleza y rango. Sin perjuicio de esta expresa concreción positiva del principio de protección del cliente de las EC, la circunstancia de que se trate de un principio rector en materia de contratación entre las EC y sus clientes determina en que dichas empresas deban informar adecuadamente en la etapa precontractual no solo a los clientes explícitamente favorecidos por disposiciones sobre información precontractual, sino a todos aquellos que se encuentren en situación de asimetría informativa en los términos expuestos. Es decir, a aquellos clientes cuyos conocimientos, experiencia o cualificación les impiden comprender plenamente una operación. Solo así puede conseguirse una real protección de estos individuos en orden a que puedan contrarrestar el desequilibrio informativo que les afecta.

**viii. Libertad contractual.** Adicionalmente, el principio de libertad contractual, que también es uno de los principios básicos de la normativa interna y comunitaria en materia de Derecho de los contratos, justifica que las EC deban informar en la etapa precontractual a los mencionados clientes acerca de las presuposiciones contractuales. Nuevamente, una de las concreciones del aludido principio es la imposición a las EC por parte de dicha normativa de la obligación precontractual de informar. Pero considerando que se trata de un principio general, cabe consignar que la única manera de que los clientes afectados por la asimetría informativa en los referidos términos puedan manifestar una voluntad plena, esto es, con conocimiento de causa, es que sean informados de manera adecuada por las EC acerca de las señaladas presuposiciones.

**ix. Buena fe.** A mayor abundamiento, la imposición a las EC de la obligación general de informar respecto de los mencionados clientes encuentra su fundamento en el principio de buena fe (objetiva). Al igual que los anteriores, se trata de un principio inspirador de las normas internas y comunitarias en materia de Derecho de los contratos, siendo una de sus concreciones el establecimiento por parte de dichas normas de la obligación precontractual de informar en relación con las EC. Una vez más, resulta que la calidad de principio general del Derecho de la buena fe avala la imposición de la aludida obligación a las EC respecto de todos los clientes que se hallen en situación de asimetría informativa en los términos varias veces referidos. Según hemos visto, los factores que sirven para concretar el principio de buena fe concurren especialmente en la contratación con EC. En efecto, las EC son profesionales del mercado financiero que manejan una pléyade de información técnica de la cual carecen los señalados clientes y las relaciones que dichas empresas entablan con aquellos clientes suelen basarse en una confianza real u objetivamente presumible, sobre todo en aquellos supuestos en que, como ocurre en materia de servicios de inversión, se impone a las EC la obligación de velar por los intereses de los clientes como si fuesen los de propia entidad.

**x. Criterios económicos.** En fin, también existen ciertos criterios económicos que justifican la imposición a las EC de la obligación general de informar. Destacan los

principios de transparencia y competencia eficiente y determinados factores relativos a la posición que las partes tienen respecto de la información en la fase prenegocial y acerca de los cuales puede decirse que concretan dichos principios en la esfera de la contratación. Se trata de orientaciones básicas que también son tenidas en cuenta por la normativa interna y comunitaria a la hora de imponer a las EC la obligación precontractual de informar.

**xi. Transparencia y competencia eficiente y posición de los contratantes frente a la información.** Considerando que la transparencia y la competencia eficiente son los objetivos a cuya consecución aspiran las normas referidas al funcionamiento del mercado, sobre todo las del Derecho de la competencia desleal y del Derecho de la publicidad, pero también, aun cuando en menor medida, las del propio Derecho de los contratos, principalmente del relativo a los consumidores, puede decirse que una de las vías más eficaces en orden a la materialización de tales objetivos es la imposición a las EC de una obligación general de informar a los clientes que se encuentren en asimetría informativa en el sentido previamente expuesto.

El sano funcionamiento del mercado requiere que los empresarios que disponen de la información relevante en aras de una correcta manifestación de la voluntad negocial de los clientes se la revelen a estos, a fin de proteger la transparencia y la competencia por eficiencia. Esto, en el bien entendido de que los empresarios disponen o deberían disponer de la información relevante (sobre todo de la que deprecia el valor del correspondiente producto o servicio) a un coste inferior que el que tendrían que satisfacer los clientes para obtenerla. Solo un mercado en que la información fluye de manera ágil desde quienes disponen a menor coste de la aludida información hacia quienes carecen de ella o solo pueden obtenerla con base en un esfuerzo económico de envergadura permite que, sobre la base de esta transparencia informativa, los clientes elijan al contratar a las empresas que mejor procedan en términos de traspaso de información. La consecuencia es que en la competencia entre las distintas empresas del respectivo sector a la postre deberían resultar premiadas aquellas que cuenten con políticas y procedimientos de contratación transparentes y castigadas las que no.

Si lo anterior es así en términos generales, con mayor razón la aludida revelación de información resulta exigible en el ámbito de los servicios financieros. En efecto, teniendo en cuenta el peso específico de las EC en términos económicos y sociales, que estas entidades cuentan con información técnica relevante de la cual la mayor parte de sus clientes no dispone y que la obtención de dicha información por parte de tales clientes podría significarles un esfuerzo desmedido, una conducta transparente de dichas empresas en la fase precontractual implica que deban revelar a los clientes mayormente afectados por una situación de desequilibrio la información acerca de las presuposiciones contractuales. Con esto se logra que información socialmente valiosa llegue de manera ágil a los clientes que requieren de ella en mayor medida, que estos opten en definitiva por contratar con las EC que mejor procedan en este sentido y, en consecuencia, que dichas EC puedan imponerse a aquellas que no proporcionan a los clientes toda la información relevante.

### **III. Necesidad de una nueva normativa sobre información precontractual aplicable a las EC.**

**i. Sobreabundancia, diversidad, falta de uniformidad y complejidad de las normas sobre información precontractual aplicables a las EC.** A lo largo del Capítulo II he dado cuenta *in extenso* de las normas que imponen a las EC la obligación precontractual de informar, tanto en el Derecho interno como en el comunitario. De modo complementario, en aquel lugar también di cuenta de los preceptos más relevantes en materia de información precontractual de los proyectos de Derecho contractual europeo.

De la referida presentación normativa queda claro que existe un abundante número de disposiciones de variado origen, naturaleza y jerarquía que imponen a las EC la obligación precontractual de informar. Este estado de cosas genera numerosos problemas. En primer lugar, provoca el inconveniente de que el conocimiento de las referidas normas resulta extremadamente dificultoso para los operadores del Derecho y, por supuesto, para los clientes, considerando su elevada cantidad y detalle. Asimismo, torna compleja la aplicación de tales disposiciones si se tiene en cuenta su diversa procedencia, naturaleza y rango. Además, produce los indeseados efectos propios de la falta de uniformidad entre las distintas normas, por ejemplo en cuanto a las características que resultan exigibles a la información precontractual. Así, mientras que determinadas disposiciones requieren que la información precontractual cumpla con ciertas características, otras exigen que cumpla con cualidades distintas. Lo mismo acontece con el contenido y el medio de transmisión de la información exigido por las diferentes disposiciones. El problema se agrava porque a un mismo supuesto frecuentemente le resulta aplicable más de una normativa.

Adicionalmente, cabe insistir en que las normas sobre información precontractual en materia de servicios financieros no benefician a todos los clientes por igual. Más allá de las diferencias entre los sujetos expresamente protegidos, lo grave es que la normativa sobre servicios bancarios, rompiendo con la tendencia tradicional de salvaguardar a todos los clientes de las EC, solo tutela a los que sean personas físicas, dejando fuera de su protección a los clientes empresarios.

Al margen de los anteriores inconvenientes, el problema más grave de la normativa sobre información precontractual aplicable a las EC estriba en que buena parte de ella exige a las EC informar a los clientes de manera exhaustiva acerca de un elevado número de cuestiones. Si bien resulta claro que dichas empresas deben informar a los clientes de manera adecuada en la etapa precontractual acerca de las presuposiciones contractuales teniendo en cuenta la asimetría informativa que afecta a gran parte de ellos, así como los criterios jurídicos y económicos previamente referidos, no queda claro que los fines propios de dicho tipo de información puedan cumplirse mediante el otorgamiento de una información tan detallada. En efecto, los clientes de las EC no solo carecen de la posibilidad real de manifestar una voluntad negocial plena cuando dichas empresas no les informan en manera alguna o no les informan adecuadamente, sino también cuando reciben un exceso de información.

**ii. Propuesta de una nueva normativa sobre información precontractual aplicable a las EC.** Teniendo en cuenta los apuntados inconvenientes, resulta razonable concluir que el regulador debería proceder a una nueva reglamentación de la obligación precontractual de informar de las EC que tenga en cuenta criterios como la

sistematicidad, la coherencia y el principio de protección del cliente de servicios financieros. En orden a esta propuesta podrían tenerse en cuenta las siguientes ideas.

Primero, resulta conveniente que exista una ley general sobre contratos celebrados con las EC que regule con detalle la cuestión de la información precontractual o, por lo menos, una única normativa que discipline dicha cuestión de forma específica para todo tipo de contratos sobre servicios financieros, incluidos los celebrados a distancia. De darse lugar a una regulación como esta, el conocimiento de las disposiciones sobre información precontractual aplicables a las EC no resultaría tan dificultoso como resulta hoy para los operadores del Derecho y para los clientes. Además, permitiría eliminar o moderar los problemas de superposición normativa previamente aludidos. En todo caso, por lo menos resulta imperioso que el regulador proceda a una reordenación y simplificación de la actual normativa sobre información precontractual aplicable a las EC.

Segundo, las disposiciones protectoras de las normas referidas a la contratación con EC, incluidas las relativas a la información precontractual, deberían beneficiar a todos los clientes cuyos conocimientos, experiencia o cualificación les impidan o dificulten comprender cabalmente una operación, trátese de servicios bancarios o de inversión. En este sentido, dichas disposiciones deberían establecer la obligación general de informar de las EC a los señalados clientes acerca de las presuposiciones contractuales. Así, la referida normativa debería favorecer tanto a los clientes personas físicas (que generalmente se hallarán en dicha situación) como a los clientes empresarios que se encuentren en la aludida condición (PYMES). Naturalmente, la disciplina que pudiera promulgarse en el sentido expuesto podría distinguir entre la información que debe proporcionarse a los clientes que sean personas físicas de la que debe suministrarse a los que sean empresarios. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de que la mencionada normativa pudiera beneficiar también a los clientes que no se encuentren en las referidas circunstancias, aun cuando lo lógico sería que les dispensara un grado de protección menor, como hace hoy la normativa sobre servicios de inversión con los clientes profesionales.

Tercero, la normativa propuesta debería establecer una regulación más manejable para los operadores del Derecho y para los clientes por lo que concierne a los requisitos exigidos a la información precontractual.

En cuanto a las características con que debería cumplir la información precontractual, bastaría con que dicha normativa requiriera que fuese oportuna, veraz y comprensible en atención a las circunstancias de la contratación. Según vimos en el Capítulo II, tales exigencias permiten abarcar la multiplicidad de cualidades requeridas hoy por las diversas disposiciones aplicables a la información precontractual en materia de servicios financieros. Un proceder de este tipo contribuiría a la simplificación normativa en esta materia, así como a la resolución de los problemas de superposición de normas.

En cuanto al contenido de la información, si bien la normativa propuesta debería exigir que se proporcione a los clientes de las EC una información completa, a la vez debería exigir que parte de ella se les entregue en un documento principal y la restante en uno complementario (ambos estandarizados) y que la más relevante sea destacada, sobre todo la relativa a los riesgos del producto o servicio. Ello, a fin de permitir que los clientes se concentren en los extremos más significativos en orden a la manifestación de

una plena voluntad negocial. De lo que se trata en definitiva, es de proporcionar a los clientes un *núcleo de información especialmente relevante*.

En el documento informativo principal debería figurar la información que interesa de modo esencial a los clientes: la relativa a los principales aspectos económicos del negocio jurídico, a saber, la referida al coste total del producto o servicio (precio, comisiones, intereses y todo cuanto incida en un aumento de la onerosidad de la prestación del cliente), así como a sus rendimientos y riesgos (que deberían destacarse), con presentación de los diferentes escenarios relevantes. Asimismo, debería contenerse en dicho documento la información relativa a las condiciones que puedan resultar sorprendentes para el cliente. Por su parte, en el documento complementario deberían presentarse detalladamente al cliente las presuposiciones contractuales y demás aspectos relevantes, es decir, básicamente, los referidos a los derechos y obligaciones de las partes.

En fin, por lo que concierne al mecanismo de transmisión de la información lo óptimo sería que se estableciera un único medio para todo tipo de contratación que consistiera en un documento escrito y en un soporte electrónico, sin perjuicio de que en la contratación a distancia baste con este último. Además, sería conveniente que la normativa propuesta exigiera a las EC la grabación al menos sonora del proceso de entrega y, en su caso, de obtención de información. De darse lugar a ambas propuestas, las EC y los clientes contarían con una prueba completa acerca de la regularidad de aquel proceso. Asimismo, se reducirían los debates procesales a este respecto.

En cuarto lugar, considerando la utilidad de algunas prescripciones de la normativa sobre servicios de inversión, sería recomendable su extensión a los servicios bancarios en relación con los clientes cuyos conocimientos, experiencia o cualificación les impidan comprender cabalmente ciertas operaciones, sobre todo teniendo en cuenta que también en este ámbito se ha generado una elevada litigiosidad por la comercialización de determinados productos complejos o de alto riesgo. Me refiero, básicamente a la obligación de clasificar a los clientes en minoristas o profesionales y de practicarles, en ciertos supuestos, el test de conveniencia o el de idoneidad. Así, también en el terreno de los servicios bancarios, las EC deberían evaluar a los clientes para situarlos en una u otra categoría y, en caso de que deseen contratar productos de aquella índole, deberían alertarles acerca de la conveniencia o inconveniencia de esta contratación. Asimismo, en los supuestos de asesoramiento, sea que se celebre un específico contrato a este efecto sea que las circunstancias del caso permitan concluir que concurre la referida relación, las EC deberían proceder a evaluar la idoneidad del cliente en orden a determinar si el producto o servicio recomendado se acomoda a sus necesidades, situación financiera u objetivos.

En cualquier caso, las EC deberían abstenerse de recomendar a sus clientes productos que no respondan a su particular perfil, principalmente si son complejos o involucran un grado significativo de riesgo. Naturalmente, la normativa sobre servicios financieros aquí propuesta no debería prohibir la contratación por parte de los clientes, sobre todo de los minoristas, de determinados productos y servicios, de manera que si estos deciden contratar uno que no resulte recomendable para su perfil igualmente puedan hacerlo. Eso sí, debería exigirse que el cliente firme un documento que exprese, de manera explícita y destacada, que se trata de un producto o servicio no recomendable o apto para su particular perfil.

No obstante lo anterior, teniendo en cuenta que ciertos productos y servicios, principalmente de carácter complejo o de alto riesgo, según demuestra la gran litigiosidad de los últimos años, se han revelado como inadecuados para clientes sin los conocimientos, experiencia o cualificación para comprenderlos, debería estudiarse la posibilidad de prohibirlos o de limitar su contratación por parte de dichos clientes, a semejanza de lo que ha hecho hace algunos meses el regulador en materia de participaciones preferentes.

#### **IV. Consecuencias contractuales del incumplimiento de la obligación precontractual de informar de las EC.**

**i. Variedad de consecuencias susceptibles de aplicarse a la infracción de la obligación precontractual de informar de las EC.** Finalmente, según vimos en el Capítulo III, existen diversas consecuencias susceptibles de aplicarse a la vulneración de la obligación precontractual de informar de las EC. Así, en primer lugar, la aludida vulneración puede conducir a la aplicación de consecuencias de carácter administrativo o del Derecho de la competencia en el mercado o de la publicidad. Según expusiera en dicho capítulo, se trata de efectos que no satisfacen de manera directa a los clientes de las EC.

**ii. Consecuencias contractuales.** En razón de lo anterior, resulta fundamental determinar si la violación de la obligación precontractual de informar de las EC genera también consecuencias contractuales. En este sentido, cabe tener en cuenta que solo de manera excepcional el Derecho interno y el de la UE han establecido consecuencias de aquella índole para la infracción de la obligación precontractual de informar de las EC. En el Derecho interno destacan la LCCC y la LCDSFDC. Sin perjuicio de esta constatación, no cabe duda de que en los demás casos, a falta de norma expresa, corresponde aplicar las consecuencias del Derecho común. Cabe precisar que esta conclusión opera para todos los supuestos de vulneración de la obligación precontractual de informar de las EC, incluidos aquellos de infracción de las normas sobre transparencia que rigen la contratación con dichas empresas, las cuales, según he argumentado, producen efectos contractuales directos.

