

TREBALL FINAL DE GRAU

MEMÒRIA

GRAU EN DRET

CURS 2017-18

**LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y
USUARIOS FRENTE A LAS PREFERENTES Y
CLÁUSULA SUELO Y CRÍTICA AL SISTEMA
FINANCIERO.**

Autor/a: Tomás Iuculano

Tutor/a: Dra. Padiàl Albas, Adoracion Maria

Fecha: 31 de mayo de 2018

DECLARACIÓ D'AUTORIA I ORIGINALITAT

Declaro que sóc l'autor/autora d'aquest treball. El seu contingut és original i totes les fonts utilitzades han estat degudament citades sense incórrer en frau o plagi.

En cas contrari, conec i accepto les mesures disciplinàries o sancionadores que corresponguin d'acord amb la normativa aplicable.

Lleida, a 31 de mayo de 2018

Signatura:



FEDDE

RESUM

La problemática que analizo en este trabajo son por un lado las participaciones preferentes que legaron a España tras la burbuja inmobiliaria, momento en el que los bancos se encontraron con dos problemas: falta de liquidez y solvencia, además se encontraban con la entonces estigmatización bancaria de la mencionada burbuja inmobiliaria por lo que ningún inversor profesional quería invertir en bancos españoles y la solución la encontraron en vendérselo a personas que no entendían lo que estaban comprando.

Por otro lado las cláusulas suelo las cuales en un primer lugar eran consideradas como un tipo de clausulado contractual perfectamente válido pero que finalmente se ha demostrado que se trataba de una cláusulas abusivas para los consumidores y usuarios, nuevamente los damnificados, y por lo tanto que eran nulas de pleno derecho.

Problemáticas que a pesar de ser de distinta naturaleza comparten una misma base y ésta es la falta de información que se suministraba al consumidor y usuario sobre los mismos, por lo que se vulneró uno de los derechos fundamentales de los consumidores y usuarios como es el derecho a la información.

Por ultimo y desde el punto de vista jurídico, analizo la responsabilidad que puede llegar a tener la Administración pública por la omisión en su deber de vigilancia en el correcto funcionamiento del mercado financiero y más aún cuando de trata con consumidores y usuarios.

PARAULES CLAU

Preferentes, cláusulas suelo, consumidores, usuarios, responsabilidad patrimonial.

ÍNDEX O SUMARI

1. Introducció
2. Consumidors i usuaris
 - 2.1. Noció de consumidor i usuari
 - 2.2. Drets bàsics dels consumidors i usuaris: dret a la informació
 - 2.3. Deures del empresari: el deure de informació
 - 2.3.1. Informació pre-contractual
 - 2.3.2. Informació contractual
3. Preferents
 - 3.1. ¿Què són les participacions preferents? Concepte i naturalesa jurídica
 - 3.2. Característiques de les participacions preferents
 - 3.3. Normativa aplicable a les participacions preferents
 - 3.4. Emisió en Espanya i el perquè de su conflicte
4. Clàusulas suelo como clàusula abusiva
 - 4.1. Noció de la clàusula suelo como clàusula abusiva
 - 4.2. La consideració de les clàusulas suelo como condicions generals de contratació
 - 4.3. Regulació de la clàusula suelo
 - 4.4. Efectos de la nul·litat
 - 4.5. Normativa sobre consum en Espanya
5. La responsabilitat patrimonial del Estat Espanyol
 - 5.1. Introducció a la responsabilitat pública
 - 5.2. Elements objectius de la responsabilitat patrimonial: la omisió
 - 5.3. Intervenció de tercers i los actes de supervisió i la culpa «in vigilando»
 - 5.4. La responsabilitat en el àmbit financer i tributari
 - 5.5. ¿Es responsable la Administració per las perdas financeras?
6. Conclusions
7. Bibliografia

1. INTRODUCCIÓ

En este trabajo me propongo proporcionar una visión clara y global desde un punto de vista legal de un tema de actualidad, que no solo es contemporáneo sino que ha afectado a millones de españoles y que hoy en día, no esta zanjado ni mucho menos olvidado, y me refiero a la responsabilidad patrimonial del Estado Español por las preferentes y las cláusulas suelo vinculadas a la omisión de su deber de vigilancia relacionado con los derechos del consumidor, el objetivo de este trabajo es analizar los instrumentos financieros y las cláusulas abusivas en los contratos hipotecarios utilizadas por las entidades de crédito españolas en los últimos años para averiguar y desenmascarar los entresijos de los mismos, para detectar las irregularidades o ilegalidades de su creación o posterior venta a los clientes minoristas así como el posterior trato que han tenido en manos de los jueces y tribunales, es decir, como ha enfocado y solucionado la jurisprudencia la responsabilidad en el caso de las preferentes y en el caso de las cláusulas suelo en las hipotecas.

La motivación del trabajo se encuentra en la curiosidad, en como nacieron, es decir, los orígenes de las preferentes y de las cláusulas suelo, el porque de su creación, quien las autorizó, si sabían lo que hacían, quien lo permitió, el trato legal que se les dio durante su plazo de vida y finalmente el resultado, en que acabó todo, ¿eran legales o no? Y ¿quien o quienes son los últimos y mayores responsables?, en que manera y en que medida se han vulnerado los derechos de los consumidores ya sea por la falta de información o por la inclusión en el contrato de información ambigua o confusa que puede llevar a error al consumidor no profesional o especializado en el mercado financiero o bursátil.

La relevancia científica o social está en la cantidad, que se cuentan por millones en el territorio español, de afectados por las participaciones preferentes y por las cláusulas suelo de las hipotecas y en que como ha afectado negativamente a la reputación e imagen de la banca española estos 2 grandes errores de gran expectación mediática, y en como también afectó esto negativamente a la confianza de los consumidores en los bancos.

En cuanto a la estructura del trabajo, mi trabajo analiza por separado y en profundidad las preferentes y las cláusulas suelo, y en concreto su naturaleza, características, normativa aplicable, la emisión de las mismas por la banca española y el porque de su conflicto, los

efectos sobre los contratos que tiene la nulidad de este tipos de cláusulas y su tratamiento jurisprudencial por el TS y a nivel europeo por el TJUE, posteriormente estudio los derechos de los consumidores, considerados como partes débiles en los contratos con los bancos los cuales, por tal consideración tienen derecho a una protección mas intensa, y como y en que medida han vulnerado sus derechos.

Finalmente estudio la responsabilidad que tiene el Estado Español, en lo que se puede considerar, una omisión en el deber de vigilancia, analizando la culpa in vigilando y las relaciones de sujeción especial con la Administración, determinando o estableciendo a quien corresponde la responsabilidad en lo que se puede llamar uno de los mayores escándalos financieros de España en las últimas décadas.

La metodología que utilizo en el trabajo se basa en la consulta de manuales de distintos autores, revistas y artículos de diarios legales e informes legales de organismos públicos como el defensor del pueblo.

COS DEL TREBALL

2. Consumidores y usuarios

2.1. Noción de consumidor y usuario. Historia y legalidad.

Hay que destacar que hasta el ultimo tercio del siglo XX no protegían de manera aislada e individualizada los intereses de los consumidores como tales sino que estos se confundían con los de los ciudadanos, es decir, con el interés general, sin embargo los grandes y profundos cambios económicos y sociales que se produjeron durante el siglo XX han justificado una gran cantidad de iniciativas que tenían como finalidad proteger la posición del consumidor en el mercado, pero esto no significa que en la historia no se haya tenido en cuenta la posición de parte débil de determinadas personas o de determinados grupos de personas para establecer una regulación ad hoc, aunque a pesar de esto la verdad es que en un mundo o sociedad del consumo en la que el consumidor siempre ocupa la posición de la parte débil en la contratación, el Derecho Privado ha resultado, de facto, insuficiente para abordar y dar una solución a esta gran problemática, aunque en las últimas décadas se ha producido una consolidación de la política de protección de los

consumidores, la cual tiene como objetivo principal, y como no podía ser de otra manera, es ayudar a los consumidores sin embargo para ello no únicamente se limitará fijar unas determinadas normas imperativas con la finalidad de proteger al consumidor sino que buscará arreglar la situación o posición de debilidad en la que se encuentra en el mercado, es decir, que buscará reequilibrar los recursos económicos y los poderes de las partes actoras del mercado, de empresario y consumidor, y así salvar las diferencias que, no solo históricamente, se acentúan en la economía de mercado.

Brevemente en cuanto a la protección del consumidor hay que destacar que se puede hablar de protección indirecta, en cuyo caso hablamos del conjunto de medidas adoptadas por los poderes públicos para la consecución de los objetivos previstos en el art. 51 CE, como puede ser la ordenación del mercado interior, la libertad de la competencia, la regulación de monopolios, política de precios, etc.. o de protección directa que sería las medidas para atribuir facultades reales y efectivas a favor o en beneficio de los derechos del consumidor.

Respecto a la noción de consumidor en general ésta proviene del mundo de la economía a pesar de que hoy en día también forme parte del ámbito jurídico, para los economistas el consumidor no es más que un “sujeto de mercado”, es decir, una persona que adquiere un determinado bien/producto o servicio y posteriormente los destina a su propio uso y disfrute para satisfacer sus necesidades, que pueden ser personales o familiares, por lo tanto sin tener intenciones de incorporar o integrar dicho bien o servicio en su actividad empresarial o profesional para así conseguir nuevos bienes y servicios, con la finalidad de recuperar la inversión realizada e ,en todo caso, incrementarlo, ya que en este caso nos encontraríamos ante la figura del empresario, por lo que a priori, el consumidor se limita a usar y disfrutar de un bien o servicio de acuerdo con sus características y su naturaleza pero sin incorporarlo o destinarlo a ningún tipo de actividad de producción, sin embargo hay que destacar que no existe una definición jurídico-científica universal, pero si que existe una relación entre las diferentes nociones de consumidor ya que todas ellas comparten una misma base, teniendo en cuenta la actual dificultad de determinar una concepción contemporánea ya que actualmente el grupo de personas que necesitan ser objeto de este tipo de protección en materia de consumo es mayor, lo cual obliga a

desdoblar la noció de consumidor, por lo que podemos apreciar una noció de consumidor en sentido abstracto y otra en sentido concreto.

Una noció abstracta de consumidor la podemos encontrar en el discurso de JFK o en una resoluci3n del Consejo de la CE, de 14 de abril de 1975, y en esta noci3n abstracta destacan 2 ideas por encima del resto, que son la protecci3n del consumidor y la protecci3n de su calidad de vida, lo cual supone que esta noci3n no es la id3nea para atribuir derechos y facultades a los consumidores sino m1s bien es un instrumento que le sirve al legislador expresar programas pol3ticos de protecci3n a los consumidores.

Como noci3n concreta de consumidor, hay que distinguir, por un lado consumidor como cliente, y por otro lado, consumidor como consumidor final.

Dentro de la noci3n de consumidor como cliente se incluye a «cualquier que persona que interviene en relaciones jur3dicas situ1ndose en la posici3n de solicitante o demandante de bienes y servicios en un hipot3tico y convencional v3nculo con el titular o responsable de la oferta», por lo que dentro de esta noci3n en sentido amplio, se considera consumidor a cualquier cliente de un empresario con independencia del destino o finalidad que otorguen a los bienes o servicios contratados.

Una vez delimitada la noci3n de consumidor como cliente de car1cter general frente a la empresa, hay que delimitar la noci3n de consumidor como consumidor final y para que un ciudadano reciba la calificaci3n de consumidor debe, o bien adquirir bienes o utilizar un servicio, ahora bien 3stos tiene que ser para fines privados.

Por 3ltimo actualmente el TRLGDCU en su art. 2 contempla que el mismo «ser1 de aplicaci3n a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios», y en su art. 3 el concepto legal que otorga de consumidor y, a efectos de esta ley «son consumidores o usuarios las personas f3sicas que act3en con un prop3sito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesi3n¹».

¹ Espa1a. 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.

2.2. Derechos básicos de los consumidores y usuarios

En cuanto a los derechos de los consumidores y usuarios hay que destacar el art. 51.1 CE según el cual «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 mismos²», así el art. 8 TRLGDCU prevé que son derechos básicos de los consumidores y usuarios:

- a) La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad.
- b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.
- c) La indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos.
- d) La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.
- e) La audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan directamente y la representación de sus intereses, a través de las asociaciones, agrupaciones, federaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas.
- f) La protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión.

Entre los derechos básicos de los consumidores y usuarios hay que remarcar el derecho a la información en el ámbito contractual, y, en contraposición, el deber de información de los empresarios, así como el derecho a la información pre-contractual.

El derecho a la información se encuentra previsto en el art. 18 TRLGDCU, en el que se regula la información que el suministrador o productor, en definitiva, el empresario debe incorporar en la etiqueta de sus productos, o sea, bienes o servicios especificando que dicha información se debe mostrar de tal manera que no induzca al error al consumidor y usuario y especialmente:

² España. «La constitución española».

- a) Sobre las características del bien o servicio y, en particular, sobre su naturaleza, identidad, cualidades, composición, cantidad, duración, origen o procedencia y modo de fabricación o de obtención.
- b) Atribuyendo al bien o servicio efectos o propiedades que no posea.
- c) Sugiriendo que el bien o servicio posee características particulares, cuando todos los bienes o servicios similares posean estas mismas características.

El apartado 2º también contempla que, aparte de las exigencias que se establezcan en los pertinentes reglamentos, «todos los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, acompañar o, en último caso, permitir de forma clara y comprensible, información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales, en particular sobre las siguientes:

- a) Nombre y dirección completa del productor.
- b) Naturaleza, composición y finalidad.
- c) Calidad, cantidad, categoría o denominación usual o comercial, si la tienen.
- d) Fecha de producción o suministro y lote, cuando sea exigible reglamentariamente, plazo recomendado para el uso o consumo o fecha de caducidad.
- e) Instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, advertencias y riesgos previsibles.