En el Capítulo III he dado cuenta de las diferentes consecuencias contractuales susceptibles de ser aplicadas a la infracción de la obligación precontractual de informar de las EC. Algunas de dichas consecuencias implican el perecimiento del contrato mientras que otras permiten su conservación. Dentro de las primeras se inscriben la extinción del contrato a través del ejercicio del derecho de desistimiento, la anulación del mismo por vicio del consentimiento, la nulidad total (por infracción de norma imperativa o por abusividad derivada de falta de transparencia) y la resolución contractual. Por su parte, si no se reúnen los requisitos para que el cliente de la EC demande la anulación o la nulidad del contrato o no le interesan estas alternativas, la infracción de la obligación de informar de una EC permitiría al cliente exigir el cumplimiento del contrato cuando, aplicando las reglas sobre interpretación e integración contractual, pueda concluirse que dicha infracción repercute en el incumplimiento del negocio jurídico. A medio camino entre ambos tipos de consecuencias se encuentran la no incorporación de determinadas condiciones generales y la nulidad parcial, en tanto que permiten la conservación del contrato con un número de cláusulas inferior al originalmente convenido. En fin, reuniéndose los correspondientes presupuestos, el cliente tendría el derecho a ser indemnizado, en sede

extracontractual o contractual, dependiendo del caso, además del derecho a la restitución de la prestación realizada (deducidos los eventuales lucros obtenidos) en los casos de desistimiento, anulación o resolución.

A la hora de determinar la vía que debe privilegiarse en caso de infracción de la obligación precontractual de informar de las EC el factor principal a considerar debe ser el interés del cliente, de manera que puede afirmarse que este tiene el derecho a optar por el mecanismo que, en su concepto, salvaguarde de mejor forma sus intereses.

A pesar de la pluralidad de consecuencias contractuales susceptibles de aplicarse a la infracción de la obligación precontractual de informar de las EC, los tribunales han reflexionado ante todo en términos de si en el caso concreto el cliente ha padecido un vicio del consentimiento o no (*v. gr.*, en el caso de los *swaps* de tipos de interés). Asimismo, han aplicado, eso sí que en bastante menor medida, consecuencias como la nulidad o la responsabilidad civil.

**iii. Anulación por vicio del consentimiento.** En términos generales, las disputas judiciales a que se refiere este trabajo han versado acerca de si el cliente, al contratar, padeció un error a consecuencia de la falta o defecto de información o, en su caso, a consecuencia del incumplimiento de la obligación de recabar información que recae sobre las EC en su condición de ESI. Cuando los tribunales han dado lugar a la anulación del contrato por el vicio del error, han considerado que en el caso concreto el cliente ha padecido un yerro esencial y excusable, principalmente teniendo en cuenta la infracción de la obligación de informar de la EC y que el cliente carecía de los conocimientos, experiencia o cualificación para comprender cabalmente la respectiva operación. Incluso, la anulación del contrato se ha aplicado para supuestos en que el cliente es un empresario y para casos en que el cliente había contratado previamente productos o servicios como el enjuiciado, al haberse dado por acreditado en cada uno de ellos una falta o defecto de información. Los casos en que se ha desechado la anulación del contrato se circunscriben, básicamente, a supuestos en que se da por demostrado que el cliente contaba con los conocimientos, experiencia o cualificación para comprender la respectiva operación, sobre todo si, siendo empresario, había contratado con anterioridad productos o servicios como el sometido a litigio y tenía determinado volumen de negocios o de capital. Solo muy excepcionalmente los tribunales han dado lugar a la anulación del contrato por dolo de la EC, principalmente teniendo en cuenta la ausencia de acreditación por parte del cliente de los presupuestos de dicho vicio.

**iv. Nulidad.** En materia de nulidad contractual por infracción de la obligación de informar que tienen las EC, cabe tener en cuenta que ella puede derivar de la no incorporación de condiciones generales (al aplicarse en este caso el régimen de aquella sanción), de la infracción de una norma imperativa o de la abusividad de una o algunas cláusulas por falta de transparencia.

Por lo que concierne a la no incorporación de condiciones generales, cabe recordar que se trata de una consecuencia que opera cuando no se cumplen los requisitos informativos de inclusión de dichas condiciones. Si bien los tribunales, en buena parte de los casos aquí estudiados, reflexionan en términos del cumplimiento o incumplimiento de dichos requisitos, cuando se acredita su infracción no suelen declarar la no incorporación de las respectivas condiciones, dando lugar a otras sanciones como

la anulación por vicio del consentimiento. Así, puede decirse que la apuntada vía ha operado en la práctica a menudo como complementaria de otras.

Probablemente, una de las vías más interesantes utilizada en el último tiempo por la jurisprudencia en materia de infracción de la obligación precontractual de informar de las EC sea la nulidad de determinadas cláusulas contractuales por abusividad derivada de falta de transparencia. Destaca en este sentido la jurisprudencia del TS en materia de cláusula suelo en los préstamos con garantía hipotecaria a interés variable. Se trata de una consecuencia cuya operatividad supone que las correspondientes condiciones han superado el control de inclusión, a pesar de lo cual puede terminar dándose lugar a la nulidad de dichas condiciones por resultar abusivas a consecuencia de no haber superado el test de transparencia. Este proceder jurisprudencial implica que el cumplimiento del criterio de transparencia debe verificarse tanto en sede de requisitos de inclusión (control formal) como en sede de abusividad (control de contenido). Aun cuando el Derecho interno no contempla esta segunda vía, su aplicación se justifica por lo dispuesto en la Directiva 93/13. La mayor importancia de esta opción radica en que permite verificar si las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato, no susceptibles de controlarse, por lo común, mediante los tests de inclusión y de abusividad general, son o no transparentes y, subsiguientemente, si son abusivas o no por falta de transparencia.

En fin, solo en escasa medida los tribunales han reflexionado desde la perspectiva de la nulidad por infracción de norma imperativa. Y, cuando lo han hecho, han advertido que se trata de una consecuencia que opera solo si se reúnen rigurosos presupuestos. En mi opinión, se trata de una vía que debería ser explorada con mayor audacia por los tribunales, básicamente en el caso de clientes protegidos expresamente por normas sobre información precontractual. En efecto, considerando que tales normas son imperativas, lo lógico sería que, en caso de ser infringidas, se tuviera que dar lugar a la nulidad del contrato, cuando dicha infracción resulte relevante teniendo en cuenta la finalidad de la disposición vulnerada.

Uno de los principales beneficios para el cliente de la aplicación de la nulidad, tanto cuando opera por infracción de norma imperativa como en los demás supuestos en que resulte aplicable, estriba en que en el debate relativo a la infracción de la obligación precontractual de informar de una EC se evitan discusiones relativas a si el cliente tenía, al contratar, los conocimientos, experiencia o cualificación para comprender la respectiva operación. Eso sí, no puede desconocerse que también se trata de una consecuencia que podría generarle perjuicios al cliente, sobre todo cuando le convenga mantener la eficacia del contrato, teniendo en cuenta que la nulidad puede ser declarada de oficio por el tribunal. Por esto es que, teniendo en cuenta la opinión de autorizada doctrina y las resoluciones judiciales en esta materia, basadas en diversos principios procesales, en los conflictos relativos al cumplimiento por parte de las EC de su obligación precontractual de informar siempre debería darse lugar al debate procesal, en orden a que las EC puedan hacer uso de su derecho a defenderse y, sobre todo, a que el cliente pueda esgrimir, en su caso, los fundamentos de su pretensión de conservar el contrato. Lo cual debe entenderse sin perjuicio de que en definitiva pudiera igualmente aplicarse la referida sanción.

Es necesario tener presente que la nulidad del contrato por infracción de la obligación precontractual de informar de las EC solo resulta aplicable en relación con los clientes



protegidos expresamente por una norma que establezca dicha obligación, pero no en el de los que no lo estén. Dentro de este último grupo se encuentran los clientes empresarios que contratan servicios bancarios, que no están protegidos ni por las normas del Derecho del consumo ni por las relativas a dichos servicios, sin perjuicio de que, en su caso, les resulten aplicables las disposiciones de la LCGC. De manera que respecto de aquellos clientes no procedería aplicar la nulidad por infracción de la obligación precontractual de informar de las EC. Esto no obsta, evidentemente, a que puedan demandar y obtener, si procede, la anulación por vicio del consentimiento.

**v. Responsabilidad civil.** Tampoco los tribunales suelen imponer responsabilidad civil a las EC por la infracción de su obligación precontractual de informar. Probablemente resulte decisivo en este sentido que los clientes demandan frecuentemente la anulación por vicio del consentimiento sin pedir resarcimiento de daños. En estos casos, los tribunales habitualmente solo dan cabida a las restituciones mutuas, pero no a una reparación económica adicional a favor del cliente.

En el anterior sentido, debe tenerse en cuenta que a la aludida responsabilidad podrá aplicarse el régimen extracontractual en caso de que se dé lugar a la anulación del contrato por vicio del consentimiento o a la nulidad del mismo, correspondiendo en este supuesto el resarcimiento al cliente del interés negativo. Cuando la vulneración de la referida obligación no permita al cliente solicitar la nulidad (*v. gr.*, dolo incidental) o cuando este opte por la conservación del contrato en el caso de que dicha infracción se traduzca en el incumplimiento del mismo, teniendo en cuenta las reglas sobre interpretación e integración contractual, tendrá derecho a solicitar el cumplimiento del contrato o su resolución, más la indemnización de perjuicios por el interés positivo (y por el negativo en caso de concurrir un lucro cesante de confianza).

En las hipótesis en que las resoluciones judiciales han dado lugar a la responsabilidad civil por infracción de la obligación precontractual de informar de las EC han aplicado el régimen contractual por el hecho de haberse celebrado un contrato válido, en el bien entendido de que el cliente, al contratar, no padeció un vicio del consentimiento. Esta línea de acción ha operado sobre todo en el caso de los servicios de inversión de asesoramiento y gestión de cartera, principalmente en los supuestos de comercialización por las EC de productos financieros emitidos por entidades extranjeras. Si bien en estas hipótesis la responsabilidad contractual suele imponerse a las EC por la infracción de su obligación *contractual* de informar, igualmente es frecuente que los tribunales entiendan que, a la vez, se ha incumplido la obligación precontractual de informar acerca del instrumento financiero a que se refiere el asesoramiento o la gestión de cartera.

Teniendo en cuenta que no existen obstáculos para que la anulación, la nulidad, la resolución y el cumplimiento del contrato puedan concurrir junto con la obligación de resarcir los perjuicios causados al cliente por la vulneración de la obligación precontractual de informar de las EC, los tribunales deberían explorar con mayor detenimiento esta posibilidad en orden a resguardar suficientemente, en su caso, los intereses de los clientes que, como se sabe, son los que deben prevalecer en la contratación del mercado financiero.



## ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA\*

### STS

- 20-5-88 (RJ\1988\4318). Pte. Adolfo Carretero Pérez.
- 15-7-88 (RJ\1988\5717). Pte. Adolfo Carretero Pérez.
- 8-4-94 (RJ\1994\2733). Pte. Eduardo Fernández-Cid de Temes.
- 26-11-96 (RJ\1996\8581). Pte. Antonio Gullón Ballesteros.
- 10-10-01 (RJ\2001\8793). Pte. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.
- 2-11-01 (RJ\2002\229). Pte. Francisco Marín Castán.
- 30-9-02 (RJ\2002\8489). Pte. Antonio Romero Lorenzo.
- 20-1-03 (RJ\2003\350). Pte. José Almagro Nosete.
- 12-7-04 (RJ\2004\4342). Pte. Antonio Gullón Ballesteros.
- 17-1-05 (RJ\2005\517). Pte. Xavier O'callaghan Muñoz.
- 28-3-05 (RJ\2005\2614). Pte. Xavier O'callaghan Muñoz.
- 16-12-05 (RJ\2006\157). Pte. Francisco Marín Castán.
- 17-2-06 (RJ\2006\2930). Pte. Francisco Marín Castán.
- 25-9-06 (RJ\2006\8643). Pte. José Almagro Nosete.
- 22-12-09 (RJ\2010\703). Pte. Juan Xiol Ríos.
- 17-6-10 (RJ\2010\5407). Pte. Juan Xiol Ríos.
- 4-11-10 (RJ\2010\8021). Pte. José Ferrándiz Gabriel.
- 29-12-10 (RJ\2011\148). Pte. Jesús Corbal Fernández.
- 2-3-11 (RJ\2011\1833). Pte. José Seijas Quintana.
- 18-6-12 (RJ\2012\8857). Pte. Francisco Orduña Moreno.
- 15-11-12 (JUR\2012\389660). Pte. José Ferrándiz Gabriel.
- 15-11-12 (RJ\2013\17). Pte. José Ferrándiz Gabriel.
- 21-11-12 (RJ\2011\11052). Pte. José Ferrándiz Gabriel.
- 17-4-13 (RJ\2013\2600). Pte. Francisco Marín Castán.
- 18-4-13 (RJ\2013\1387). Pte. Rafael Sarazá Jimena.
- 9-5-13 (RJ\2013\3088). Pte. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

### SAP

- Asturias (5) 22-1-93 (AC\1993\32). Pte. Francisco Luces Gil.
- Córdoba 14-12-93 (AC\1993\2400). Pte. Antonio Ferrín Castellanos.
- Islas Baleares (3) 17-10-94 (AC\1994\2030). Pte. Carlos Gómez Martínez.
- Asturias (5) 19-4-96 (AC\1996\2521). Pte. Francisco Luces Gil.
- Málaga (4) 17-6-96 (AC\1996\1206). Pte. Francisco Arroyo Fiestas.
- Madrid (8) 26-9-97 (AC\1997\1783). Pte. José Arias Rodríguez.
- Valladolid (1) 3-10-97 (AC\1997\1983). Pte. Miguel Sendino Arenas.
- Orense (1) 19-7-99 (AC\1999\1232). Pte. Josefa Otero Seivane.
- Madrid (18) 10-5-00 (AC\2000\1446). Pte. Lorenzo Pérez San Francisco.
- Lleida (2) 21-7-00 (AC\2000\1333). Pte. Joaquín Bernat Monje.
- Sevilla (8) 7-5-01 (JUR\2001\302358). Pte. Julio Márquez de Prado y Pérez.
- Barcelona (15) 26-9-01 (AC\2001\1901). Pte. José Ferrándiz Gabriel.
- Cantabria (2) 7-5-02 (JUR\2002\186856). Pte. Clara Penín Alegre.
- Barcelona (12) 7-1-03 (JUR\2003\108331). Pte. Pascual Ortuño Muñoz.
- Valencia (6) 7-6-03 (JUR\2004\54985). Pte. Olga Casas Herraiz.
- Valencia (9) 14-11-05 (JUR\2007\43510). Pte. Purificación Martorell Zulueta.
- Madrid (28) 2-3-06 (AC\2007\64). Pte. Gregorio Plaza González.
- Valencia (9) 26-4-06 (JUR\2006\272575). Pte. Purificación Martorell Zulueta.

---

\* En este Índice solo se mencionan las sentencias relativas a servicios financieros citadas en el trabajo.