Por lo que vemos como la actual ley de los consumidores y usuarios pone énfasis, en su art. 18 incluido en el capítulo IV que lleva por título «Derecho a la información, formación y educación» no solo en el derecho que tienen los consumidores y usuarios a la información sino también en como esto se traduce en un deber de los suministradores y los productores a que la misma sea presentada de forma clara y comprensible para aquellos ya que cada etiqueta de cada producto debe incorporar dicha información de manera necesaria, es decir, como mínimo deben constar esos datos, ahora bien esto no quiere decir que sea una lista numerus clausus, esto no significa que la etiqueta de los productos únicamente deba incorporar esta información sino que si el empresario considera que aparte de los datos mínimos su producto o servicio tiene otras características que tienen el

carácter de esenciales o son de imprescindible conocimiento por el consumidor y usuario en cuanto al uso del mismo resulta lógico que puede incluirlo.

Por lo tanto además de cumplir con la información básica, necesaria y obligatoria, puede incluir toda aquella información adicional que considere oportuna y esencial a pesar de que no se encuentre de forma explícita en la ley.

2.3. Deberes del empresario: deber de información

2.3.1. Información pre-contractual

La información previa al contrato se regula en el art. 60 TRLGDCU según el cual «antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas», así como también en el art. 18 de esta misma ley (anteriormente desarrollado), de los cuales se puede deducir que en esta fase pre-contractual los deberes de información del empresario son elementos imprescindibles en la formación del consentimiento contractual de los consumidores, de una manera activa y positiva, a diferencia de lo que antiguamente contemplaban los códigos, que únicamente exigían un deber de información negativo, es decir, que no hubiera error o dolo en el consentimiento del consumidor, y con ello se formaría correctamente y de manera libre el consentimiento contractual.

Sin embargo actualmente, en la actual regulación y normativa contractual, los deberes que recaen sobre los empresarios (productores y suministradores) son exigibles desde el mismo momento en el que los bienes y servicios son puestos a disposición del consumidor, esto es «desde el momento en que se integran en la cadena de distribución comercial o se ofrecen en el mercado, mediante la oferta al público», la cual desde un punto de vista jurídico constituye una declaración de voluntad de celebrar un contrato. Por lo tanto la puesta a disposición de los bienes y servicios en el mercado de consumo coincide con su ofrecimiento lo que significa que, a efectos de concluir el contrato, solo se está a la espera de la aceptación del consumidor, por lo que un empresario estaría

incumpliendo de manera flagrante la mencionada normativa sobre información si no dispusiera a los consumidores desde el mismo momento en el que se ofertan los bienes o servicios, toda la información, no solo legalmente prefijada sino también aquella esencial que también se deba incluir por su naturaleza relevante, considerando que todavía no se encuentra en una situación de perfeccionamiento y conclusión de un contrato.

También hay que destacar que en la fase pre-contractual tiene un papel muy relevante la buena fe in contrahendo y en concreto hay que resaltar la buena fe objetiva, la cual hace referencia a la «honradez moral de una conducta en concordancia con la clase de negocio de que se trate y de la características sociales, económicas y jurídicas de éste³», esto significa que cumple o procede con buena fe objetiva aquella persona que actúa de acuerdo a la forma como habitualmente se hace en aquel tipo de negocios, es decir, de acuerdo con los usos habitualmente observados y practicados en ese negocio. Pero sobretodo donde destaca la buena fe in contrahendo, no es en la posibilidad de desvincularse de la oferta contractual, sino particularmente en la obligación de información pre-contractual, la cual stricto sensu tiene como finalidad la suministración por parte de una de las partes contratantes (el empresario) a la otra parte contratante (el consumidor) de las condiciones y del alcance de los pactos que firmará para así reforzar y proteger el consentimiento del consumidor desde el punto de vista de la buena fe de las partes para reequilibrar la igualdad entre las partes.

La función o razón de ser de esta obligación de información es por la existencia de un desequilibrio de conocimiento entre las partes contratantes, y dicho desequilibrio puede venir dado por 2 causas:

- Por un lado la «técnica de formación del contrato» como en aquellos supuestos en los que el consumidor únicamente acepta un clausulado general previamente redactado e impuesto por el empresario, por lo que el empresario es el único que conoce el contenido de las cláusulas del contrato y esto impone al empresario a informar de dicho contenido al consumidor que desconoce totalmente el mismo, y la falta de información sobre alguna o algunas de las cláusulas que componen el clausulado general supone la inexistencia del consentimiento del consumidor, lo

³ LLOBET I AGUADO, J. «El deber de información en la formación de los contratos». pág 13

cual conlleva la nulidad, ahora bien esta nulidad podría afectar a dicha cláusula o cláusulas particulares del contrato, o a todo el contrato si éste no pudiera subsistir sin dichas cláusulas declaradas nulas.

- Por otro lado el desequilibrio entre las partes puede venir dado en «función de las circunstancias, es decir, que uno de los contratantes estará obligado a informar al otro siempre que esté al corriente de un elemento que la otra parte tiene interés en conocer, pero que ignora legítimamente».

Por lo tanto la buena fe in contrahendo es el fundamento de la obligación de información en el periodo pre-contractual, argumento que defiende la doctrina ya que si la buena fe debe regir las relaciones contractuales, también debe presidir ésta las relaciones precontractuales cuando en éstas se produce la circunstancia de que existe un desequilibrio entre las partes contratantes debido a que una de ellas dispone de la información y la otra ignora, pero debe conocer dicha información, lo cual, además, suele ocurrir en los contratos celebrados con consumidores ya que estos, salvo excepciones, no son técnicos o profesionales y por lo tanto violará esta buena fe y esta obligación, la parte que no transmita, oculte o distorsione la información o los datos que la otra parte no supiera y debiera saber, ya que de haberlas conocido, puede que no hubiera aceptado o las hubiera renegociado.

La obligación de la información, tiene un aspecto negativo, que consiste en abstenerse de transmitir información errónea, y otro aspecto positivo, que sería el de transmitir toda aquella información exigible, y será exigible toda aquella información necesaria para que el consumidor, que es el deudor de la obligación de información pre-contractual, pueda formar adecuadamente su consentimiento. A su vez el aspecto o la vertiente positiva de la obligación de información se subdivide en:

- a) «Obligación de informar sobre el contenido y significado del clausulado contractual, las obligaciones de las partes, etc., sobretodo prestando una atención especial a las denominadas cláusulas abusivas contenidas en las condiciones generales»

- b) «Obligación de informar aquello sobre lo que recae la cosa objeto del contrato», esto significa que se debe otorgar información no solo sobre el estado físico o jurídico de la cosa, lo que supone informar sobre cualquier vicio oculto o cargas o servidumbres no aparentes y sobre cualquier causa que pueda perturbar o interrumpir la posesión de la cosa, sino también sobre la función y utilización de la cosa, ello obliga a informar sobre el uso correcto y no peligroso de la cosa para que el consumidor no sufra perjuicio alguno, de lo contrario será responsable de todos aquellos daños que no se hubieran producido de haber entregado la información necesaria.

Una vez hecha una introducción sobre la regulación de la información pre-contractual, y vista su definición, el momento de su exigencia, la importancia de la buena fe in contrahendo y su razón de ser, así como la doble perspectiva de la obligación de información hay que detenerse y analizar una de las vertientes positivas de dicha obligación, mencionada anteriormente y es aquella obligación de información mas detallada y específicamente cuando el consumidor celebra un contrato regulado por condiciones generales de la contratación que son cláusulas pre-redactadas por el empresario e impuestas en el contrato, dejando al consumidor la única opción de adherirse, aceptar, o no el contrato, sin posibilidad de negociar su contenido.