- Valencia (9) 30-10-08 (AC\2009\92). Pte. María Antonia Gaitón Redondo.
- Valencia (9) 13-11-08 (AC\2009\56). Pte. Rosa María Andrés Cuenca.
- Santa Cruz de Tenerife (3) 6-3-09 (JUR\2009\261560). Pte. M<sup>a</sup>. del C. Padilla Márquez.
- Madrid (13) 9-3-09 (JUR\2009\236141). Pte. Modesto de Bustos Gómez-Rico.
- Jaén (3) 27-3-09 (AC\2009\1604). Pte. M<sup>a</sup>. Lourdes Molina Romero.
- Álava (1) 7-4-09 (AC\2009\995). Pte. Mercedes Guerrero Romeo.
- Orense (1) 26-5-09 (AC\2009\1570). Pte. Fernando Alañón Olmedo.
- Madrid (9) 10-7-09 (AC\2009\1852). Pte. Juan Moreno García.
- Asturias (5) 27-1-10 (AC\2010\6). Pte. José Casero Alonso.
- Pontevedra (1) 7-4-10 (JUR\2010\174861). Pte. Francisco Valdés Garrido.
- León (2) 22-6-10 (ASUAPEDEFIN). Pte. Antonio Muñiz Díez.
- Asturias (5) 23-7-10 (JUR\2010\302423). Pte. José Casero Alonso.
- Ávila (1) 9-9-10 (AC\2010\1371). Pte. Jesús García García.
- Zaragoza (5) 4-10-10 (JUR\2010\374176). Pte. Alfonso María Martínez Areso.
- Valencia (9) 6-10-10 (JUR\2011\43412). Pte. Gonzalo Caruana Font de Mora.
- Lugo (1) 8-10-10 (AC\2010\1767). Pte. José Quiroga de la Fuente.
- Asturias (7) 29-10-10 (ASUAPEDEFIN). Pte. Rafael Martín del Peso.
- La Coruña (6) 4-11-10 (JUR\2011\47137). Pte. Antonio Pillado Montero.
- Burgos (3) 10-11-10 (AC\2010\1918). Pte. Juan Sancho Fraile.
- Albacete (2) 11-11-10 (JUR\2011\35319). Pte. Antonio Nebot de la Concha.
- La Coruña (6) 4-11-10 (JUR\2011\47137). Pte. Antonio Pillado Montero.
- Asturias (4) 12-11-10 (JUR\2011\367166). Pte. Francisco Tuero Aller.
- Burgos (3) 3-12-10 (AC\2010\2397). Pte. Juan Sancho Fraile.
- Asturias (7) 10-12-10 (JUR\2011\55169). Pte. Marta Gutiérrez García.
- Asturias (7) 16-12-10 (JUR\2011\62409). Pte. Marta Gutiérrez García.
- Barcelona (11) 16-12-10 (JUR\2011\88242). Pte. Bibiana Segura Cros.
- Zaragoza (5) 14-1-11 (AC\2011\288). Pte. Javier Seoane Prado.
- Álava (1) 18-1-11 (JUR\2011\59777). Pte. Edmundo Rodríguez Achutegui.
- León (2) 21-1-11 (JUR\2011\118544). Pte. Antonio Muñiz Díez.
- Salamanca (1) 31-1-11 (AC\2011\330). Pte. Ildefonso García del Pozo.
- Lugo (1) 8-2-11 (JUR\2011\146773). Pte. José Predrosa López.
- Badajoz (2) 11-2-11 (JUR\2011\115587). Pte. Carlos Carapeto y Márquez de Prado.
- Valencia (9) 15-2-11 (AC\2011\842). Pte. Rosa María Andrés Cuenca.
- Asturias (5) 16-2-11 (AC\2011\413). Pte. M<sup>a</sup>. José Pueyo Mateo.
- Asturias (7) 18-2-11 (AC\2011\428). Pte. Ramón Ibáñez de Aldecoa Lorente.
- Girona (1) 18-2-11 (JUR\2011\126980). Pte. Fernando Lacaba Sánchez.
- Asturias (4) 2-3-11 (JUR\2011\156917). Pte. José Soto-Jove Fernández.
- Zaragoza (5) 4-3-11 (JUR\2011\242704). Pte. Pedro Pérez García.
- Madrid (19) 21-3-11 (AC\2011\1056). Pte. Nicolás Díaz Méndez.
- Zaragoza (5) 28-3-11 (JUR\2011\241774). Pte. Antonio Pastor Oliver.
- Valencia (9) 29-3-11 (AC\2011\1813). Pte. Rosa María Andrés Cuenca.
- Murcia (5) 1-4-11 (AC\2011\1903). Pte. José Hervás Ortiz.
- Islas Baleares (4) 5-4-11 (JUR\2011\187094). Pte. Juana M<sup>a</sup>. Gelabert Ferragut.
- Álava (1) 14-4-11 (ASUAPEDEFIN). Pte. Mercedes Guerrero Romeo.
- Pontevedra (1) 14-4-11 (AC\2011\1937). Pte. Francisco Menéndez Estébanez.
- Madrid (18) 19-4-11 (AC\2011\1391). Pte. Teresa Fernández de Córdoba Puente-Villegas.
- Lugo (1) 2-5-11 (JUR\2011\196189). Pte. José Pedrosa López.
- Santa Cruz de Tenerife (3) 2-5-11 (JUR\2011\281708). Pte. Luis Capote Pérez.
- Asturias (4) 3-5-11 (JUR\2012\214814). Pte. Francisco Tuero Aller.
- Álava (1) 5-5-11 (JUR\2012\245362). Pte. Mercedes Guerrero Romeo.
- Barcelona (19) 9-5-11 (AC\2011\1223). Pte. José Regadera Sáenz.
- Badajoz (2) 17-5-11 (AC\2011\1254). Pte. Fernando Paumard Collado.
- Madrid (18) 17-5-11 (JUR\2011\238758). Pte. María Guadalupe de Jesús Sánchez.

- Burgos (3) 19-5-11 (AC\2011\1413). Pte. Ildefonso Barcalá Fernández de Palencia.
- Asturias (7) 24-5-11 (JUR\2011\268367). Pte. Ramón Ibáñez de Aldecoa Lorente.
- Valladolid (3) 24-5-11 (JUR\2011\405625). Pte. Ángel Muñoz Delgado.
- Lugo (1) 26-5-11 (JUR\2011\224432). Pte. José Pedrosa López.
- Pontevedra (3) 26-5-11 (JUR\2011\224465). Pte. Francisco Romero Costas.
- Castellón (3) 30-5-11 (JUR\2011\311939). Pte. José Marco Cos.
- Burgos (2) 2-6-11 (AC\2011\1352). Pte. Mauricio Muñoz Fernández.
- Santa Cruz de Tenerife (3) 2-6-11 (JUR\2011\405511). Pte. M<sup>a</sup>. Luisa Santos Sánchez.
- Valladolid (3) 7-6-11 (JUR\2011\246430). Pte. Ángel Muñoz Delgado.
- Islas Baleares (5) 20-6-11 (JUR\2011\278854). Pte. Santiago Oliver Barceló.
- Zaragoza (5) 20-6-11 (JUR\2011\245705). Pte. Antonio Pastor Oliver.
- Salamanca (1) 21-6-11 (JUR\2011\278647). Pte. José Vega Bravo.
- Valencia (9) 28-6-11 (AC\2011\2044). Pte. Gonzalo Caruana Font de Mora.
- Palencia (1) 30-6-11 (JUR\2011\276767). Pte. Mauricio Bugidos San José.
- Madrid (13) 5-7-11 (AC\2011\1493). Pte. Carlos Cezón González.
- Madrid (18) 6-7-11 (JUR\2011\309656). Pte. Lorenzo Pérez San Francisco.
- Zaragoza (5) 6-7-11 (AC\2011\1501). Pte. Pedro Pérez García.
- Navarra (1) 11-7-11 (AC\2011\1526). Pte. Begoña Argal Lara.
- Lugo (1) 13-7-11 (ROJ: SAP LU 641/2011). Pte. José Moreno Montero.
- León (2) 15-7-11 (JUR\2011\317456). Pte. Pilar Robles García.
- Madrid (25) 15-7-11 (JUR\2011\308613). Pte. Fernando Delgado Rodríguez.
- Zamora (1) 18-7-11 (AC\2011\1554). Pte. María Esther González González.
- Guipúzcoa (2) 20-7-11 (ASUAPEDEFIN). Pte. Ane Loyola Iriondo.
- Asturias (4) 21-7-11 (JUR\2011\415775). Pte. José Soto-Jove Fernández.
- Segovia (1) 21-7-11 (JUR\2011\330465). Pte. M<sup>a</sup>. Felisa Herrero Pinilla.
- Islas Baleares (5) 22-7-11 (JUR\2011\316541). Pte. Covadonga Sola Ruiz.
- Asturias (7) 25-7-11 (JUR\2011\316301). Pte. Julián Pavesio Fernández.
- Girona (1) 27-7-11 (JUR\2011\315842). Pte. M<sup>a</sup>. Isabel Soler Navarro.
- Salamanca (1) 29-7-11 (JUR\2011\337879). Pte. Jesús Pérez Serna.
- Girona (1) 1-9-11 (JUR\2011\366066). Pte. Fernando Ferrero Hidalgo.
- Tarragona (1) 1-9-11 (JUR\2011\403628). Pte. Antonio Carril Pan.
- Islas Baleares (5) 2-9-11 (AC\2011\2140). Pte. Mateo Ramón Homar.
- Álava (1) 9-9-11 (JUR\2012\45462). Pte. Iñigo Madaria Azcoitia.
- Burgos (3) 12-9-11 (JUR\2011\344998). Pte. Ildefonso Barcalá Fernández de Palencia.
- Álava (1) 15-9-11 (JUR\2012\245847). Pte. Edmundo Rodríguez Achutegui.
- Las Palmas (5) 16-9-11 (JUR\2011\376269). Pte. Víctor Caba Villarejo.
- Madrid (10) 21-9-11 (JUR\2011\356999). Pte. M<sup>a</sup>. Josefa Ruiz Marín.
- Santa Cruz de Tenerife (4) 21-9-11 (JUR\2011\410950). Pte. Pablo Moscoso Torres.
- Zamora (1) 22-9-11 (ROJ: SAP ZA 408/2011). Pte. Pedro García Garzón.
- Asturias (7) 26-9-11 (AC\2011\2197). Pte. Ramón Ibáñez de Aldecoa Lorente.
- Lugo (1) 27-9-11 (JUR\2011\359910). Pte. José Predrosa López.
- Valladolid (3) 28-9-11 (JUR\2011\358826). Pte. Miguel Sendino Arenas.
- Pontevedra (1) 30-9-11 (JUR\2011\357376). Pte. Francisco Menéndez Estébanez.
- Madrid (18) 5-10-11 (JUR\2011\392197). Pte. Jesús Rueda López.
- Las Palmas (5) 6-10-11 (JUR\2011\412704). Pte. Víctor Caba Villarejo.
- Segovia (1) 10-10-11 (JUR\2011\398647). Pte. Ignacio Pando Echavarría.
- Soria (1) 10-10-11 (JUR\2011\388514). Pte. Rafael Carnicero Giménez de Azcárate.
- Salamanca (1) 17-10-11 (JUR\2011\394620). Pte. Ildefonso García del Pozo.
- Madrid (25) 20-10-11 (ROJ: SAP M 15087/2011). Pte. M<sup>a</sup>. Cristina Doménech Garret.
- Asturias (7) 21-10-11 (JUR\2011\394393). Pte. Ramón Ibáñez de Aldecoa Lorente.
- Valencia (9) 21-10-11 (JUR\2012\13942). Pte. María Antonia Gaitón Redondo.
- Valencia (9) 28-10-11 (JUR\2012\12955). Pte. María Antonia Gaitón Redondo.
- Toledo (1) 2-11-11 (JUR\2012\10579). Pte. Gema Ocáriz Azaustre.

- Asturias (7) 3-11-11 (JUR\2011\403463). Pte. Ramón Ibáñez de Aldecoa Lorente
- Murcia (5) 3-11-11 (AC\2012\1603). Pte. José Nicolás Manzanares.
- Valladolid (1) 3-11-11 (JUR\2011\398910). Pte. José San Millán Martín.
- Asturias (4) 7-11-11 (JUR\2011\415891). Pte. Francisco Tuero Aller.
- Valencia (9) 7-11-11 (JUR\2012\13277). Pte. Gonzalo Caruana Font de Mora.
- León (2) 8-11-11 (JUR\2011\424188). Pte. Pilar Robles García.
- Valencia (9) 16-11-11 (AC\2011\2299). Pte. Gonzalo Caruana Font de Mora.
- Murcia (1) 21-11-11 (AC\2012\131). Pte. Cayetano Blasco Ramón.
- Valencia (9) 21-11-11 (JUR\2012\13759). Pte. María Antonia Gaitón Redondo.
- Madrid (18) 29-11-11 (JUR\2012\29023). Pte. María Guadalupe de Jesús Sánchez.
- Zaragoza (5) 24-11-11 (JUR\2011\429613). Pte. Antonio Pastor Oliver.
- Orense (1) 1-12-11 (JUR\2012\6144). Pte. Josefa Otero Seivane.
- León (1) 5-12-11 (JUR\2012\10305). Pte. Ricardo Rodríguez López.
- Navarra (1) 5-12-11 (ROJ: SAP NA 212/2011). Pte. José Huarte Lázaro.
- Barcelona (16) 12-12-11 (JUR\2012\22028). Pte. Agustín Ferrer Barriendos.
- Salamanca (1) 13-12-11 (AC\2012\22). Pte. Jesús Pérez Serna.
- Murcia (5) 14-12-11 (AC\2011\2364). Pte. José Nicolás Manzanares.
- León (2) 14-12-11 (AC\2012\30). Pte. Alberto Álvarez Rodríguez.
- Madrid (9) 19-12-11 (JUR\2012\21866). Pte. Juan Gordillo Álvarez Valdés.
- Zaragoza (5) 19-12-11 (JUR\2012\5618). Pte. Pedro Pérez García.
- Burgos (3) 21-12-11 (AC\2012\257). Pte. Juan Sancho Fraile.
- La Coruña (3) 30-12-11 (JUR\2012\25557). Pte. María José Pérez Pena.
- Orense (1) 3-1-12 (JUR\2012\28800). Pte. Fernando Alañón Olmedo.
- Asturias (4) 12-1-12 (JUR\2012\36786). Pte. Francisco Tuero Aller.
- Ávila (1) 12-1-12 (JUR\2012\42030). Pte. María José Rodríguez Duplá.
- Pontevedra (1) 16-1-12 (JUR\2012\41441). Pte. María Begoña Rodríguez González.
- Barcelona (14) 19-1-12 (JUR\2012\81720). Pte. Marta Font Marquina.
- La Coruña (3) 24-1-12 (JUR\2012\53700). Pte. Rafael Fernández-Porto García.
- Zaragoza (2) 24-1-12 (JUR\2012\44122). Pte. M<sup>a</sup>. Elia Mata Albert.
- Badajoz (3) 26-1-12 (AC\2012\302). Pte. María Isabel Bueno Trenado.
- Lugo (1) 26-1-12 (JUR\2012\52330). Pte. José Moreno Montero.
- Barcelona (15) 26-1-12 (JUR\2012\64559). Pte. Luis Garrido Espá.
- Zaragoza (5) 26-1-12 (JUR\2012\59566). Pte. M<sup>a</sup>. Jesús Sánchez Cano.
- Madrid (19) 27-1-12 (JUR\2012\108520). Pte. Epifanio Legido López.
- Madrid (10) 1-2-12 (JUR\2012\104839). Pte. Ángel Illescas Rus.
- Burgos (3) 2-2-12 (JUR\2012\67852). Pte. Ildfonso Barcalá Fernández de Palencia.
- La Coruña (3) 9-2-12 (AC\2012\664). Pte. M<sup>a</sup>. José Pérez Pena.
- Palencia (1) 9-2-12 (AC\2012\663). Pte. Carlos Miguelez del Río.
- Islas Baleares (3) 16-2-12 (JUR\2012\113800). Pte. Catalina M<sup>a</sup>. Moragues Vidal.
- Barcelona (17) 2-3-12 (AC\2012\1485). Pte. María Sanahuja Buenaventura.
- Madrid (10) 7-3-12 (AC\2012\1412). Pte. Ángel Illescas Rus.
- Segovia (1) 9-3-12 (ROJ: SAP SG 86/2012). Pte. Andrés Palomo del Arco.
- Madrid (28) 16-3-12 (AC\2012\1416). Pte. Enrique García García.
- Zaragoza (5) 19-3-12 (JUR\2012\126522). Pte. Antonio Pastor Oliver.
- Burgos (3) 23-3-12 (JUR\2012\137310). Pte. Juan Sancho Fraile.
- Cáceres (1) 26-3-12 (AC\2012\1418). Pte. Juan Bote Saavedra.
- Madrid (11) 26-3-12 (JUR\2012\167589). Pte. M<sup>a</sup>. Margarita Vega de la Huerga.
- Valladolid (1) 30-3-12 (JUR\2012\142520). Pte. José San Millán Martín.
- Burgos (3) 16-4-12 (ROJ: SAP BU 404/2012). Pte. Ildfonso Barcalá Fernández de Palencia.
- Barcelona (15) 19-4-12 (JUR\2012\344286). Pte. Juan Garnica Martín.
- Lugo (1) 23-4-12 (JUR\2012\158906). Pte. José Varela Agrelo.
- Cáceres (1) 24-4-12 (JUR\2012\154622). Pte. Juan Bote Saavedra.
- Pontevedra (6) 25-4-12 (JUR\2012\178529). Pte. Eugenio Miguez Tabares.

- Zaragoza (5) 8-5-12 (AC\2012\1007). Pte. Alfonso Martínez Areso.
- Barcelona (15) 17-5-12 (JUR\2012\344875). Pte. Luis Garrido Espá.
- Islas Baleares (3) 24-5-12 (AC\2012\1282). Pte. Carlos Gómez Martínez.
- Asturias (6) 28-5-12 (ROJ: SAP O 1523/2012). Pte. María Elena Rodríguez-Vigil Rubio.
- Asturias (4) 4-6-12(JUR\2012\242477). Pte. José Soto-Jove Fernández.
- Madrid (10) 26-6-12 (AC\2012\465). Pte. M<sup>a</sup>. Isabel Fernández del Prado.
- Zaragoza (4) 20-7-12 (JUR\2012\312924). Pte. María Jesús de Gracia Muñoz.
- Asturias (6) 23-7-12 (JUR\2012\290038). Pte. José Barral Díaz.
- Madrid (14) 23-7-12 (AC\2012\1509). Pte. Amparo Camazón Linacero.
- Cáceres (1) 5-10-12 (JUR\2012\368302). Pte. Antonio González Floriano.
- Salamanca (1) 11-10-12 (JUR\2012\371806). Pte. José Vega Bravo.
- Islas Baleares (3) 13-11-12 (AC\2012\1624). Pte. Carlos Gómez Martínez.
- Burgos (3) 2-12-12 (JUR\2012\67852). Pte. Ildefonso Barcalá Fernández de Palencia.
- Madrid (14) 23-12-12 (AC\2012\371). Pte. Paloma García de Ceca.
- Córdoba (1) 30-1-13 (AC\2013\184). Pte. José Yarza Sanz.
- Madrid (28) 8-2-13 (ROJ: SAP M 2921/2013). Pte. Alberto Arribas Hernández.
- Valencia (9) 5-3-13 (JUR\2013\160051). Pte. Rosa María Andrés Cuenca.
- Asturias (5) 15-3-13 (AC\2013\492). Pte. María José Pueyo Mateo.
- Alicante (8) 22-3-13 (ROJ: SAP A 576/2013). Pte. Enrique García-Chamón Cervera.
- Zaragoza (4) 10-5-13 (ROJ: SAP Z 1026/2013). Pte. Antonio Pastor Oliver.
- Asturias (4) 17-5-13 (JUR\2013\198253). Pte. Francisco Tuero Aller.
- Valencia (9) 21-5-13 (ASUAPEDEFIN). Pte. Rosa María Andrés Cuenca.