En este aspecto hay que destacar la información sobre el contenido contractual en especial referencia a la información sobre las prestaciones debidas y su objeto, ya que existen algunas operaciones jurídicas que dada su complejidad, como puede ser el caso de las preferentes o el caso de los préstamos hipotecarios, para que el consumidor pueda formar adecuadamente su consentimiento, el deudor de la obligación de informar, es decir, el empresario, los bancos y cajas de ahorro, debe proporcionar de manera exhaustiva y precisa las obligaciones recíprocas de las partes, para que así el acreedor de dicha obligación, es decir, el consumidor, pueda conocer y comprender el funcionamiento de dichas operaciones o, en este caso, productos financieros y así poder valorar sus peligros, así pues lo mas habitual cuando se utilizan condiciones generales de la contratación es la falta de información sobre el contenido de las cláusulas del contrato que se da al adherente consumidor, como por ejemplo mediante la redacción de cláusulas eternas, es decir, de

excesiva longitud, o una redacción oscura mediante un lenguaje muy técnico, por lo que en realidad, éste, está prestando un consentimiento aparente.

Por ello es necesario establecer un conjunto de medidas que garanticen al consumidor un consentimiento completo y totalmente libre, una de estas soluciones sería exigir un real y efectivo conocimiento por parte del consumidor del diferente contenido contractual y en este sentido, existen una serie de medidas cuya finalidad es asegurar que la redacción del clausulado de los contratos de adhesión sea legible y de fácil comprensión, con la consiguiente eliminación de la letra pequeña y de aquellas cláusulas redactadas de manera intencionadamente técnica a fin de que el consumidor no entendiera su contenido, lo que estaba firmando, o bien concediendo al adherente consumidor un plazo de tiempo en el que tiene la potestad de revocar el contrato.

2.3.2 información contractual

Una vez concluida la fase pre-contractual, entramos en la fase contractual, en la que no se extinguen los deberes de información, si el contrato es de naturaleza duradera o los bienes y servicios tiene esta naturaleza, todo ello se deriva del art. 18.2 TRLGDCU e) contempla que a parte de «la información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales», deberán incorporar «instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, advertencias y riesgos previsibles», por lo que en aquellos casos en los que el consumidor adquiera un bien o un servicio de manera prolongada en el tiempo la obligación de información del empresario se mantiene también en la fase contractual o de ejecución del contrato.

2.4. Normativa sobre consumo en España

Antes de hablar de la normativa actual sobre consumo en España, hay que destacar que hasta la aprobación y entrada en vigor de la Constitución de 1978 no existió ningún precepto legal que hiciera referencia a los consumidores y usuarios como colectivo, así pues el art. 51 CE fue el primer precepto legal que mencionaba la protección de los consumidores y usuarios, y su redacción es la siguiente:

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.
3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.»

Hay que destacar que España se encontraba al final de una larga etapa de dictadura, de ahí la utilización del futuro verbal, sin embargo esta regulación fue la «manivela de arranque» de la política orientada a la protección de los consumidores y usuarios, sin embargo que la protección de los consumidores y usuarios sea un principio general informador del ordenamiento jurídico español es objeto de debate por la doctrina desde la promulgación de la propia constitución española y de la primera Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Este debate viene dado por la redacción del art. 1 de la LCU según el cual «En desarrollo del artículo 51.1 y 2 de la Constitución, esta Ley tiene por objeto la defensa de los consumidores y usuarios, lo que, de acuerdo con el artículo 53.3 de la misma tiene el carácter de principio general informador del ordenamiento jurídico», pues bien en primer lugar hay que recordar que el art. 51 se encuentra en el Título primero del capítulo tercero bajo la rúbrica “De los principios rectores de la política social y económica”, por lo que la protección de los consumidores y usuarios debería ser un principio rector de la política social y económica pero esto no equivale a considerarlo como principio general informador del ordenamiento jurídico, o si?, pues bien una parte de la doctrina, sobretodo autores de Derecho mercantil, que consideran que la protección de los consumidores y usuarios, aunque tiene cierta importancia, deben relacionarse con principios constitucionales, como por ejemplo la libertad de empresa la cual se encuentra vinculada al

derecho a la propiedad privada e incluso con el derecho a elegir libremente una profesión, dichos argumentos tienen la finalidad de debilitar la “posición” de la protección de los consumidores y usuarios y así reducirla a una simple idea pragmática, sin una translación práctica a la realidad jurídica.

Por otro lado aquella parte de la doctrina que apostaba por reconocer la protección de los consumidores y usuarios como principio general informador del ordenamiento jurídico, se apoyaba en el principio pro consumatore, ya que el hecho de que un principio afecte o colisione con la libertad de empresa no significa que debe ser automáticamente descartado, además también será necesario determinar en que medida afecta a dicha libertad de empresa, porque el hecho de que exista un principio o derecho no puede suponer la eliminación de otro pues el derecho es un sistema para resolver conflictos sociales que surgen como consecuencia de la voluntad de agrupar y encajar diferentes ideas que pueden ser diferentes o incluso contrarias.

Así pues resulta absurdo pensar o afirmar que la protección de los consumidores y usuarios no constituye un principio general del Derecho pues ha dado lugar a una larga lista de leyes, reglamentos, y en definitiva, disposiciones legales cuya finalidad es la protección de los consumidores y usuarios, mas allá de una simple idea o declaración de intenciones pragmática.

Sin embargo el papel protagonista de la legislación sobre la protección de los consumidores y usuarios lo ostenta la Ley 26/1984, de 19 de Julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios, la cual fue muy criticada inicialmente, ya que fue objeto de una tramitación parlamentaria muy breve, lo cual llevo a que su regulación otorgaba una sensación de duplicidad con otras normas del ordenamiento jurídico ya que no se entrelazaba con normas anteriores a ella y de gran calibre como pueden ser el Código Civil o Código de Comercio, ahora bien, también tiene aspectos positivos, ya que podemos ver que esta ley del 84’ incidía de manera especial en la irrenunciabilidad previa de los derechos de los consumidores y usuarios y también en el carácter nulo de pleno derecho que tenían todos aquellos actos que se ejecutaban en contra de esa ley.

Tanto la Ley 26/1984, de 19 de Julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios, como todas las posteriores leyes que se dictaron sobre consumidores y usuarios,

teniendo en cuenta que no solo hay que atender a aquellas disposiciones dictadas por el Estado Español, sino también las disposiciones procedentes de la Unión Europea y aquellas dictadas por las Comunidades y por las Ciudades Autónomas, y todas estas disposiciones legales finalmente fueron objeto de refundición por parte del 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, en la que también se transponían ciertas directivas de la Unión Europea sobre protección de los consumidores y usuarios, otros aspectos a destacar de este nuevo texto refundido es que establece el régimen jurídico de determinadas modalidades de contratación como son los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, así como también incluyó la regulación sobre la garantías en venta de bienes de consumo, los viajes combinados y la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos.

También conviene destacar que debido a la complejidad de la estructura del Estado Español se produce un choque entre las competencias genéricas de éste y de las Comunidades Autónomas sobre el Derecho del Consumo, y en los artículos de la constitución dedicados a fijar la distribución de las competencias entre Estado y CC.AA. no se realiza mención alguna sobre el consumo, la regulación de los intereses o expectativas de los consumidores, por lo que en esta cuestión ha tenido que entrar el Tribunal Constitucional, y éste ha establecido una serie de criterios básicos, que si bien no aclaran todas las dudas existentes al respecto, si que hay que incidir sobre ellos.

El Tribunal Constitucional establece que el derecho de consumo es una materia tanto de Derecho Privado como Público, y es respecto a su carácter público, respecto a las normas de tenor público sobre las que las Comunidades Autónomas tienen competencias legislativas, sin embargo el Estado tiene amplia competencia en materia de comercio (por ejemplo: aseguramiento de la unidad de mercado según los artículos 139.2, 149.1.1ª y 6ª CE), derecho contractual (competencia exclusiva sobre la regulación de las bases contractuales según el art. 149.1.8ª CE) y responsabilidad extra-contractual (competencia exclusiva sobre la responsabilidad contractual y extra contractual (STC 71/1982).

Lo que supone afirmar en primer lugar que el derecho de obligaciones es competencia exclusiva del Estado, por las competencias exclusivas que se le han atribuido el principio de unidad de mercado, en segundo lugar las CC.AA. tienen competencia sobre las materias de derecho de consumo, en concreto, sobre aquellas cuestiones públicas de carácter administrativo, y por último hay que mencionar que aquellas CC.AA. que no tengan competencias en materia de consumo podrán, sin embargo, dictar reglamentos sobre las materias anteriores.

En cuanto a aquellas Comunidades Autónomas que si tienen competencias hay que destacar que prácticamente todas ellas han hecho uso de las misma, es decir, que todas ellas han dictado normas con rango de ley, particularmente en el ámbito de la protección del consumidor y usuario, por lo tanto esto tiene como resultado, que Comunidades Autónomas como Catalunya, Andalucía, Navarra, País Vasco, Castilla y León, Cantabria, Aragón, entre otras, tengan a día de hoy una ley propia en materia de consumo.

3. Participaciones Preferentes

3.1. ¿Qué son las participaciones preferentes? Concepto y naturaleza jurídica

En cuanto a la definición de que son las participaciones preferentes esta varia según el organismo o el manual del autor al cual se acude, así pues podemos ver como a pesar de que tienen una base similar no existe una definición única y universal.

El Banco de España define las participaciones preferentes como «un instrumento financiero emitido por una sociedad que no otorga derechos políticos al inversor, ofrece una retribución fija (condicionada a la obtención de beneficios) y cuya duración es perpetua, aunque el emisor suele reservarse el derecho de amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor⁴». En cambio la Comisión Nacional de Valores las define organismo rector de las bolsas de valores españolas, las PPR son «valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho de voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada. Pueden generar rentabilidad pero también pérdidas en el capital invertido. El emisor suele

⁴ <http://www.bde.es/clientebanca/glosario/p/participaciones.htm>.

reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del Banco de España⁵».

A su vez según, si se acude a la doctrina, por un lado, el manual Participaciones preferentes ¿se puede recuperar el dinero invertido?, que recoge la posición doctrinal frente a éstas, además de considerar que han sido configuradas como un mecanismo para otorgar a las entidades financieras métodos de capitalización para dotar de estabilidad el mercado financiero, expone la dificultad que existe para definir las participaciones pues se puede abordar desde múltiples perspectivas, fiscal, contable, societaria, y que la doctrina oscila entre considerarlas como un instrumento híbrido, asimilable en determinados aspectos a las acciones de una S.A. pero, que en la práctica, no otorgan derechos de participación al titular en la sociedad emisora que además incorpora la posibilidad de amortización unilateral por la emisora, que podrá beneficiarse siempre de una variación en el mercado.

Por otro lado el autor, Andreu Missé en su libro «La gran estafa de las preferentes» relata que las preferentes son considerados productos híbridos por tener a la vez características de capital pero también de deuda, y por esto eran calificados de productos complejos y que como consecuencia de esta doble caracterización comportaban una gran ventaja a los bancos y muchos inconvenientes o se podría decir que incluso iban en contra de los propios compradores de participaciones preferentes, y se trata de otro mecanismo de las entidades bancarias y cajas de ahorro para captar capital.

3.2. Características de las participaciones preferentes

Una vez analizada la definición de las participaciones preferentes y visto su carácter heterogéneo, hay que analizar sus características principales, entre las cuales cabe destacar las siguientes:

- La rentabilidad de las participaciones preferentes está condicionada a la obtención de beneficios de la sociedad emisora, y el sistema de rentabilidad comúnmente adoptado es el de una rentabilidad fija o variable o bien una combinación de ambas.
- Las participaciones preferentes son perpetuas o sin vencimiento, lo cual supone que su titular no tiene derecho a la restitución de su valor nominal en ningún caso,

⁵ http://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/fichas/fichas_preferentes.pdf.

debiendo su importe, además, invertirse en la entidad dominante quedando afecto, por lo tanto, a los riesgos y a la situación financiera de dicha entidad de crédito dominante. Únicamente en el caso de liquidación de la entidad de crédito emisora, el titular de las participaciones preferentes, como acreedor, podrá reclamar el pago de su valor nominal.

- El carácter perpetuo de las participaciones preferentes contribuye a su liquidez, sin embargo la única posibilidad que tiene el titular de una participación preferente de desinvertir es la venta en el mercado secundario de valores en el que se negocia.
- Por último, el titular de las preferentes no goza de preferencia en cuanto al orden de prelación de créditos, de manera que legalmente se sitúan detrás del resto de acreedores, por lo que en situaciones de concurso serían los últimos inversores en cobrar y únicamente tendrían preferencia frente a los accionistas o cuotapartícipes. Aunque hay que destacar que las últimas normas aprobadas remarcan en el respeto al orden de las distintas emisiones realizadas.

3.3. Normativa aplicable a las participaciones preferentes

Respecto a la normativa reguladora de las participaciones preferentes, a diferencia de su creación y circulación en el mercado financiero que se remonta a los años 90 del siglo XX, hay que resaltar que es muy reciente en nuestro ordenamiento jurídico, ya que su regulación comenzó en el año 2002 en la que las participaciones preferentes fueron incluidas en el art. 7 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, cuyo única aportación fue añadir las participaciones preferentes como uno de los recursos propios de las entidades bancarias.

En el año 2003, la Ley 19/2003, de 4 de Julio, sobre el régimen jurídico de los movimientos de capitales y las transacciones económicas, con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, tipificó en su disposición adicional 3ª las preferentes, mediante la cual introducía una disposición adicional 2ª en la Ley 13/1985, aunque no con un contenido homogéneo debido a la gran dificultad de

delimitar la naturaleza de las participaciones preferentes como instrumento financiero, y esta reforma se centra en 2 cuestiones fundamentales, la fiscal, con el objetivo de controlar que tales entidades capten recursos de paraísos fiscales, y la supervisora, para controlar la solvencia de estas entidades emisoras, sin embargo deja de lado «la caracterización legal del instrumento y, un aspecto aun mas importante, si cabe, que es el establecimiento de controles en la comercialización de preferentes a clientes minoristas⁶».