## BIBLIOGRAFÍA\*

AA.VV., CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *El Derecho de consumo en España: presente y futuro*, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 2002 (*El Derecho*).

AA.VV., “Prólogo” a *Derecho europeo de contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, T. I., Atelier, Barcelona, 2012, pp. 71-73 (“Prólogo” a *Derecho europeo de contratos*).

ACHÓN BRUÑÉN, M<sup>a</sup>. J., “Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales”, *Diario La Ley* (on line), nº 8121, 2013, s/p (“Cláusulas”).

ALBALADEJO, M., *Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, 11<sup>a</sup>. ed., puesta al día por Reglero F., J. M. Bosch, Barcelona, 2002 (*Derecho civil, II*).

ALBIEZ DOHRMANN, K., *La protección de los empresarios en la contratación con condiciones generales. Una perspectiva española y europea*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009 (*La protección*).

ALCALÁ DÍAZ, M<sup>a</sup>. Á., “La protección del consumidor en el mercado hipotecario: cambio de perspectiva en un sistema financiero en crisis”, *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense*, nº 58, 2012, pp. 1-47 (“La protección”).

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991 (*Las condiciones*).

– (Comentario al “Artículo 1”, en Menéndez Menéndez, A. y Díez-Picazo, L. (Dir.) y Alfaro Águila-Real, J. (Coord.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 98-141 ((Comentario al “Artículo 1”).

– “La unificación del Derecho Privado en la Unión Europea: perspectiva”, en Cámara Lapuente, S. (Coord.), *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 2003, pp. 107-127 (“La unificación”).

– “El control de la adecuación entre precio y prestación en el ámbito del Derecho de las cláusulas predispuestas”, en Massaguer Fuentes, J., Díaz Moreno, A., Soler Pascual, L. y Arribas Hernández, M<sup>a</sup>. L. (Dir.) y Salelles Climent, J., Guerrero Lebrón, M<sup>a</sup>. J. y Fuentes Devesa, R. (Coords.), *I Foro de Encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 219-240 (“El control”).

ALONSO ALONSO, E., “La Directiva de Mercados de Instrumentos Financieros. Un análisis desde la perspectiva del mercado de valores español”, *Boletín de la CNMV*, Trimestre IV, 2007, pp. 173-191 (“La Directiva”).

---

\* Entre paréntesis se señala la manera en que es citada cada obra o documento en el texto.

ALONSO ESPINOSA, F., “Comentarios a los artículos 1 y 2”, en Lázaro Sánchez, E. (Coord.), *Comentario a la Ley General de Publicidad*, Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2009, pp. 23-52 (“Comentarios”).

– “Participaciones preferentes y clientes minoristas de entidades de crédito”, *Diario La Ley* (on line), nº 7875, 2012, pp. 1-23. (“Participaciones preferentes”).

ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual”, *RCDI*, nº 485, 1971, pp. 687-748 (“La responsabilidad”).

ALONSO PÉREZ, M<sup>a</sup>, T., “La función de las obligaciones precontractuales de advertencia en la formación del contrato de servicios (Estudio de Derecho Contractual Europeo)”, *InDret*, nº 3, 2012, pp. 1-34 (“La función”).

ÁLVAREZ LATA, N., “Comentario” (al art. 17), en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 217-226 (“Comentario” (al art. 17)).

– “Comentario” (al art. 18), en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 227-250 (“Comentario” (al art. 18)).

– “Comentario” (al art. 110), en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp.1367-1381 (“Comentario” (al art. 110)).

ANDREU MARTÍ, M<sup>a</sup>. del M., *La protección del cliente bancario*, Tecnos, Madrid, 1998 (*La protección*).

– “Crédito al consumo”, en Botana García, G. y Ruiz Muñoz, M. (Coords.), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Mc Graw Hill, Madrid, 1999, pp. 443-461 (“Crédito”).

ARENAS GARCÍA, R., “La regulación de la responsabilidad precontractual en el Reglamento Roma II”, *InDret*, nº 4, 2008, pp. 1-27 (“La regulación”).

ARROYO I AMAYUELAS, E., “Estudio preliminar: las perspectivas de un Derecho privado europeo”, en Schulze, R. y Zimmermann, R., *Textos básicos de Derecho privado europeo*, ed. española a cargo de Arroyo I Amayuelas, E., Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 17-66 (“Estudio”).

– “Formación y perfección del contrato”, en Cámara Lapuente, S. (Coord.), *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 2003, pp. 335-370 (“Formación”).

– “Hacia un Derecho contractual más coherente: La sistematización del acervo contractual comunitario”, en Bosch Capdevila, E. (Dir.) y Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (Coord.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 209-238 (“Hacia un Derecho”).

ARROYO MARTÍNEZ, I., (Comentario al) “Artículo 1”, en *Íd.* y Miquel Rodríguez, J. (Coords.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Tecnos, Madrid, pp. 19-32 ((Comentario al) “Artículo 1”).

– (Comentario al) “Artículo 2”, en *Íd.* y Miquel Rodríguez, J. (Coords.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Tecnos, Madrid, pp. 32-36 ((Comentario al) “Artículo 2”).

ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE y SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE, *Projet de Cadre Commun de Référence. Principes Contractuels Communs*, Fauvarque-Cosson, B. y Mazeaud, D. (Coords.), en Fauvarque-Cosson, B. (Dir.), *Droit privé et européen*, Vol. 7, Société de Législation Comparée, París, 2008 (*Projet*).

ASÚA GONZÁLEZ, C., *La culpa in contrahendo. (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Universidad del País Vasco, Vizcaya, 1989 (*La culpa*).

ATAZ LÓPEZ, J., “La libertad contractual”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Dir.) y Moralejo Imbernón, N. y Quicios Molina, S. (Coords.), *Tratado de contratos*, T. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 129-167 (“La libertad”).

– “La buena fe contractual”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Dir.) y Moralejo Imbernón, N. y Quicios Molina, S. (Coords.), *Tratado de contratos*, T. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 167-171 (“La buena fe contractual”).

AYRES, I. y SCHWARTZ, A., “Remedies for The No Read Problem in Consumer Contracting”, forthcoming *Stanford Law Review*, 2013, [www.law.uchicago.edu](http://www.law.uchicago.edu), pp. 1-53 (“Remedies”).

AZNAR GINER, E., *Las negociaciones o tratos preliminares al contrato (Doctrina y jurisprudencia)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010 (*Las negociaciones*).

BADENAS CARPIO, J., (Comentario al) “Artículo 2”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 37-92 ((Comentario al) “Artículo 2”).

BdeE, *Memoria del Servicio de Reclamaciones 2010*, Madrid, 2011.

– *Memoria del Servicio de Reclamaciones 2011*, Madrid, 2012.

BALLUGERA GÓMEZ, C., *El contrato no-contrato. Enigma desvelado de las condiciones generales de la contratación*, Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006 (*El contrato*).

BAR-GILL, O., “Informing Consumers About Themselves”, *Law & Economics Research Paper Series*, Working Paper nº 44, 2007, www.ssrn.com, pp. 1-68 (“Informing”).

BAR-GILL, O. y BEN-SHAHAR, O., “Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law”, *Law & Economics Research Paper Series*, Working Paper nº 12, 2012, www.lsr.nellco.org, pp. 1-28 (“Regulatory”).

BARRACHINA, E., *Derecho del mercado de valores*, Difusión Jurídica, Madrid, 2011 (*Derecho*).

BARRY, S. y BRACHT, H., “The Implementation of the MiFID into the WpHG”, *German Law Journal*, Vol. 9, nº 9, 2008, pp. 1177-1188 (“The Implementation”).

BARROS BOURIE, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007 (*Tratado*).

BASOZABAL ARRUÉ, X., “En torno a las obligaciones precontractuales de información”, *ADC*, 62-2, 2009, pp. 647-711 (“En torno”).

BEN-SHAHAR, O., “The Myth of the ‘Opportunity to Read’ in Contract Law”, *European Review of Contract Law*, Vol. 5, nº 1, 2009, pp. 1-28 (“The Myth”).

BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., (Comentario al) “Artículo 1262”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 1491-1494 ((Comentario al) “Artículo 1262”).

– (Comentario al) “Artículo 1265”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 1496-1497 ((Comentario al) “Artículo 1265”).

– (Comentario al) “Artículo 1266”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 1497-1499 ((Comentario al) “Artículo 1266”).

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho mercantil”, en *Íd.* y Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 22-43 (“La protección”).

– “La protección jurídica del inversor en valores mobiliarios”, en *Íd.* y Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 299-326 (“La protección jurídica”).

– “Comentario” (al art. 1), en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. y Salas Hernández, J., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 17-43 (“Comentario” (al art. 1)).

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en *Íd.* y

Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 180-221 (“La defensa”).

– (Comentario al) “Artículo 1”, en *Íd.* (Coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000, pp. 23-36 ((Comentario al) “Artículo 1”).

– “Comentario” (al art. 3), en *Íd.* (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 86-99 (“Comentario” (al art. 3)).

– “Comentario” (al art. 4), en *Íd.* (Coordinador), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2009, pp. 99-104 (“Comentario” (al art. 4)).

BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y., “El caso Lehman Brothers en la jurisprudencia española. Alcance de la responsabilidad de las entidades bancarias y de las empresas de servicios de inversión”, *RDBB*, nº 128, 2012, pp. 211-240 (“El caso”).

BERNALDO DE QUIRÓS CABRERA, G., “El nuevo régimen jurídico de las Empresas de Servicios de Inversión. Principales novedades del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero”, *RDMV*, nº 3, 2008, pp. 249-268 (“El nuevo régimen”).

BLASCO GASCÓ, F. de P., “El Contrato antes del contrato (Reflexiones sobre la responsabilidad precontractual)”, en Orduña Moreno, F (Dir.) y Campusano Laguillo, A. (Coord.), *Contratación y consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 25-50 (“El contrato”).

BONET SÁNCHEZ, I., “El contrato bancario”, en Nieto Carol, U. (Dir.), *Contratos bancarios y parabancarios*, Lex Nova, Valladolid, 1998, pp. 83-103 (“El contrato”).

BOTANA GARCÍA, G., “Noción del consumidor”, en *Íd.* y Ruiz Muñoz, M. (Coords.), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Mc Graw Hill, Madrid, 1999, pp. 27-42 (“Noción”).

BOUCARD, F., *Les obligations d’information et de conseil du banquier*, Presses Universitaires D’Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2002 (*Les obligations*).

BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad civil por incitar a la contratación de productos financieros, de inversión y bancarios no deseados (*Ensayo sobre la responsabilidad civil como instrumento de protección de consumidores, clientes minoristas e inversores*)”, en Herrador Guardia, M. (Dir.), *Derecho de daños 2013*, Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 467-544 (“La responsabilidad”).

CABALLERO NÚÑEZ, G., “Las obligaciones de información a la clientela: normativa y desarrollos recientes”, *Boletín de la CNMV*, Trimestre II, 2011, pp. 107-121 (“Las obligaciones”).

CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*”, *RCDI*, nº 628, 1995, pp. 747-788 (“El ámbito”).

CALLEJO RODRÍGUEZ, C., “El deber precontractual de información: del esquema tradicional del Código Civil al régimen del Derecho de consumo”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 47, 2003, pp. 9-63 (“El deber”).

CÁMARA LAPUENTE, S., “Un Derecho privado o un Código Civil para Europa: planteamiento, nudo (y esquivo) y desenlace”, en *Íd.* (Coord.), *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 2003, pp. 47-106 (“Un Derecho”).

– “Comentario” (al art. 20), en *Íd.* (Dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, COLEX, Madrid, 2011, pp. 278-288 (“Comentario” (al art. 20)).

– “Comentario” (a los arts. 60 y 61), en *Íd.* (Dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, COLEX, Madrid, 2011, pp. 484-537 (“Comentario” (a los arts. 60 y 61)).

– “No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia. De la STJUE 3 junio 2010 (*Caja Madrid*) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo”, *CESCO*, [www.uclm.es/cesco](http://www.uclm.es/cesco), mayo 2013, pp. 1-16 (“No puede calificarse”).

CANTA, J. y DURET, L. “MIFID II: Estudio sobre la reforma de la Directiva de Mercados Financieros”, *RDMV*, nº 9, 2011, pp. 319-325 (“MIFID II”).

CARRASCO PERERA, Á, (Comentario al) “Artículo 6.3”, en Albaladejo M. y Díaz Alabart S. (Dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. I, Vol. 1º, EDERSA, Madrid, 1992, pp. 769-842 ((Comentario al) “Artículo 6.3”).

– “Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007). Ámbito de aplicación y alcance de la refundición”, *Aranzadi Civil*, nº 1, 2008, pp. 2215-2225 (“Texto refundido”).

– (Comentario al) “Artículo 7”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 64-66 ((Comentario al) “Artículo 7”).

– *Derecho de contratos*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010 (*Derecho*).

– “Novedades de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios”, [www.gomezacebo-pombo.com](http://www.gomezacebo-pombo.com), noviembre 2011, pp. 1-8 (“Novedades”).

– “Paisaje judicial de las participaciones preferentes”, [www.gomezacebo-pombo.com](http://www.gomezacebo-pombo.com), septiembre 2012 (“Paisaje judicial”), pp. 1-4.

–“La defensa de los consumidores y usuarios: ámbito de aplicación y alcance de la refundición”, *CESCO*, [www.uclm.es/cesco](http://www.uclm.es/cesco), sin año, pp. 1-9 (“La defensa”).

CARRIAZO PÉREZ DE GÚZMAN, T., “El incumplimiento de los requisitos de información previa en el proyecto de ley de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores. El desistimiento”, en Parra Madrid, A. (Dir.) y Guerrero Lebrón, M<sup>a</sup>. J. (Coord.), *Derecho patrimonial y tecnología. Revisión de los principios de la contratación electrónica con motivo del Convenio de las Naciones Unidas sobre Contratación electrónica de 23 de noviembre de 2005 y de las últimas novedades legislativas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 297-324 (“El incumplimiento”).

CARTWRIGHT, J., *Misrepresentation, Mistake and Non-Disclosure*, Sweet & Maxwell, London, 3<sup>a</sup> ed., 2012 (*Misrepresentation*).

CARVALHO MARTINS, A., *Responsabilidade pré-contratual*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002 (*Responsabilidade*).

CASEY, J-P. y LANNOO, K., *The MiFID Revolution*, Cambridge University Press, 2009 (*The MiFID Revolution*).

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, T. III (*Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*), 17<sup>a</sup> ed., Revisada y puesta al día por García Cantero, G., Reus, Madrid, 2008 (*Derecho civil*).

CAVANILLAS MÚGICA, S., “El Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”, *Aranzadi Civil*, n<sup>o</sup> 1, 2008, pp. 2133-2166 (“El Real Decreto Legislativo”).

CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, J. M., “La protección de los consumidores”, en Mateu de Ros, R. y Cendoya Méndez de Vigo, J. M. (Coords.), *Derecho de Internet. Contratación electrónica y firma digital*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000, pp. 123-142 (“La protección”).

CENTRO DEL SECTOR FINANCIERO DE PWC e IE BUSINESS SCHOOL, *MiFID II: un desafío para las entidades financieras*, junio 2011, [www.kc3.pwc.es](http://www.kc3.pwc.es), pp. 1-26 (*MiFID II*).

CERVERA-MERCADILLO TAPIA, V., “La protección del usuario de servicios de inversión”, en Botana García, G. y Ruiz Muñoz, M. (Coords.), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Mc Graw Hill, Madrid, 1999, pp. 393-418 (“La protección”).

CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M<sup>a</sup>. de la C., GALLEGO CÓRCOLES, A. y MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, M<sup>a</sup>. del P., “Crónica jurisprudencial del segundo semestre del año 2010 relativa al mercado de valores”, *RDMV*, n<sup>o</sup> 8, 2011, pp. 299-332. (“Crónica jurisprudencial del segundo semestre del año 2010 relativa al mercado de valores”).

– “Crónica jurisprudencial del primer semestre del año 2011 relativa al mercado de valores”, *RDMV*, nº 9, 2011, pp. 253-292 (“Crónica jurisprudencial del primer semestre del año 2011 relativa al mercado de valores”).