Más tarde la Ley 6/2011 introdujo una nueva reforma en la ley 13/1985, importante en su momento, para que la emisión de preferentes se ajustara a los requisitos exigidos en el ámbito internacional y sobretodo europeo.

Con posterioridad la disposición adicional 1ª del Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento financiero, se pone de manifiesto que la voluntad del legislador era la de garantizar mas la solvencia de entidades de crédito emisoras que no la rentabilidad de los propios inversores y adquirentes de las preferentes, es decir, de los clientes minoristas. Sin embargo la comercialización masiva de preferentes provocó que el legislador dictara u Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito en la que queda clara la posición de los clientes minoristas, los cuales deberían asumir parte de ese coste de reestructuración de las entidades de crédito bancarias, aunque realmente fueron ellas las que convirtieron los depósitos de plazo fijo de los clientes en participaciones preferentes, es decir, en recursos propios, los cuales en muchos casos sin contar con la debida información sobre los papeles que estaban firmando. Por último también conviene reseñar, como aspecto positivo, que este Real Decreto-ley también modifica, reforzando, la normativa relativa a la información pre-contractual que debe recibir el cliente minorista a la hora en que decida adquirir instrumentos financieros complejos.

⁶ MISEÉ, A. «La gran estafa de las participaciones preferentes» págs. 31-33.

3.4. Emisión en España y el porqué de su conflicto

En cuanto a la emisión de las participaciones preferentes hay que destacar que no nos encontraremos con la tradicional situación en la que únicamente hay 2 sujetos, el vendedor y el adquirentes, sino que en el caso de las participaciones preferentes encontramos 3 sujetos.

En primer lugar tenemos al emisor, quien “lanza” y coloca estos instrumentos financieros en el mercado, que han sido, principalmente, los bancos y las cajas de ahorro, pero aunque estos sean los principales no significa que sean los únicos sino que también hay otro tipo de entidades que podían emitir participaciones preferentes. Remarcar también que no solo existe una única modalidad de emisión, sino que hay 2, las preferentes pueden emitirse directamente por la propia empresa o bien indirectamente a través de filiales en el extranjero.

En segundo lugar tenemos al adquirente, en este caso son los denominados clientes minoristas o sujetos inversores, por los que no hablamos de grandes multinacionales, grandes fortunas o de gente con gran capacidad económica, sino que estos clientes minoristas o sujetos inversores era gente con una capacidad económica media la cual había podido conseguir una cantidad “X” de dinero fruto de la remuneración de su trabajo, trabajo que, algunos de ellos, habían desarrollado durante toda su vida, y sobretodo de perfil conservador, es decir, gente no experta en el mercado financiero y que no asume grandes riesgos.

Por último, la última figura en estas operaciones es el intermediario, es decir, aquel sujeto que pone en contacto o que actúa como intermediario entre el emisor y el comprador, el cual es esencial puesto que el comprador no puede acceder por él mismo al mercado. Sin embargo y para finalizar con los sujetos hay que remarcar que en este tipo de operaciones financieras suelen confundirse el emisor o vendedor y el intermediario, es decir, que la misma entidad que emite las participaciones preferentes es la que interacciona, la que contacta con el cliente minorista que las adquirirán.

Por lo que respecta a su conflicto este es posible encapsularlo en 3 ámbitos:

A. La forma en la que fueron comercializadas

Lo primero a destacar en la forma de su comercialización es que las entidades de crédito, es decir, los bancos y cajas de ahorro, colocaron una gran parte de sus participaciones preferentes entre sus clientes minoristas, los cuales tenían sus ahorros contratados con los mismas entidades emisoras, mediante depósitos a plazo fijo, y fueron aconsejados con la premisa de que eran instrumentos financieros de renta superior a la de los depósitos y con una liquidez absoluta, es decir, una disponibilidad absoluta, sin embargo no fueron debidamente informados de su naturaleza ya que en realidad son instrumentos financieros complejos, con un riesgo elevado, a diferencia de los depósitos de plazo fijo en los que tenían sus ahorros, además de que, y también en contraposición de los depósitos de plazo fijo, no estaban cubiertos por ningún tipo de fondo de garantía, no tenían vencimiento y que para venderlos y recuperar su inversión y en definitiva sus ahorros debían acudir a mercados secundarios en el que no se tiene, por lo tanto, liquidez inmediata. Dándose cuenta, los afectados por éstas, de su verdadera naturaleza cuando intentaban obtener liquidez y no podían o cuando, y peor aún que no poder disponer de tu propio dinero, tenían pérdidas.

B. El sujeto que coloca en el mercado las participaciones preferentes

Como se ha dicho anteriormente los principales emisores de preferentes en España han sido los bancos y las cajas de ahorro, sin embargo en múltiples ocasiones los trabajadores de los bancos no disponían, en el momento de su venta y colocación en el mercado, de la suficiente y esencial información para informar debidamente de la naturaleza, distinta de los depósitos de plazo fijo, y de los riesgos del producto a los clientes minoristas, que cabe recordar, tienen un perfil conservador y son la gran mayoría de afectados.

A todo esto hay que sumarle el hecho de que las preferentes que se colocaban a los clientes minoristas se distribuían a través de las sucursales en las que tenían depositada su confianza lo cual supuso una gran aceptación de las mismas por parte de los clientes, a pesar de que no eran nada adecuadas en relación con su perfil o interés, ya que como se ha dicho anteriormente estos eran de perfil conservador y las preferentes comportaban un alto riesgo financiero.

C. El destinatario

Los clientes minoristas, al ser considerados como partes débiles en los contratos bancarios tienen un nivel de protección muy alto, sin embargo en muchos casos no ha sido respetada la normativa de protección al consumidor, no solo por la falta de información con la que se les asesoraba o aconsejaba adquirir las preferentes, sino por lo que se podría considerar un abuso de la confianza por parte de las entidades de crédito ya que en virtud de esta confianza los clientes no optaron por acudir a instituciones o empresas de asesoramiento externo, teniendo en cuenta además la falta de capacidad del consumidor medio para entender el funcionamiento de estos complejos instrumentos financieros a la hora de firmar los contratos, de aquí se desprenden los principales problemas de las participaciones preferentes.

De hecho la mayoría de afectados por las preferentes son personas mayores, ya jubiladas, y por lo tanto personas que tienen poco o nulo conocimiento de banca, y en definitiva del mercado financiero y de sus productos, por lo que se acentúa el vicio en el consentimiento a la hora de firmar el contrato en relación a la falta de información, de conocimiento y el abuso de confianza ⁷.

4. Las cláusulas suelo como cláusula abusiva

4.1. Noción y función

En cuanto a que se considera cláusula suelo se puede decir que es aquel tipo de interés mínimo que el prestatario debe pagar y que se aplica a las cuotas que este debe abonar en el contrato de hipoteca inmobiliaria concedidos por entidades de créditos, por lo tanto es un clase de cláusula contractual en el contrato de hipoteca inmobiliaria, lo cual supone la imposibilidad de los prestatarios, es decir, de los hipotecados de la bajada del Euribor, y esto tiene como consecuencia que estos contratos de préstamo son variables a la alza pero fijos a la baja.

Una vez definidas las cláusulas suelo, conviene determinar que éstas, en un principio eran consideradas condiciones generales de contratación, contenidas y definidas en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, en su art. 1.1 según

⁷ BECERRIL, S. «Estudio sobre participaciones preferentes. Madrid: Defensor del Pueblo, 2013» págs. 14-17.

el cual «son condiciones generales de la contratación las cláusulas predisuestas 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 contratos⁸», ya que éstas se incorporaban en todos los contratos de hipoteca inmobiliaria celebrados en España, sin embargo el art. 8.2 de la misma ley regula la nulidad y establece que «serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor», sin dejar de fijarse en que según el art. 82.1 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 «se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato», (como supone el hecho de que si el Euribor bajaba del mínimo estipulado en el contrato los hipotecados no podían beneficiarse de esta bajada sino que veían como se les seguía aplicando el mismo interés en sus cuotas).

Para entender que son las estipulaciones no negociadas individualmente hay que acudir al art. 3.2 Directiva 93/13/CEE el cual establece que se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente «cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en los contratos de adhesión⁹» y no solo por la ley sino que también fueron determinadas así por el TS ,con la excepción de aquellas que fueron negociadas entre la entidad de crédito y los clientes, y por el TJUE, y en concreto destacar la STS de 9 de Mayo de 2013, la cual analizó de manera exhaustiva la naturaleza y características de las mismas, el cual consideró que aunque las cláusulas suelen a pesar de hacer referencia al objeto principal del contrato hipotecario son cláusulas generales de contratación, sin embargo el tribunal tras dicho análisis concluyó que eran nulas, no por el desequilibrio que existía entre el interés inicialmente pactado y los

⁸ España. Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

⁹ España. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

máximos y mínimos que se establecían como suelo o techo, sino que eran nulas por su ubicación «entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor», es decir, por su falta de transparencia, que se traducían en falta de información pre-contractual a los clientes.

En cuanto a la consideración de abusivas por parte de la jurisprudencia, y la consecuencia de nulidad que ello conlleva, debido a su falta de transparencia hay que destacar que se ve reforzado el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE el cual establece que «La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible».

Por lo tanto podemos ver, tanto por la ley como por la doctrina jurisprudencial, que el carácter abusivo de la cláusula suelo, lo que conlleva su nulidad en los contratos de préstamos hipotecarios de carácter inmobiliario, radica, se fundamenta en la falta de información previa al contrato, es decir, pre-contractual, por parte de la entidad de crédito respecto de la existencia de dicha cláusula y su influencia en el interés de las cuotas a satisfacer por el prestatario en caso de producirse una bajada del Euribor, índice al que se vincula el tipo de interés de los préstamos hipotecarios.

4.2. La consideración de las cláusulas suelo como condiciones generales de contratación

La primera consideración que debemos realizar respecto a la cláusula suelo es la consideración de estas como condiciones generales de contratación, así pues el art.1 de Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, según el cual «Son condiciones generales de la contratación 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», por lo que en una primera aproximación podemos ver que existen ciertos requisitos que se deben cumplir como pueden ser la predisposición, la imposición de las

mismas por una de las partes, la parte fuerte de la relación contractual y el hecho de que deben tener la finalidad de ser incluidas en una pluralidad de contratos, y así lo considera el TS, que este tipo de cláusulas en las que se fija un interés son condiciones generales de contratación por ser condiciones predispuestas y tener la finalidad de ser incluidas en una pluralidad de contratos, además tal como establece el art. 5.1 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación «Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes», por lo que, y según el TS, el conocimiento de la cláusula «es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que en cualquier otro caso, no obligaría a ninguna de las partes», por lo tanto el conocimiento de la cláusula dentro del ámbito de la información pre-contractual, y su posterior consentimiento para su adhesión al contrato de préstamo hipotecario constituyen elementos clave para su correcto funcionamiento, es decir, para la validez y eficacia de la cláusula.

4.3. Regulación de la cláusula suelo

Respecto a la regulación de la cláusula suelo, hay que destacar que éstas están reconocidas, es decir, su utilización está prevista por nuestro ordenamiento jurídico en primer lugar por la anterior Orden Ministerial de 5 de Mayo de 1994 derogada por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (que entró en vigor el 29 de abril de 2012), aunque conviene remarcar que la mayoría de procedimientos judiciales que se están desarrollando hoy en día, a pesar de que se aplica la nueva Orden EHA/2899/2011, éstos se refieren a contratos que fueron celebrados cuando la Orden Ministerial estaba en vigor. Y en concreto respecto a la Orden Ministerial su art. 7 establece la obligación del Notario de informar a las partes, el alcance y contenido del contrato, y sobretodo de prevenir o asesorar expresamente al prestatario de la existencia de límites en la variación del tipo de interés de dicho contrato, estando además obligado a realizar esta advertencia cuando la variaciones del tipo de interés no sean similares a la alza y a la baja, como sucedía con las cláusulas suelo, ya que a pesar de que había una variación máxima y mínima, éstas no eran semejantes pues la variación

màxima era mucho mas alta de lo que previsiblemente pudiera aumentar el Euribor, por lo que nunca entraría en juego ese “techo”, sin embargo si que lo hizo el límite mínimo, ya que este no estaba fijado de manera exagerada sino que era mas conservador.

La vigente Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que entró en vigor el 29 de abril de 2012, regula específicamente la normativa sobre transparencia en préstamos hipotecarios de vivienda, lo que vienen a ser las hipotecas que solicitaba la gente para adquirir una vivienda, y en concreto remarca la exigencia de transparencia en este tipo de contratos de préstamo hipotecario a interés variable en el que se incluyen las cláusulas techo y suelo y en concreto su art. 25 regula «la información adicional de las cláusulas suelo y techo», establece que debe incluirse una ficha de información de personalizada que debe entregarse a los prestatarios y en su art. 30.3, igual que en la anterior Orden de 1994 el Notario debe, no solo informar a las partes del alcance del contrato debe asegurarse que el cliente ha recibido y entiende la información de los artículos 25, 26 y 27 de esta misma Orden advirtiéndole expresamente de la existencia de cláusula de interés variable (suelo o techo que puedan haber), con esta orden destaca la gran importancia del Notario, porque además de informar al cliente de la existencia y de los límites de este tipo de cláusulas y las diferencias entre ambas, éste tiene el poder de denegar la inscripción del contrato o de alguna de sus cláusulas cuando no se cumplan todas las exigencias legales de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, a diferencia de la antigua Orden donde los notarios no tenían este poder.

Posteriormente se legisló la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, la cual tiene como finalidad y tal como recalca en su título prever medidas que refuercen la posición del deudor hipotecario, en la cual hay que detenerse en el art. 6 que regula el «Fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios», el cual preve que cuando se celebren préstamos hipotecarios con una persona física en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda en la que se incluyan limitaciones a la variabilidad del interés, es decir, cláusulas suelo o cláusulas techo en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza, en la

escritura pública de dichos contratos de préstamo además de la firma del cliente, deberá haber una expresión manuscrita en la que el prestatario, el mismo cliente, manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato. Sin embargo y tal como considera la autora Lucía Moreno García «estas medidas sin embargo no garantizan que el cliente conozca y sea verdaderamente consciente del funcionamiento de este tipo de cláusulas sino que mas bien apunta que son medidas para que las entidades bancarias puedan probar que el cliente reconoce conocer los riesgos del préstamo, pero no garantiza al 100% que sea consciente de ellos¹⁰».