– “Crónica jurisprudencial del segundo semestre del año 2011 relativa al mercado de valores”, *RDMV*, nº 10, 2012, pp. 303-322 (“Crónica jurisprudencial del segundo semestre del año 2011 relativa al mercado de valores”).

CNMV, *Atención de reclamaciones y consultas de inversores. Memoria 2010*, [www.cnmv.es](http://www.cnmv.es) (*Atención de reclamaciones y consultas de los inversores. Memoria 2010*).

– *Atención de reclamaciones y consultas de inversores. Memoria 2011*, [www.cnmv.es](http://www.cnmv.es) (*Atención de reclamaciones y consultas de los inversores. Memoria 2011*).

CNMV, DEPARTAMENTO DE SUPERVISIÓN ESI-ECA, *Guía de actuación para el análisis de la conveniencia y la idoneidad*, 17-6-2010, [www.cnmv.es](http://www.cnmv.es) (*Guía de actuación*).

– *Guía sobre catalogación de los instrumentos financieros como complejos o no complejos*, de 14-10-2010, [www.cnmv.es](http://www.cnmv.es) (*Guía sobre catalogación*).

– *Guía sobre la prestación del servicio de asesoramiento en materia de inversión*, 23-12-2010, [www.cnmv.es](http://www.cnmv.es) (*Guía sobre la prestación*).

COCA PAYERAS, M., “Comentario” (al art. 10.2 LGDCU), en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. y Salas Hernández, J. (Coords.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 313-329 (“Comentario” (al art. 10.2 LGDCU)).

COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, LANDO, O. y BEALE, H. (Edits.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II. Combined and Revised*, Kluwer Law International, The Hague, 2000 (*Principles*).

COOTER, R. y ULEN, T., *Derecho y economía*, 1ª ed., 2ª reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, D. F., 2002 (*Derecho*).

CORDERO, E., “Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)”, *CESCO*, [www.uclm.es/cesco](http://www.uclm.es/cesco), mayo 2013, pp. 1-6 (“Nulidad”).

– “Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)”, *Diario La Ley* (on line), nº 8088, 2013 (“Cláusula”), pp. 1-4.

CORTÉS, L., “Contratos y mercados financieros”, en Menéndez, A. (Dir.), *Lecciones de Derecho mercantil*, 7ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 711-734 (“Contratos”).



– “El mercado de valores (I): organización. La inversión colectiva”, en Menéndez, A. (Dir.), *Lecciones de Derecho mercantil*, 7ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 775-800 (“El mercado”).

CUENCA GARCÍA, Á., “La protección del inversor en el ordenamiento jurídico español”, en AA.VV., *Estudios de Derecho del mercado financiero. Homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo*, Universitat de València, 2010, pp. 843-878 (“La protección”).

CUÑAT EDO, V., “Las fuentes reguladoras de la actividad contractual bancaria”, en AA.VV., *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, T. I, La Ley, Madrid, 1994, pp. 605-622 (“Las fuentes”).

– “El sistema de fuentes en el Derecho contractual bancario”, en *Íd.* (Dir.), *Protección de particulares frente a las malas prácticas bancarias*, Estudios de Derecho Judicial, nº 55, CGPJ, Madrid, 2004, pp. 265-294 (“El sistema”).

– “Las limitaciones a la libertad contractual en el ámbito contractual bancario”, en *Íd.* (Dir.), *Protección de particulares frente a las malas prácticas bancarias II*, Estudios de Derecho Judicial, nº 79, CGPJ, Madrid, 2005, pp. 11-42 (“Las limitaciones”).

DANNEMANN, G., “Consolidating EC Contract Law: An Introduction to the Work of the Acquis Group”, en RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract I. Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, Sellier, Munich, 2007, pp. XXIII-XXXII (“Consolidating”).

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “Responsabilidad por informar”, en Moreno Martínez, J. (Coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 171-206 (“Responsabilidad”).

– “Lealtad en el período precontractual”, *ADC*, 63-2, 2010, pp. 575-636 (“Lealtad”).

DE BARRÓN ARNICHES, P., “Cuestiones sobre el contrato de servicios diseñado en el Marco Común de Referencia”, *InDret*, nº 3, pp. 1-28 (“Cuestiones”).

DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, 1984 (*Derecho civil de España*).

DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites del deber precontractual de información*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010 (*Los límites*).

DE LEÓN ARCE, A., “El consumo como realidad social, económica y jurídica”, en *Íd.* y García García, L. (Coords.), *Derechos de los consumidores (Doctrina, jurisprudencia, formularios)*, 2ª ed., T. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 43-102 (“El consumo”).

DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L., “Responsabilidad en los “tratos preparatorios” del contrato”, en De Ángel Yáguez, R. e Yzquierdo Tolsada, M.,

*Estudios de responsabilidad civil. En homenaje al profesor Roberto López Cabana, Dykinson y Ciudad Argentina, Madrid-Buenos Aires, 2001, pp. 165-186 (“Responsabilidad”).*

– *Estudios sobre Derecho de contratos, integración europea y codificación, Colegios de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005 (Estudios).*

DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L. y LUNA SERRANO, A. (Trads.), *Código Europeo de Contratos*, Libro Primero, [www.accademiagiuristieuropei.it/](http://www.accademiagiuristieuropei.it/), pp. 1-74 (*Código*, Libro Primero).

DE SÁ, A., *Responsabilidade bancária*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998 (*Responsabilidade*).

– *Direito bancário*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008 (*Direito*).

DE VERDA Y BEAMONTE, J., *Error y responsabilidad en el contrato*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999 (*Error*).

– “El dolo *in contrahendo*”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 16, 2006, pp. 25-69 (“El dolo”).

– “La reticencia en la formación del contrato”, *Revista Boliviana de Derecho*, nº 11, 2011, pp. 133-174 (“La reticencia”).

DEL OLMO GARCÍA, P., “Responsabilidad por daño puramente económico causado al usuario de informaciones falsas”, *ADC*, 54-1, pp. 257-368 (“Responsabilidad”).

DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Ineficacia e invalidez de los contratos”, en Lacruz Berdejo, J. L. *et al.*, *Elementos de Derecho civil, II (Derecho de obligaciones)*, Vol. 1º (*Parte general. Teoría general del contrato*), 3ª ed., J. M. Bosch, Barcelona, 1994, pp. 561-619 (“Ineficacia”).

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Crisis económica y deudas hipotecarias: actuación y respuestas del Defensor del Pueblo*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2012 (*Crisis*).

DI NELLA, L., “Profili della nuova disciplina dei mercati finanziari”, en *Íd.* (a cura di), *La tutela del consumatore dei servizi finanziari. Applicazioni giurisprudenziali e attuazione delle direttive MiFD*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007, pp. 193-279 (“Profili”).

DÍAZ RUIZ, E., “Nulidad de las cláusulas abusivas en la contratación bancaria (*Comentario a la Sentencia de la Sala I.ª del Tribunal Supremo, núm. 792/2009, de 16 de diciembre de 2009*)”, *RDBB*, nº 119, 2010, pp. 279-306 (“Nulidad”).

– “Crédito bancario responsable”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº extraordinario 2011 en homenaje al Prof. D. Juan Luis Iglesias Prada, pp. 224-228 (“Crédito”).

DÍAZ RUIZ, E. e IGLESIAS RODRÍGUEZ, J., “A propósito de los contratos de permuta de tipos de interés (*swaps*)”, *RDBB*, nº 124, 2011, pp. 213-246 (“A propósito”).

DÍAZ RUIZ, E y RUIZ BACHS, S., “Transposición de Mifid en España”, *Actualidad Jurídica Uría y Méndez*, nº 19, 2008, pp. 15-24 (“Transposición”).

DÍEZ BALLESTEROS, J., “Obligaciones precontractuales de información en la contratación electrónica y protección de los consumidores”, *ESC*, nº 85, 2008, pp. 61-75 (“Obligaciones”).

DÍEZ-PICAZO, L., (Comentario al) “Artículo 2”, en Menéndez Menéndez, A. y Díez-Picazo, L. (Dirs.) y Alfaro Águila-Real, J. (Coord.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 142-144 ((Comentario al) “Artículo 2”).

– *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, I (Introducción. Teoría del contrato)*, 6ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007 (*Fundamentos, I*).

– *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, II (Las relaciones obligatorias)*, 6ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008 (*Fundamentos, II*).

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil, Vol. II (El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual)*, 9ª ed., 4ª reimpresión, Tecnos, Madrid, 2004 (*Sistema*).

DÍEZ-PICAZO, L., MORALES MORENO, A-M. y ROCA TRIAS, E., *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002 (*Los principios*).

DOMÍNGUEZ-ALCAHUD GARCÍA-ATANCE, V., “El derecho de información como garantía en la contratación de los consumidores y usuarios”, *Revista de Derecho UNED*, nº 3, 2008, pp. 393-407 (“El derecho”).

DURANY PICH, S., (Comentario a los) “Artículos 5 y 7”, en Menéndez Menéndez, A. y Díez-Picazo, L. (Dirs.) y Alfaro Águila-Real, J. (Coord.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 264-335 ((Comentario a los) “Artículos 5 y 7”).

EBERS, M., “Unfair Contract Terms Directive (93/13)”, en Schulte-Nölke, H., Twigg-Flesner, Ch. y Ebers, M. (Edits.), *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its Transposition in the Member States*, Sellier, Munich, 2008, pp. 197-261 (“Unfair”).

– “The Notion of Consumer”, en Schulte-Nölke, H., Twigg-Flesner, Ch. y Ebers, M. (Edits.), *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its Transposition in the Member States*, Sellier, Munich, 2008, pp. 453-465 (“The Notion”).

– “De la armonización mínima a la armonización plena. La propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores”, *InDret*, nº 2, 2010, pp. 1-47 (“De la armonización”).

EGEA FERNÁNDEZ, J., (Comentario al) “Artículo 6.3”, en Menéndez Menéndez, A. y Díez-Picazo, L. (Dirs.) y Alfaro Águila-Real, J. (Coord.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 409-425 ((Comentario al) “Artículo 6.3”).

EHMANN, H. y SUTSCHET, H., *La reforma del BGB. Modernización del Derecho alemán de obligaciones*, López Díaz, C. y Salach, U. (Trads.), Universidad Externado de Colombia, 2006 (*La reforma*).

EMBID IRUJO, J. M., “Prólogo” a Andreu Martí, M<sup>a</sup>. del M., *La protección del cliente bancario*, Tecnos, Madrid, 1998 (“Prólogo”).

ESPÍN GUTIÉRREZ, C., “Las fuentes del Derecho bancario”, en Sequeira Martín, A., Gadea Soler, E., y Sacristán Bergia, F. (Dirs.), *La contratación bancaria*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 97-127 (“Las fuentes”).

– “La clasificación y la evaluación de los clientes-inversores en la reforma de la Ley del Mercado de Valores”, *Ekonomiaz*, nº 66, 2007, pp. 164-193 (“La clasificación”).

– “El conocimiento del cliente-inversor como instrumento de protección”, en Flores Doña, M<sup>a</sup>. de la S. (Dir.) y Tapia Sánchez, M<sup>a</sup>. R. y Blanco Carrasco, M. (Coords.), *Derecho Renovado del Consumidor. Entre la economía y el Derecho*, Dilex, Madrid, 2011, pp. 259-295 (“El conocimiento”).

ESTEBAN DE LA ROSA, F., “El error como vicio del consentimiento contractual”, en Sánchez Lorenzo, S. (Edit.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 189-225 (“El error”).

FABRE-MAGNAN, M., *De l’obligation d’information dans les contrats. Essai d’une théorie*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1992 (*De l’obligation*).

FARRANDO MIGUEL, I., “SWAPs y otros derivados financieros. Problemática jurídica”, en CGPJ, *Protección del consumidor frente a actuaciones abusivas. Especial referencia al ámbito bancario: swaps, bonos garantizados y sociedades gestoras*, Cuadernos Digitales de Formación, 2012, pp. 1-84 (“SWAPs”).

FEBBRAJO, T., “Violazione delle regole di comportamento e remedi civilistici”, en Di Nella, L. (a cura di), *La tutela del consumatore dei servizi finanziari. Applicazioni giurisprudenziali e attuazione delle direttive MiFID*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007, pp. 137-189 (“Violazione”).

FELIÚ REY, I., (Comentario al) “Artículo 5”, en Arroyo Martínez, I. y Miquel Rodríguez, J. (Coords.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Tecnos, Madrid, pp. 54-62 ((Comentario al) “Artículo 5”).

FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A., *Las normas de conducta en el Derecho del mercado de valores*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2000 (*Las normas*).

FERNÁNDEZ TORRES, I., “Creación del Grupo de Usuarios Financieros”, *RDBB*, nº 119, 2010, p. 338 (“Creación del Grupo”).

FERNÁNDEZ-COSTALES MÚÑIZ, J., “Aspectos de la responsabilidad del banquero por las informaciones a los clientes y de los clientes”, en Iglesias Prada, J. L. (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, pp. 3225-3242 (“Aspectos”).

FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. de L., *La información de las entidades de crédito. Estudio especial de los informes comerciales bancarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000 (*La información*).

– “Características básicas de algunos productos de inversión (II): deuda pública, bonos, depósitos indexados y participaciones preferentes. La inversión en bienes tangibles y la tutela del consumidor. Algunas inversiones que escapan al control de la CNMV: ejemplos recientes”, en CEACCU, *El ahorro y la inversión. I Jornadas sobre Educación Financiera del Consumidor (Madrid, 12 y 13 noviembre 2009)*, pp. 1-16 (“Características”).

– “La aplicación de la normativa MIFID en España. El nivel de protección del cliente minorista. El perfil del inversor. La contratación a distancia de servicios financieros. La responsabilidad de las entidades financieras por defectos de información o mal asesoramiento al consumidor”, en CEACCU, *El ahorro y la inversión. I Jornadas sobre Educación Financiera del Consumidor (Madrid, 12 y 13 noviembre 2009)*, pp. 1-20 (“La aplicación”).

– “Anulación de los contratos de swap por defectuosa información al cliente”, en AA.VV., *Estudios de Derecho del mercado financiero. Homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo*, Universitat de València, 2010, pp. 373-396 (“Anulación”).

FERRANDO VILLALBA, L., KUSTER BOLUDA, I. y VILA LÓPEZ, N., *La protección de los consumidores ante el ahorro y la inversión*, nº 3, CEACCU, 2008 (*La protección*).

FERRE, M., “Normas de transparencia en la contratación crediticia”, *Perspectivas del Sistema Financiero*, nº 54, 1996, pp. 89-101 (“Normas”).

FERRES MORALES, D., “Estudio jurisprudencial de los contratos de permuta financiera”, *Iuris: Actualidad y Práctica del Derecho*, nº 167, 2012, pp. 45-57 (“Estudio”).

FLORES DOÑA, M<sup>a</sup>. de la S., “Naturaleza y caracterización general de la contratación bancaria electrónica con el consumidor”, *Perspectivas del Sistema Financiero*, nº 96, 2009, pp. 1-42 (“Naturaleza”).

– “Ejes del mercado europeo de instrumentos financieros”, *Perspectivas del Sistema Financiero*, nº 98, 2010, pp. 17-41 (“Ejes”).

FLUME, W., *El negocio jurídico*, Parte general del Derecho civil, T. II, 4ª ed., Miquel González, J. y Gómez Calle, E. (Trads.), Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998 (*El negocio jurídico*).

GALÁN CORONA, E., “Las Órdenes Ministeriales y Circulares del Banco de España sobre protección de la clientela: su posición ordinamental”, en AA.VV., *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, T. II, La Ley, Madrid, 1994, pp. 881-897 (“Las Órdenes”).

– “La publicidad financiera”, en AA.VV., *Estudios de Derecho del mercado financiero. Homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo*, Universitat de València, 2010, pp. 669-686 (“La publicidad”).

GALGANO, F., *El negocio jurídico*, Blasco Gascó, F. de P. y Prats Albentosa, L. (Trads.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1992 (*El negocio jurídico*).

GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Contratación mercantil*, Vol. II (*Contratación bancaria*), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003 (*Contratación mercantil*, II).

GANDOLFI, G. (Trad.), *Codice Europeo dei Contratti*, Libro Primo, [www.accademiagiuristieuropei.it/](http://www.accademiagiuristieuropei.it/), pp. 1-70 (*Codice*, Libro Primo).

GARCÍA AMIGO, M., “Las cláusulas abusivas en el Derecho comunitario: su aplicación a los servicios financieros”, en AA.VV., *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, T. I, La Ley, Madrid, 1994, pp. 909-917 (“Las cláusulas abusivas”).

GARCÍA ANGULO, B., *Nulidad de los contratos de swap en la jurisprudencia*, Eolas, Granada, 2011 (*Nulidad*).

GARCÍA CANTERO, G., “El Anteproyecto de Código europeo de Contratos”, en Cámara Lapuente, S. (Coord.), *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 2003, pp. 205-215 (“El Anteproyecto”).

– “Comentario” (al art. 8), en Cámara Lapuente, S. (Dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, COLEX, Madrid, 2011, pp. 204-212 (“Comentario” (al art. 8)).

GARCÍA MONTORO, L., “Contra la sentencia del Tribunal Supremo sobre cláusulas suelo: hay que devolver las prestaciones”, *CESCO*, [www.uclm.es/cesco](http://www.uclm.es/cesco) (Notas jurisprudenciales), 2013, pp. 1-5 (“Contra la sentencia”).

GARCÍA RUBIO, Mª. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991 (*La responsabilidad precontractual en el Derecho*).

– (Comentario al) “Artículo 7”, en Domínguez Luelmo, A. (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 68-70 ((Comentario al) “Artículo 7”).

– (Comentario al) “Artículo 1258”, en Domínguez Luelmo, A. (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1374-1375 ((Comentario al) “Artículo 1258”).

– “La responsabilidad precontractual en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXV, nº 2130, 2011, pp. 1-15 (“La responsabilidad precontractual en la Propuesta”).

GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P. y OTERO CRESPO, M., “La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo”, *Indret*, nº 2, 2010, pp. 2-62 (“La responsabilidad”).

GARCÍA VICENTE, J., “Comentario” (al art. 60), en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 765-780 (Comentario” (al art. 60)).

– “Comentario” (al art. 61), en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 780-794 (“Comentario” (al art. 61)).

– “Comentario” (al art. 65), en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 819-825 (“Comentario” (al art. 65)).

– “Comentario” (a los arts. 68 a 79), en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 845-881 (Comentario” (a los arts. 68 a 79)).

– “La contratación con consumidores”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Dir.) y Moralejo Imbernón, N. y Quicios Molina, S. (Coords.), *Tratado de contratos*, T. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1443-1582 (“La contratación”).

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J., “Artículo 5. Actos de engaño”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 115-142 (“Artículo 5”).

GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., “El Derecho imperativo –<<ius cogens>>- en la Ley núm 22/2007, de Comercialización a Distancia de Servicios Financieros destinados a los Consumidores (un análisis del artículo 3º)”, en AA.VV., *Estudios de Derecho del*

*mercado financiero. Homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo*, Universitat de València, 2010, pp. 397-416 (“El Derecho imperativo”).

– “Comentario” (al art. 7 LCDSFDC), en Cámara Lapuente, S. (Dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, COLEX, Madrid, 2011, pp. 1896-1912 (“Comentario” (al art. 7 LCDSFDC)).

GARRIDO, J. M., “Las permutas financieras de tipos de interés y obligaciones informativas de las empresas de servicios de inversión. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2012”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 288, 2013, pp. 429-464 (“Las permutas”).

GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup>. del C., “Prólogo” a Llobet I Aguado, J., *El deber de información en la formación de los contratos*, Marcial Pons, Madrid, 1996 (“Prólogo”).

GHESTIN, J., “The Pre-contractual Obligation to Disclosure Information”, en Harris, D. y Tallon, D. (Edits.), *Contract Law Today. Anglo-French Comparisons*, Oxford University Press, 1989, pp. 151-166 (“The Pre-contractual Obligation”).

GIMÉNEZ VILLANUEVA, T., “Normas de transparencia en la contratación bancaria”, en Nieto Carol, U. (Coord.), *Crédito al consumo y transparencia bancaria*, Civitas, CGPJ y Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, 1998, pp. 651-69 (“Normas”).

GOBIERNO DE ESPAÑA/MINISTERIO DE JUSTICIA, “Propuesta de anteproyecto de ley de modernización del Derecho de obligaciones y contratos”, *Boletín de Información*, año LXIII, 2009, [www.mjusticia.gob.es](http://www.mjusticia.gob.es) (“Propuesta”).

GOMÁ LANZÓN, F., “Análisis y crítica de la Orden EHA/2899/2011, de transparencia en los servicios bancarios”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 40, 2011, [www.elnotario.com](http://www.elnotario.com), s/p (“Análisis”).

GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid, 1994 (*Los deberes*).

GÓMEZ GÁLLIGO, J., “Las condiciones generales de la contratación en los contratos bancarios. El Registro de condiciones generales de la contratación y la eficacia de la inscripción”, en Sequeira Martín, A., Gadea Soler, E., y Sacristán Bergia, F. (Dirs.), *La contratación bancaria*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 241-276 (“Las condiciones”).

– “Requisitos de un sistema de seguridad jurídica preventiva eficiente. Control notarial y registral de condiciones generales nulas por abusivas”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 40, 2011, [www.elnotario.com](http://www.elnotario.com), s/p (“Requisitos”).

GÓMEZ POMAR, F., “El incumplimiento contractual en el Derecho español”, *InDret*, nº 3, 2007, pp. 1-49 (“El incumplimiento”).



GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M., “El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos”, *InDret*, nº 1, 2012, pp. 1-27 (“El futuro”).

GÓMEZ SEGADE, J., “Notas sobre el derecho de información del consumidor”, *Revista Jurídica de Catalunya*, Vol. 79, nº 3, 1980, pp. 699-724 (“Notas”).

GÓMEZ YUBERO, M<sup>a</sup>. J., “MiFID: Nuevo enfoque normativo y de supervisión orientado al riesgo”, *Boletín de la CNMV*, Trimestre I, 2007, pp. 218-231 (“MiFID”).

GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup>. del C., “STS 9 de mayo de 2013: requisitos de validez de las cláusulas suelo y consecuencias de su nulidad”, *CESCO*, [www.uclm.es/cesco](http://www.uclm.es/cesco), mayo 2013, pp. 1-12 (“STS 9 de mayo de 2013”).

GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J., “La contratación electrónica”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Dir.) y Moralejo Imbernón, N. y Quicios Molina, S. (Coords.), *Tratado de contratos*, T. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1680-1752 (“La contratación”).

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Comentario al) “Artículo 5”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000, pp. 139-192 ((Comentario al) “Artículo 5”).

– (Comentario al) “Artículo 7”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000, pp. 235-258 ((Comentario al) “Artículo 7”).

– “Comentario” (al art. 80), en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 913-938 (“Comentario” (al art. 80)).

– “Los Principios Lando”, en Bosch Capdevila, E. (Dir.) y Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (Coord.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 151-182 (“Los principios”).

GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J., “La organización del sistema bancario. Las entidades de crédito”, en Sequeira Martín, A., Gadea Soler, E. y Sacristán Bergia, F. (Dir.), *La contratación bancaria*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 47-96 (“La organización”).

GRUNDMANN, S. y ATAMER, Y. M., “European Contract Law and Banking Contracts after the Financial Crisis: Challenges for Contracting and Market Transactions”, en *Íd.* (Edits.), *Financial Services, Financial Crisis and General European Contract Law. Failure and Challenges of Contracting*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2011, pp. 3-31 (“European Contract Law”).

GRUNDMANN, S., KERBER, W. y WEATHERILL, S., “Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market – an Overview”, en *Íd.* (Edits.), *Party*

*Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, Walter de Gruyter, Berlín, 2001, pp. 3-38 (“Party Autonomy”).

GUILLÉN CARAMÉS, J., *El Estatuto jurídico del consumidor. Política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la Administración*, Civitas, Madrid, 2002 (*El estatuto*).

GUISADO MORENO, Á., “Contratación a distancia de servicios financieros. La protección del consumidor”, *Revista de Derecho de Extremadura*, nº 3, 2008, pp. 299-313 (“Contratación a distancia”).

HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de obligaciones*, CEURA, Madrid, 1983 (*Derecho de obligaciones*).

IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J., “Contratación del mercado de valores”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Dir.) y Moralejo Imbernón, N. y Quicios Molina, S. (Coords.), *Tratado de contratos*, T. V, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 4853-5043 (“Contratación”).

ILLESCAS ORTIZ, R., “La Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores y la dogmática contractual electrónica”, *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 84, 2007, pp. 3-23 (“La Ley”).

INCARDONA, R. y PONCIBÒ, C., “The Average Consumer, The Unfair Commercial Practices Directive, and the Cognitive Revolution”, *Journal of Consumer Policy*, Vol. 30, nº 1, 2007, pp. 21-38 (“The Average Consumer”).

INFANTE RUIZ, F., “Entre lo político y lo académico: un Common Frame of Reference de Derecho privado europeo”, *Indret*, nº 2, 2008, pp. 1-44 (“Entre lo político”).

JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987 (*La responsabilidad contractual*).

JUSTE MENCÍA, J., (Comentario al) “Artículo 5.4”, en Menéndez Menéndez, A. y Díez-Picazo, L. (Dirs.) y Alfaro Águila-Real, J. (Coord.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 336-360 ((Comentario al) “Artículo 5.4”).

KRUITHOF, M., “A Differentiated Approach to Client Protection: The Example of MiFID”, en Grundmann, S. y Atamer, Y. M. (Edits.), *Financial Services, Financial Crisis and General European Contract Law. Failure and Challenges of Contracting*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2011, pp. 105-162 (“A Differentiated Approach”).

LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, T. I., versión española y notas de Santos Briz, J., *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1958 (*Derecho de obligaciones*, T. I).

LARROSA AMANTE, M., “Las condiciones generales de la contratación y los contratos bancarios”, en Fluiters Casado, R. y Puyol Montero, F. (Dirs.), *Contratos*

*bancarios*, Cuadernos de Derecho Judicial, nº XX, Madrid, 2003, pp. 59-132 (“Las condiciones”).

LEDESMA MARTÍNEZ, M<sup>a</sup>. J., *Las obligaciones de hacer*, Comares, Granada, 1999 (*Las obligaciones*).

LEIÑENA MENDIZABAL, E. e IRÁKULIS ARREGI, N., “Regulación jurídica de la publicidad financiera”, *ESC*, nº 80, 2007, pp. 9-28 (“Regulación”).

LETE, J., “Consumer Rights Directive or a General European Contract Law?”, en Grundmann, S. y Atamer, Y. M. (Edits.), *Financial Services, Financial Crisis and General European Contract Law. Failure and Challenges of Contracting*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2011, pp. 87-103 (“Consumer Rights Directive”).

LYCZKOWSKA, K., “Responsabilidad del gestor de la cartera de valores por las pérdidas derivadas de la evolución de los productos financieros adquiridos”, *CESCO*, [www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco), junio 2013, pp. 1-9 (“Responsabilidad”).

LINARES POLAINO, M., “Las entidades de pago y las entidades de dinero electrónico”, en Zunzunegui, F. (Dir.), *Derecho bancario y bursátil*, 2<sup>a</sup> ed., Colex, Madrid, 2012, pp. 393-421 (“Las entidades de pago”).

LLÁCER MATA CÁS, M<sup>a</sup>. R., “Obligaciones vinculadas a la formación del contrato y codificación del Derecho de consumo: información y documentación”, en Llamas Pombo, E. (Coord.), *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, T. II, La Ley, Madrid, pp. 149-179 (“Obligaciones”).

LLEBARÍA SAMPER, S., “Protección de los consumidores en los contratos bancarios”, *Cuadernos Digitales de Formación*, CGPJ, nº 9, 2011, pp. 1-31 (“Protección”).

LLOBET I AGUADO, J., *El deber de información en la formación de los contratos*, Marcial Pons, Madrid, 1996 (*El deber*).

LLODRÀ GRIMALT, F., *El contrato celebrado bajo condiciones generales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002 (*El contrato*).

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad de los contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009 (*La nulidad*).

LUCIANI, G., “Gli obblighi informativi <<passivi>> ed <<attivi>> degli intermediari finanziari”, en Di Nella, L. (a cura di), *La tutela del consumatore dei servizi finanziari. Applicazioni giurisprudenziali e attuazione delle direttive MiIFD*, Edizioni Scinetifiche Italiane, 2007, pp. 47-85 (“Gli obblighi”).

MANZANARES SECADES, A., “La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares”, *ADC*, 37-3, 1984, pp. 687-748 (“La responsabilidad”).

– “La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo”, *ADC*, 38-4, 1985, pp. 979-1010 (“La naturaleza”).

MARCHIANDI ALBERDI, M., “Novedades de la MiFID en relación con las ESI”, *Boletín de la CNMV*, Trimestre IV, 2007, pp. 157-172 (“Novedades”).

MARIMÓN DURÁ, R., “La retribución de las entidades de crédito desde el punto de vista de las normas de transparencia bancaria”, en Cuñat Edo, V. (Dir.), *Protección de particulares frente a las malas prácticas bancarias II*, Estudios de Derecho Judicial, nº 79, CGPJ, Madrid, 2005 (“La retribución”).

MARÍN LÓPEZ, J., “El ámbito de aplicación de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación”, en Nieto Carol, U. (Dir.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 109-217 (“El ámbito”).

MARÍN LÓPEZ, M., “Comentario” (a los arts. 57 y 58), en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 709-754 (“Comentario” (a los arts. 57 y 58)).

– “Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Dir.) y Moralejo Imbernón, N. y Quicios Molina, S. (Coords.), *Tratado de contratos*, T. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 533-663 (“Requisitos”).

– “Obligación de asesoramiento, obligación de evaluar la solvencia del consumidor y otras obligaciones precontractuales del prestamista. Su regulación en el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo”, *CESCO*, [www.uclm.es/cesco](http://www.uclm.es/cesco), marzo 2011, pp. 1-9 (“Obligación”).

– “La Directiva 2011/83/UE: esquema general, ámbito de aplicación, nivel de armonización y papel de los Estados Miembros”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, nº 1, 2012, pp. 8-21 (“La Directiva 2011/83/UE”).

MARTÍN GARCÍA, M<sup>a</sup>. del L., *La publicidad: su incidencia en la contratación*, Dykinson, Madrid, 2002 (*La publicidad*).

MARTÍN SALAMANCA, S., “Los derechos potestativos en la Ley 22/2007: el derecho de desistimiento contractual”, *Perspectivas del Sistema Financiero*, nº 96, 2009, pp. 93-108 (“Los derechos”).

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de obligaciones”, *ADC*, 47-1, 1994, pp. 31-90 (“Trascendencia”).

MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., *Condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos bancarios*, Editora de Publicaciones Científicas y Profesionales, Cádiz, 2002 (*Condiciones*).

MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Inversiones a plazo atípicas (Nota a la STS de 22 de diciembre de 2009)”, *CESCO*, [www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco), marzo 2010, pp. 1-12 (“Inversiones”).

– “El nuevo régimen de la publicidad de los servicios bancarios y los productos de inversión”, *CESCO*, [www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco), septiembre 2010, pp. 1-11 (“El nuevo régimen de la publicidad”).

– “Nuevo régimen de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (Análisis de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios)”, *CESCO*, [www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco), marzo 2012, pp. 1-30 (“Nuevo régimen”).

MARTÍNEZ GALLEGO, E., “El deber de informar en la prestación de servicios profesionales”, en Sánchez Barrios, I. (Dir.), *Estudios sobre consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 345-377 (“El deber”).

MARTÍNEZ PÉREZ-ESPINOSA, A., “Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios”, *RDBB*, nº 124, 2011, pp. 279-284 (“Orden”).

MARTÍNEZ SANZ, F., “Principios de Derecho europeo de los contratos (Comisión Lando)”, en Cámara Lapuente, S. (Coord.), *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 2003, pp. 193-198 (“Principios”).

– “Buena fe”, en Cámara Lapuente, S. (Coord.), *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 2003, pp. 481-500 (“Buena fe”).

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., “El deber de información precontractual”, en Vattier, C., De la Cuesta J. M<sup>a</sup>. y Caballero J. M<sup>a</sup>. (Dir.), *Código Europeo de contratos. Academia de iusprivatistas europeos (Pavía). Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, T. I, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 159-173 (“El deber”).

MASSAGUER, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999 (*Comentario*).

MATEO, J., “Reflexiones sobre la eficacia de los contratos de permuta financiera. El desprestigio de los SWAP”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 38, 2011, [www.elnotario.com](http://www.elnotario.com), s/p (“Reflexiones”).

MATEU DE ROS, R., “El consentimiento y el proceso de contratación electrónica”, en *Íd.* y Cendoya Méndez de Vigo, J. M. (Coords.), *Derecho de Internet. Contratación electrónica y firma digital*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000, pp. 29-84 (“El consentimiento”).

MAYORGA TOLEDANO, M<sup>a</sup>. C., “Los derechos de información previa y de desistimiento en la contratación electrónica de servicios financieros. Especial referencia a los contratos bancarios”, *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 87, 2007, pp. 3-45 (“Los derechos”).

MEDICUS, D., *Tratado de las relaciones obligacionales*, Vol. I, ed. española a cargo de Martínez Sarrión, Á., Bosch, Barcelona, 1995 (*Tratado*).

MEDINA ALCOZ, M., “La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual”, *Revista de Derecho Privado*, nº 3, 2005, pp. 79-106 (“La ruptura”).

MENDOZA LOSANA, A., “Información precontractual en la Directiva 2011/83: novedades, exigencias y carencias”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, nº 1, 2012, pp. 22-28 (“Información precontractual”).

MENÉNDEZ MATO, J. C., *La oferta contractual*, Aranzadi, Pamplona, 1998 (*La oferta*).

MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización de swaps de tipos de interés por las entidades de crédito. Estudio sobre la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales*, Bosch, Barcelona, 2012 (*La comercialización*).

– “Primeras sentencias del Tribunal Supremo sobre swaps de tipos de interés comercializados por entidades de crédito”, *Iuris: Actualidad y Práctica del Derecho*, nº 190, 2013, pp. 37-42 (“Primeras sentencias”).

– “La comercialización de *swaps* de tipos de interés como parte de productos financieros. Comentario de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 30 de mayo de 2013”, *Diario La Ley* (on line), nº 8129, 2013, s/p (“La comercialización de *swaps* de tipos de interés como parte de productos financieros”).

MIRANDA SERRANO, L., “Competencia desleal y protección de los consumidores”, en Botana García, G. y Ruiz Muñoz, M. (Coords.), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Mc Graw Hill, Madrid, 1999, pp. 47-76 (“Competencia”).

– “La protección de los consumidores en la contratación: aspectos generales”, en *Íd.*, Vela Torres, P. y Priés Picardo, A., *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, en Olivencia, M., Fernández-Nóvoa, C., Jiménez de Parga, R. (Dirs.) y Jiménez Sánchez, G. (Coord.), *Tratado de Derecho Mercantil*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2006 (“La protección de los consumidores”).

– “La protección del consumidor en la etapa anterior a la celebración del contrato: aspectos concurrenciales y negociables”, *ESC*, nº 77, 2006, pp. 61-76 (“La protección del consumidor”).

– “La contratación a distancia de consumo: TRLGDCU y Directiva 2011/83/UE”, en *Íd.* y Pagador López, J. (Coords.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 145-181 (“La contratación”).

MIRANDA SERRANO, L. y PANIAGUA ZURERA, M. “La protección de los consumidores y usuarios en la fase previa a la contratación: la tutela de la libertad negocial”, en Miranda Serrano, L. y Pagador López, J. (Coords.), *Derecho (privado) de*

*los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 63-98 (“La protección de los consumidores y usuarios”).

MIRALLES SÁEZ, E., “La protección del cliente en la relación bancaria”, en Sequeira Martín, A., Gadea Soler, E. y Sacristán Bergia, F. (Dir.), *La contratación bancaria*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 277-310 (“La protección”).

MOLONEY, N., *How to Protect Investors. Lessons from the EC and the UK*, Cambridge University Press, 2010 (*How to Protect Investors*).

MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P., “Nulidad contractual de los contratos de permuta financiera de tipos de interés (swap)”, *Práctica de Tribunales* (La Ley on line), nº 93, 2012, pp. 1-25 (“Nulidad”).

MONTES RODRÍGUEZ, M<sup>a</sup>. P., “Novedades en la normativa de protección de los consumidores en la contratación de servicios financieros”, en AA.VV., *Estudios de Derecho del mercado financiero. Homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo*, Universitat de València, 2010, pp. 879-907 (“Novedades”).

MORALEJO MENÉNDEZ, I., “Artículo 7. Omisiones engañosas”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 159-196 (“Artículo 7”).

– “Las normas de actuación en los mercados de valores”, en Campusano, A., Conlledo Lantero, F. y Palomo Zurdo, R., (Dir.), *Los mercados financieros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 341-395 (“Las normas”).

MORALES MORENO, A-M., (Comentario a los) “Artículos 1269 y 1270”, en Albaladejo M. y Díaz Alabart S. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVII, Vol. 1º-B, EDERSA, Madrid, 1993, pp. 378-440 ((Comentario a los) “Artículos 1269 y 1270”).

– *El error en los contratos*, CEURA, Madrid, 1998 (*El error*).

– *La modernización del Derecho de obligaciones*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006 (*La modernización*).

– *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010 (*Incumplimiento*).

– “¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios? Reflexiones sobre la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos en el marco del Derecho europeo”, en Albiez Dohrmann, K. (Dir.) y Palazón Garrido, M<sup>a</sup>. L. y Méndez Serrano, M<sup>a</sup>. del M. (Coords.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 400-422 (“¿Es posible”).

MORENO QUESADA, B., “La protección del consentimiento contractual, hoy”, en Llamas Pombo, E. (Coord.), *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, T. II, La Ley, Madrid, pp. 449-462 (“La protección”).

MORENO-LUQUE CASARIEGO, C., “La protección previa a la contratación de bienes y servicios”, en De León Arce, A. y García García, L. (Coords.), *Derechos de los consumidores (Doctrina, jurisprudencia, formularios)*, 2ª ed., T. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 193-228 (“La protección”).

NASARRE AZNAR, S., “Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria”, *RCDI*, nº 727, 2011, pp. 2665-2737 (“Malas prácticas”).

– “II.-3:101-II.-3:103”, en Vaquer Aloy, A., Bosch Capdevila, E. y Sánchez González, Mª. P. (Coords.), *Derecho europeo de contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, T. I., Atelier, Barcelona, 2012, pp. 183-217 (“II.-3:101-II.-3:103”).

– “II.-3:109: Remedios para el caso de incumplimiento de los deberes de información”, en Vaquer Aloy, A., Bosch Capdevila, E. y Sánchez González, Mª. P. (Coords.), *Derecho europeo de contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, T. I., Atelier, Barcelona, 2012, pp. 234-246 (“II.-3:109: Remedios”).

NASARRE AZNAR, S. y SIMÓN MORENO, H., “II.-3:104-II.-3:108”, en Vaquer Aloy, A., Bosch Capdevila, E. y Sánchez González, Mª. P. (Coords.), *Derecho europeo de contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, T. I, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 217-234 (“II.-3:104-II.-3:108”).

NAVARRO GANCEDO-RODRÍGUEZ, F., “La información a inversores en la administración de valores negociables”, *RDMV*, nº 9, 2011, pp. 63-119 (“La información”).

NIETO CAROL, U., “Contratación bancaria y condiciones generales”, en *Íd.* (Dir.), *Contratos bancarios y parabancarios*, Lex Nova, Valladolid, 1998, pp. 175-214 (“Contratación”).

NOVAL LAMAS, J., “El derecho de información en la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores”, *RDBB*, nº 126, 2012, pp. 215-245 (“El derecho”).

OICU-IOSCO, TECHNICAL COMMITTEE OF THE INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS, *Principles on Point of Sale Disclosure. Financial Report*, febrero 2011, [www.iosco.org](http://www.iosco.org), pp. 1-34 (*Principles*).

OLAIZOLA, F., “Poner al lobo a cuidar de las ovejas. Las preferentes, los swaps y el 'cambio de paradigma' en la contratación bancaria”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 44, 2012, [www.elnotario.com](http://www.elnotario.com), s/p (“Poner al lobo”).

ORDUÑA MORENO, F., “Derecho de la contratación y condiciones generales”, en *Íd.* y Tomillo Urbina, J. (Dirs.) y Campusano Laguillo, A. (Coord.), *Contratación bancaria*, T.I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 23-104 (“Derecho”).

ORTÍ VALLEJO, A., “Comentario” (al art. 13.1 LGDCU), en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. y Salas Hernández, J. (Coords.), *Comentarios a la Ley General para la*



*Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 397-423 (“Comentario” (al art. 13.1 LGDCU)).

PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*, Marcial Pons, Madrid, 1999 (*Condiciones*).

– “Las condiciones generales de la contratación: introducción y régimen jurídico de los contratos celebrados mediante ellas”, en Botana García, G. y Ruiz Muñoz, M. (Coords.), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Mc Graw Hill, Madrid, 1999, pp. 163-184 (“Las condiciones”).

– “Requisitos de incorporación de las condiciones generales y consecuencias negociales”, en Nieto Carol, U. (Dir.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 219-300 (“Requisitos”).

– “La protección del consumidor en el contrato de seguro”, en Miranda Serrano, L. y Pagador López, J. (Coords.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 367-388 (“La protección”).

PALACIOS GONZÁLEZ, M<sup>a</sup>. D., “El deber de información en los contratos con consumidores”, en Espiau Espiau, S. y Vaquer Aloy, A. (Edits.), *Bases de un Derecho contractual europeo. Bases of a European Contract Law*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003, pp. 89-96 (“El deber”).

PAMPLONA HERNÁNDEZ, A., “El Derecho del mercado financiero”, en De la Cuesta Rute, J. M<sup>a</sup>. (Dir.) y Valpuesta Gastaminza, E. (Coord.), *Contratos mercantiles*, T. III (*Contratos bancarios, del mercado de valores y de seguro*), Bosch, Barcelona, 2007, pp. 19-73 (“El Derecho”).

PANIAGUA ZURERA, M. y MIRANDA SERRANO, L., “La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción del Derecho de los consumidores”, en Miranda Serrano, L. y Pagador López, J. (Coords.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 20-62 (“La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción”).

PARDO GARCÍA, B., *La comercialización por los bancos de productos financieros de terceros*, Fundación Registral, Madrid, 2009 (*La comercialización*).

PASCUAL ESTEVILL, L., “La responsabilidad precontractual”, *La Ley*, nº 4, 1994, pp. 936-945 (“La responsabilidad precontractual”).

PASQUAU LIAÑO, M., (Comentario al) “Artículo 8.1 y 2”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. y Salas Hernández, J., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 139 ((Comentario al) “Artículo 8.1 y 2”).

– (Comentario a los) “Artículos 9 y 10”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 271-309 ((Comentario a los) “Artículos 9 y 10”).

PAÑOS PÉREZ, A., *Derechos y garantías del consumidor en el ámbito contractual*, Universidad de Almería, 2010 (*Derechos*).

PARDO LÓPEZ, M<sup>a</sup>. M., “Comentario al artículo 3”, en Lázaro Sánchez, E. (Coord.), *Comentario a la Ley General de Publicidad*, Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2009, pp. 53-83 (“Comentario”).

PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup>. Á., “Responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos”, en Reglero Campos, L. F., *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 421-556 (“Responsabilidad”).

– “Comentario” (al art. 18), en Cámara Lapuente, S. (Dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, COLEX, Madrid, 2011, pp. 263-270 (“Comentario” (al art. 18)).

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., “Principio de eficiencia y Derecho privado”, en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Vol. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 2843-2900 (“Principio”).

PEÑA LÓPEZ, F., “Comentario” (al art. 8), en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 114-127 (“Comentario” (al art. 8)).

– “Comentario” (al art. 10), en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 135-149 (“Comentario” (al art. 10)).

– “De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia. Artículos 1902 a 1910”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 2153-2171 (“De las obligaciones”).

PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección del consumidor en la contratación bancaria”, en Miranda Serrano, L. y Pagador López, J. (Coords.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 415-433 (“La protección”).

PÉREZ GARCÍA, P., *La información en la contratación privada. En torno al deber de informar en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Instituto Nacional del Consumo, (sin ciudad), 1990 (*La información*).

PÉREZ TROYA, A., “Las medidas de reforma de la Ley Financiera: sistematización y síntesis”, *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad de Alcalá), nº 2003, 2003-2004, pp. 141-211 (“Las medidas”).

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004 (*Las cláusulas*).

– “Los contratos de adhesión”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Dir.) y Moralejo Imbernón, N. y Quicios Molina, S. (Coords.), *Tratado de contratos*, T. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1585-1680 (“Los contratos”).

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. y RAGEL SÁNCHEZ, L., “El contrato en el Derecho privado”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Dir.) y Moralejo Imbernón, N. y Quicios Molina, S. (Coords.), *Tratado de contratos*, T. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 273-293 (“El contrato”).

PETIT LAVALL, M<sup>a</sup>. V., *La protección del consumidor de crédito: las condiciones abusivas de crédito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996 (*La protección*).

– “El régimen jurídico de la contratación con consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de la intermediación en el crédito por entidades no de crédito de la Ley 2/2009, de 31 de marzo”, en AA.VV., *Estudios de Derecho del mercado financiero. Homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo*, Universitat de València, 2010, pp. 909-925 (“El régimen”).

PINILLOS LORENZANA, Á., “La protección del cliente en los mercados financieros”, en Campusano, A., Conlledo Lantero, F. y Palomo Zurdo, R., (Dir.), *Los mercados financieros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 77-104 (“La protección”).

PINO ABAD, M., “Derecho de la publicidad y protección de los consumidores”, en Botana García, G. y Ruiz Muñoz, M. (Coords.), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Mc Graw Hill, Madrid, 1999, pp. 77-99 (“Derecho”).

PLAZA PENADÉS, J., “Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo”, *Diario La Ley* (on line), nº 8097, 2013, s/p (“Delimitación”).

POSNER, R., *El análisis económico del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, D. F., 1998 (*El análisis*).

PRATS ALBENTOSA, L., “La unificación del Derecho contractual europeo”, *Escritura Pública*, nº 70, 2011, pp. 48-51 (“La unificación”).

QUICIOS MOLINA, S., “La ineficacia contractual”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Dir.) y Moralejo Imbernón, N. y Quicios Molina, S. (Coords.), *Tratado de contratos*, T. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1213-1405 (“La ineficacia”).

QUIÑONERO CERVANTES, E., “El dolo omisivo”, *Revista de Derecho Privado*, LXIII, 1979, pp. 345-357 (“El dolo”).

QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Buena fe y lealtad contractual”, en Sánchez Lorenzo, S. (Edit.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 341-404 (“Buena fe”).

RAE, *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima segunda ed., 2001 (*Diccionario*).

RALUCA STROIE, I., “Error en el consentimiento en un contrato de permuta financiera”, *CESCO*, [www.uclm.es/cesco](http://www.uclm.es/cesco), enero 2011, pp. 1-3 (“Error”).

– “La Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores, desde sus orígenes hasta la publicación en el Diario Oficial De La Unión Europea”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, nº 1, 2012, pp. 1-7 (“La Directiva 2011/83/UE”).

– “Deberes de información en los contratos de permuta financiera: un recorrido por la jurisprudencia civil de 2012”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, nº 5, 2013, pp. 124-151 (“Deberes de información”).

RAMOS HERRANZ, I., “Contratos bancarios celebrados con consumidores”, en Botana García, G. y Ruiz Muñoz, M. (Coords.), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Mc Graw Hill, Madrid, 1999, pp. 363-392 (“Contratos”).

REDONDO TRIGO, F., “La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MIFID”, *RCDI*, nº 723, 2011, pp. 625-655 (“La nulidad”).

REGADERA SÁENZ, J., “El consentimiento en los contratos bancarios complejos”, en Perarnau Moya, J. (Dir.), *Protección de los particulares sobre las malas prácticas bancarias. Especial referencia a los intereses moratorios y remuneratorios*, Cuadernos Digitales de Formación, CGPJ, nº 9, 2011, pp. 1-32 (“El consentimiento”).

REGLERO CAMPOS, L. F., “Conceptos generales y elementos de delimitación”, en *Íd.* (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp., 47-246 (“Conceptos”).

RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract I. Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, Sellier, Munich, 2007 (*Principles*).

REYES LÓPEZ, M<sup>a</sup>. J., *Manual de Derecho privado del consumo*, La Ley, Madrid, 2009 (*Manual*).

RIBAS ALEJANDRO, J., *Aspectos jurídicos del comercio electrónico en Internet*, 2<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003 (*Aspectos*).

RIBOT IGUALADA. J. (Comentario al) “Artículo 1262”, en Domínguez Luelmo, A. (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1380-1383 ((Comentario al) “Artículo 1262”).

– (Comentario al) “Artículo 1265”, en Domínguez Luelmo, A. (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1386-1387. ((Comentario al) “Artículo 1265”).

– (Comentario al) “Artículo 1266”, en Domínguez Luelmo, A. (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1387-1389 ((Comentario al) “Artículo 1266”).

RIVERO ALEMÁN, S., *Crédito, consumo y comercio electrónico. Aspectos jurídicos bancarios*, Aranzadi, Navarra, 2002 (*Crédito*).

RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Del Derecho romano a la sociedad posindustrial”, en Lacruz Berdejo, J. L. *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, II (*Derecho de obligaciones*), Vol. 1º (*Parte general. Teoría general del contrato*), 3ª ed., J. M. Bosch, Barcelona, 1994, 345-357 (“Del Derecho romano”).

– “Los vicios del consentimiento contractual”, en Lacruz Berdejo, J. L. *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, II (*Derecho de obligaciones*), Vol. 1º (*Parte general. Teoría general del contrato*), 3ª ed., J. M. Bosch, Barcelona, 1994, pp. 377-395 (“Los vicios”).

– “La formación del contrato”, en Lacruz Berdejo, J. L. *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, II (*Derecho de obligaciones*), Vol. 1º (*Parte general. Teoría general del contrato*), 3ª ed., J. M. Bosch, Barcelona, 1994, 395-402 (“La formación”).

ROCA TRÍAS, E., “El “Study Group a European Civil Code” (Proyecto Von Bar)”, en Cámara Lapuente, S. (Coord.), *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 2003, pp. 199-204 (“El “Study Group”).

RODRIGO PEREDA DE PABLO, Á., “El asesoramiento de inversiones y las empresas de asesoramiento financiero. La Circular 10/2008, de 30 de diciembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre Empresas de Asesoramiento Financiero”, *RDMV*, nº 4, 2009, pp. 501-511 (“El asesoramiento”).

RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “El Derecho bancario. Sus fuentes”, en Nieto Carol, U. (Dir.), *Contratos bancarios y parabancarios*, Lex Nova, Valladolid, 1998, pp. 55-77 (“El Derecho”).

RODRÍGUEZ MASEDA, J. C., “Las operaciones bancarias”, en Campusano, A., Conlledo Lantero, F. y Palomo Zurdo, R., (Dir.), *Los mercados financieros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 589-611 (“Las operaciones bancarias”).

RODRÍGUEZ MORATA, F., (Comentario al) “Artículo 6”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 60-64 ((Comentario al) “Artículo 6”).

RODRÍGUEZ RAMOS, L., “La protección penal del mercado financiero”, en Zunzunegui, F. (Dir.), *Derecho bancario y bursátil*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2012, pp. 685-703 (“La protección”).

ROJO, Á., “El empresario”, en Menéndez, A., *Lecciones de Derecho mercantil*, 7ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 41-76 (“El empresario”).

ROJO AJURIA, L., *El dolo en los contratos*, Civitas, Madrid, 1994 (*El dolo*).

ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., “Mecanismos jurídicos de protección del cliente inversor frente a las entidades prestadoras de servicios de inversión”, *RDBB*, nº 114, 2009, pp. 59-117 (“Mecanismos”).

– *La disciplina de la información prevista por la normativa del mercado de valores: Un cauce para la seguridad jurídica del inversor ante la actual crisis económica*, Universidad de Granada, 2011 (*La disciplina*).

– “La información exigida a los operadores como valor para la eficiencia del mercado de valores”, *RDBB*, nº 126, 2012, pp. 161-213 (“La información”).

ROSSI, M<sup>a</sup>. G., *Correttezza precontrattuale e sollecitazione all’investimento. La responsabilità da collocamento di strumenti finanziari*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007 (*Correttezza*).

RUIZ JIMÉNEZ, J., “La información de los consumidores en el ámbito comunitario”, en AA.VV., *Libro-homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Vol. 2, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, Madrid, 2006, pp. 643-666 (“La información”).

RUIZ MUÑOZ, M. “Introducción a la protección jurídica de los consumidores”, en Botana García, G. y Ruiz Muñoz, M. (Coords.), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Mc Graw Hill, Madrid, 1999, pp. 3-26 (“Introducción”).

SALELLES CLIMENT, J., “La disciplina de los agentes económicos que operan en el mercado”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Dir.) y Moralejo Imbernón, N. y Quicios Molina, S. (Coords.), *Tratado de contratos*, T. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 171-270 (“La disciplina”).

SALVADOR CODERCH, P. y RUIZ GARCÍA, J., (Comentario al) “Artículo 6.2”, en Menéndez Menéndez, A. y Díez-Picazo, L. (Dirs.) y Alfaro Águila-Real, J. (Coord.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 384-408 ((Comentario al) “Artículo 6.2”).

SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “El inversor: aproximación a la figura”, en *Íd.* y Sáenz García de Albizu, J. C., Oleo Banet, F. y Martínez Flores, A. (Edits.), *Estudios jurídicos sobre el mercado de valores*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 527-533 (“El inversor”).

– “La protección del inversor en el mercado de capitales”, en *Íd.* y Sáenz García de Albizu, J. C., Oleo Banet, F. y Martínez Flores, A. (Edits.), *Estudios jurídicos sobre el mercado de valores*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 535-551 (“La protección”).

– “Derecho y Mercado”, en Menéndez, A. (Dir.). *Lecciones de Derecho mercantil*, 7<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 593-608 (“Derecho y Mercado”).

SÁNCHEZ ARISTI, R., “Disposiciones generales. Artículos 1088-1083”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 1271-1282 (“Disposiciones generales”).

– “De la naturaleza y efecto de las obligaciones. Artículos 1094 a 1107”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 1282-1313 (“De la naturaleza”).

SÁNCHEZ CALERO, F., “Nueva reforma de la Ley del Mercado de Valores”, *RDBB*, nº 107, 2007, pp. 269-273 (“Nueva reforma”).

SÁNCHEZ GÓMEZ, A., “Comentario” (al art. 93), en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 1199-1211 (“Comentario” (al art. 93)).

– “Comentario” (al art. 97), en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 1239-1256 (“Comentario” (al art. 97)).

– “Comentario” (al art. 101), en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 1285-1290 (“Comentario” (al art. 101)).

SÁNCHEZ LORENZO, S., “La unificación del Derecho contractual y su problemática: La respuesta de la Unión Europea”, en Bosch Capdevila, E. (Dir.) y Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (Coord.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 85-118 (“La unificación”).

SÁNCHEZ MARTÍN, C., “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas. Su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria”, *Diario La Ley* (on line), nº 8092, 2013, s/p (“El control”).

SÁNCHEZ MIGUEL, M<sup>a</sup>. C., “La responsabilidad de las entidades de crédito en su actuación profesional”, en AA.VV., *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, T. I, La Ley, Madrid, 1994, pp. 2427-2448 (“La responsabilidad”).

SÁNCHEZ MONJO, M., “El nuevo régimen de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre”, *RDMV*, nº 10, 2012, pp. 287-302 (“El nuevo”).

SÁNCHEZ RUIZ, M., “Comentario a los artículos 4 y 5”, en Lázaro Sánchez, E. (Coord.), *Comentario a la Ley General de Publicidad*, Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2009, pp. 84-131 (“Comentario”).

SANCHO REBULLIDA, F. de A., “La relación jurídica obligacional”, en Lacruz Berdejo, J. L. *et al.*, *Elementos de Derecho civil, II (Derecho de obligaciones)*, Vol. 1º (Parte general. Teoría general del contrato), 3ª ed., J. M. Bosch, Barcelona, 1994, pp. 9-13 (“La relación”).

SANGIOVANNI, V., “La nullità del contratto nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari”, *Corriere Giuridico*, nº 10, 2008, pp. 1469-1474 (“La nullità”).

SANTOS MORÓN, Mª. J., “Información precontractual, forma y prueba del contrato”, en Botana García, G. y Ruiz Muñoz, M. (Coords.), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Mc Graw Hill, Madrid, 1999, pp. 135-161 (“Información”).

SARAZÁ JIMENA, R., “La ley sobre condiciones generales de contratación”, *Jueces para la Democracia*, nº 32, 1998, pp. 50-57 (“La ley”).

SASTRE CORCHADO, G., “La regulación de los conflictos de intereses en la MIFID”, *RDMV*, nº 3, 2008, pp. 227-247 (“La regulación”).

SERRA RODRÍGUEZ, A., “El derecho de desistimiento en la contratación a distancia de servicios financieros destinados a consumidores”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 25, 2011, pp. 19-33 (“El derecho de desistimiento”).

SHÄFER, H-B y OTT, C., *Manual de análisis económico del Derecho*, Von Casternn-Lichterfelde, M. (Trad.), Tecnos, Madrid, 1991 (*Manual*).

SCHEPPELE, K., *Legal Secrets. Equality and Efficiency in the Common Law*, The University of Chicago Press, Chicago, 1988 (*Legal Secrets*).

SCHERMAIER, M., “Error, falsa representación y deberes precontractuales de información: la tradición del *civil law*”, Salgado Ramírez, C. (Trad.), *Revista de Derecho Privado*, nº 23, 2012, pp. 65-88 (“Error”).

SCHULTE-NÖLKE, H., “Right of withdrawal”, en *Íd.*, Twigg-Flesner, Ch. y Ebers, M. (Edits.), *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its Transposition in the Member States*, Sellier, Munich, 2008, pp. 471-482 (“Right of withdrawal”).

SCHULTE-NÖLKE, H. y BÖRGER, A., “Distance Selling Directive (97/7)”, en Schulte-Nölke, H., Twigg-Flesner, Ch. y Ebers, M. (Edits.), *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its Transposition in the Member States*, Sellier, Munich, 2008, pp. 307-364 (“Distance Selling Directive”).

SCHULZE, R., “Deberes precontractuales y conclusión del contrato en el Derecho Contractual Europeo”, *ADC*, 59-1, 2006, pp. 29-58 (“Deberes”).

SIMÓN MORENO, H., “II.-1:102 y II.-1:103”, en Vaquer Aloy, A., Bosch Capdevila, E. y Sánchez González, Mª. P. (Coords.), *Derecho europeo de contratos. Libros II y IV*



*del Marco Común de Referencia*, T. I., Atelier, Barcelona, 2012, pp. 84-92 (“II.-1:102 y II.-1:103”).

STIGLITZ, R., “La obligación precontractual y contractual de información. El deber de consejo”, *ESC*, nº 42, 1997, pp. 43-54 (“La obligación”).

TAPIA HERMIDA, A., “Las normas de protección de la clientela en el mercado de valores”, *RDBB*, nº 63, 1996, pp. 561-607 (“Las normas”).

– *Derecho bancario*, Cálamo Producciones Editoriales, Barcelona, 2002 (*Derecho bancario*).

– *Derecho del mercado de valores*, 2ª ed., Cálamo, Barcelona, 2003 (*Derecho del mercado*).

– “El concepto y la clasificación de los contratos bancarios”, en Sequeira Martín, A., Gadea Soler, E. y Sacristán Bergia, F. (Dir.), *La contratación bancaria*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 131-144 (“El concepto”).

– “Desarrollo de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros por el Reglamento (CE) n. 1287/2006 de la Comisión y por la Directiva 2006/73/CE de la Comisión”, *RDBB*, nº 105, 2007, pp. 173-176 (“Desarrollo de la Directiva 2004/39/CE”).

– “La Ley 22/2007, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores”, *RDBB*, nº 107, 2007, pp. 281-288 (“La Ley 22/2007”).

– “La reforma de la Ley del Mercado de Valores por la Ley 47/2007”, *RDBB*, nº 109, 2008, pp. 306-313 (“La reforma”).

– “Desarrollo reglamentario de la normativa sobre empresas de servicios de inversión: el Real Decreto 217/2008”, *RDBB*, nº 110, 2008, pp. 260-267 (“Desarrollo reglamentario de la normativa”).

– “Doctrina jurisprudencial sobre productos financieros complejos: la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2009”, *RDBB*, nº 118, 2010, pp. 259-266 (“Doctrina jurisprudencial”).

– “Desarrollo reglamentario de las normas de protección de la clientela en los servicios de inversión: la Orden EHA/1665/2010, sobre tarifas y contratos-tipo y la Orden EHA/1717/2010, sobre publicidad”, *RDBB*, nº 119, 2010, pp. 321-326 (“Desarrollo reglamentario de las normas”).

– “Jurisprudencia reciente de Audiencias Provinciales sobre demandas de nulidad por error en la comercialización de productos financieros por los bancos”, *RDBB*, nº 124, 2011, pp. 273-276 (“Jurisprudencia”).

– “Contratos bancarios sobre instrumentos financieros: gestión de carteras y custodia y administración de instrumentos financieros”, en Zunzunegui, F. (Dir.),

*Derecho bancario y bursátil*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2012, pp. 595-628 (“Contratos bancarios”).

– “La jurisprudencia reciente sobre comercialización de contratos e instrumentos financieros complejos por los bancos: la justicia del caso concreto”, *RDBB*, nº 129, 2013, pp. 326-330 (“La jurisprudencia reciente”).

TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., “Protección del inversor. En especial el deber de información pre y postcontractual”, *Perspectivas del Sistema Financiero*, nº 98, 2010, pp. 99-126 (“Protección del inversor”).

– “Protección del consumidor en la contratación a distancia de servicios financieros”, en Flores Doña, M<sup>a</sup>. de la S. (Dir.) y Tapia Sánchez, M<sup>a</sup>. R. y Blanco Carrasco, M. (Coords.), *Derecho Renovado del Consumidor. Entre la economía y el Derecho*, Dilex, Madrid, 2011, pp. 217-257 (“Protección del consumidor”).

TEJEDOR MUÑOZ, L., “Protección de los consumidores frente a la publicidad en la Unión Europea”, en AA.VV., *Libro-homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Vol. 2, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, Madrid, 2006, pp. 677-711 (“Protección”).

TEKINALP, Ü., “Investor Protection and Investment Firms’ Duty of Care and Loyalty to Clients”, en Grundmann, S. y Atamer, Y. M. (Edits.), *Financial Services, Financial Crisis and General European Contract Law. Failure and Challenges of Contracting*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2011, pp. 165-177 (“Investor Protection”).

TISON, M., “The Civil Law Effects of MiFID in a Comparative Law Perspective”, *Financial Law Institute Working Papers Series*, nº 5, 2010 (“The Civil Law Effects”), pp. 1-17.

TRIBUNAL SUPREMO (Sala Primera), *Jornada sobre las repercusiones de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria. Especial referencia al régimen transitorio. Conclusiones del encuentro*, [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es), mayo 2103, pp. 1-4 (*Jornada*).

TWIGG-FLESNER, CH., “Information Duties”, en Schulte-Nölke, H., Twigg-Flesner, Ch. y Ebers, M. (Edits.), *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its Transposition in the Member States*, Sellier, Munich, 2008, pp. 482-496 (“Information Duties”).

URÍA FERNÁNDEZ, F., “La aplicación de la “MIFID” a las entidades de crédito. Una aproximación a partir del Anteproyecto de Ley de Modificación Parcial de la Ley del Mercado de Valores”, *RDBB*, nº 106, 2007, pp. 41-81 (“La aplicación”).

VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad precontractual*, Reus, Madrid, 2012 (*La responsabilidad*).

VAQUER ALOY, A., “El Marco Común de Referencia”, en Bosch Capdevila, E. (Dir.) y Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (Coord.), *Derecho contractual*

européo. *Problemática, propuestas y perspectivas*, Bosch, Barcelona, 2009, 239-265 (“El Marco”).

VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites de la libertad contractual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002 (*Determinación*).

VEIGA COPO, A., “Contrato de seguro”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Dir.) y Moralejo Imbernón, N. y Quicios Molina, S. (Coords.), *Tratado de contratos*, T. V, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 5507-5871 (“Contrato de seguro”).

VELA TORRES, P., “Los contratos de crédito al consumo”, en Miranda Serrano, L. y Pagador López, J. (Coords.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 217-234 (“Los contratos”).

VELA TORRES, P. y CABALLERO GARCÍA, F., “La defensa judicial y extrajudicial de los derechos de los consumidores y usuarios”, en Miranda Serrano, L. y Pagador López, J. (Coords.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 435-460 (“La defensa”).

VICENT CHULIÁ, F., “Cuestiones abiertas en la contratación bancaria”, en Fluiters Casado, R. y Puyol Montero, F. (Dirs.), *Contratos bancarios*, Cuadernos de Derecho Judicial, nº XX, Madrid, 2003, pp. 17-55 (“Cuestiones”).

– *Introducción al Derecho mercantil*, Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010 (*Introducción*).

VIGURI PEREA, A., “Análisis de Derecho comparado sobre la culpa in contrahendo”, en Espiau Espiau, S. y Vaquer Aloy, A. (Edits.), *Bases de un Derecho contractual europeo. Bases of a European Contract Law*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003, pp. 79-88 (“Análisis”).

VON BAR, C., CLIVE, E., SCHULTE-NÖLKE, H. *et al.* (Edits.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, Sellier, Munich, 2009 (*Principles*).

WEATHERILL, S., “Justifying Limits to Party Autonomy in the Internal Market – EC Legislation in the Field of Consumer Protection”, en Grundmann, S., Kerber, W. y Weatherill, S. (Edits.), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, Walter de Gruyter, Berlín, 2001, pp. 173-196 (“Justifying Limits”).

WHITTAKER, S. y ZIMMERMANN, R., “Good Faith in European Contract Law: surveying the legal landscape”, en *Íd.* (Edits.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2000, pp. 7-62 (“Good Faith”).

YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001 (*Sistema*).

ZIMMERMANN, R., *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la historia y el derecho comparado*, Arroyo I Amayuelas, E. (Trad.), Bosch, Barcelona, 2008 (*El nuevo Derecho*).

ZUNZUNEGUI, F., *Derecho del mercado financiero*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000 (*Derecho*).

– “Negociación de swaps por cuenta propia”, en *Íd.* (Dir.), *Derecho bancario y bursátil*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2012, pp. 653-684 (“Negociación”).

– “Regulación financiera en una economía globalizada”, en *Íd.* (Dir.), *Derecho bancario y bursátil*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2012, pp. 25-48 (“Regulación”).

– “Informe sobre comercialización de participaciones preferentes entre clientela minorista” (Elaborado para el Defensor del Pueblo), *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, 2013, pp. 1-32 (“Informe”).

– “Meterse en un jardín”, *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, 2013, s/p.

ZURILLA CARIÑANA, M<sup>a</sup>. Á., “El derecho de información del consumidor en los contratos con consumidores y usuarios en el nuevo Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios”, *CESCO*, [www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco), pp. 1-7 (“El derecho”).