La normativa mas reciente es la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, respecto a esta Directiva hay que remarcar que se pone especial énfasis en la información pre-contractual que debe facilitarse a los consumidores en dichos contrato de crédito sobre inmuebles, lo que significa que los consumidores deben poseer información personalizada y así lo contempla el art. 14.1 de la Directiva, y en concreto esta Directiva prevé que debe informarse al consumidor sobre la existencia de límites en la variabilidad del tipo de interés, tanto a la alza como a la baja, así como demostrar ejemplificaciones de las cuotas que deberá abonar el consumidor, es decir, ejemplos de lo que pagaría tanto en el caso del límite máximo como del límite mínimo.

Finalmente conviene reseñar que la validez de este tipo de cláusulas tanto las referidas a límites máximos, cláusulas techo, como a límites mínimos, las cláusulas suelo, fueron aceptadas por el Banco de España, en un informe remitido al Senado el 27 de Abril de 2010, siempre que cumplan las exigencias legales y sean producto del acuerdo de las partes, informe en el cual el Banco de España destaca la función económica de este tipo de cláusulas, que si bien desde el punto de vista de las entidades de crédito los límites mínimos garantizan a éstas que obtengan unos rendimientos mínimos con independencia de la fluctuación del de los tipos de interés en el mercado, es decir, que mediante estas cláusulas se aseguran una retribución mínima en el caso en el que se produzca una bajada de los tipos de interés y desde el punto de vista del consumidor los límites máximos suponen también una garantía para el consumidor, ya que de alguna manera estabilizan las

¹⁰ MORENO GARCÍA, L. «Cláusulas suelo y control de transparencia: tratamiento sustantivo y procesal». pág 54

cantidades a pagar por éstos en el caso en el que se produzca una brusca subida de los tipos de interés.

Por lo tanto de la normativa anteriormente citada se desprende que en nuestro ordenamiento jurídico, las cláusulas suelo no solo están reconocidas sino que su inclusión en los contratos hipotecarios es válida, eso si, siempre que se cumplan rigurosamente los requisitos y exigencias legales, como puede ser la transparencia o la específica y personalizada información pre-contractual, es decir, antes de la celebración y formalización del contrato, al cliente para que este esté debidamente informado y conozca los riesgos de aquello que esta contratando, así como también las obligaciones de información que actualmente posee el Notario.

4.4. Efectos de la nulidad de las cláusulas suelo sobre los contratos de préstamo hipotecario

Hay que partir de la base que una vez declarada abusiva una cláusula de un contrato, con independencia del tipo de cláusula y del tipo de contrato, hay que establecer la categoría o institución jurídica aplicable, ya sea nulidad, anulabilidad, ineficacia, etc., y en este sentido hay que acudir a la Directiva 93/13/CEE la cual en su art. 6 contempla que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, no obstante el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los términos ya pactados, siempre que pueda subsistir sin las cláusulas declaradas abusivas, por lo que la Directiva no especifica la institución jurídica aplicable sino que establece que dichas cláusulas no desplieguen sus efectos sobre el consumidor.

Pues bien en lo referente a cláusulas suelo, la institución jurídica a la que se debe acudir es la nulidad, por la falta de transparencia en este caso, y se debe concretar que efectos tiene esta nulidad, y su efecto principal es que la cláusula se tiene por no puesta, es decir, que se excluye del contrato y con esto se pretende en definitiva que no vincule al consumidor, sin perjuicio, claro está, del mantenimiento de la vigencia y efectos respecto del resto de cláusulas y condiciones o términos del contrato, ya que la nulidad solo afecta a la cláusula considerada abusiva, pero no la resto del contrato, salvo que el contrato no pueda subsistir sin la cláusula declarada nula. Por lo que si el tipo de interés de referencia

en los contratos de prestamos hipotecarios que es el Euribor, desciende por debajo de ese límite mínimo o cláusula suelo inicialmente pactado, esta no operará, es decir, no producirá efecto alguno, y el cálculo de las cuotas deberá calcularse como si no existiera, aunque si que operará, y por lo tanto surtirá efectos en el cálculo de las cuotas a pagar por el prestatario la cláusula techo, si es que está prevista en el contrato.

Sin embargo, a pesar de que las cláusulas suelo sean válidas en nuestro ordenamiento jurídico el hecho que ha supuesto la generalización de la nulidad de la cláusula suelo, que se desprende de la alta exigencia de transparencia que marcó el TS en la STS de 9 de mayo de 2013, ha provocado que la inmensa mayoría de entidades bancarias hayan dejado de incluirlas en los contratos de prestamos hipotecarios, sin embargo y tal como señala el Banco de España, estas cláusulas, para las entidades bancarias constituían una garantía, ya les aseguraba la obtención de rendimientos mínimos y para compensar las pérdidas y garantizar su solvencia estas entidades están acudiendo a comisiones, mayores tipos de interés, aumento de las cuotas de amortización, etc., lo cual lleva a la consecuencia tal como señala la autora Lucía Moreno García de que «en el panorama económico actual, en el que los tipos de interés se sitúan en mínimos impensables, a las entidades de crédito solo les queda, si cabe, restringir aún más la concesión de créditos con condiciones asequibles a muy pocos clientes¹¹».

5. La responsabilidad patrimonial del Estado Español

5.1. Introducción a la responsabilidad pública

Antes de entrar en la consideración de que se entiende por responsabilidad, hay que destacar que en España, existe un régimen conflictivo y extraño en cuanto a lo que responsabilidad se refiere, ya que si bien la Ley configura un sistema objetivo de responsabilidad patrimonial, lo que significa que se puede imputar a la Administración el resultado lesivo dañoso que haya causado, con independencia de que haya actuado de manera negligente, lo que se consideraría como funcionamiento anormal del servicio publico, o con diligencia, en cuyo caso nos encontraríamos ante un funcionamiento normal

¹¹ MORENO GARCÍA, L. «Cláusulas suelo y control de transparencia: tratamiento sustantivo y procesal». pág 57

del servicio público, sin embargo la jurisprudencia es la que ha delimitado el ámbito de responsabilidad de la Administración pública introduciendo, entre otros, principios de carácter restrictivo como el de que la Administración no es aseguradora universal, también a través de una interpretación en sentido amplio de aquellos supuestos en los que el ciudadano tiene un deber jurídico de soportar, etc., a través de los cuales ha configurado el sistema de responsabilidad patrimonial de España como un sistema subjetivo.

Por lo tanto en España la Administración solo responde cuando ha actuado de manera negligente, es decir, cuando hay un funcionamiento anormal y los supuestos en los que responderá por un funcionamiento normal serán excepcionales.

En sentido jurídico se puede decir que la responsabilidad es aquella relación existente entre un determinado acto y un sujeto, en virtud de la cual se atribuye a este sujeto los efectos producidos por dicho acto, de conformidad con la ley, con independencia que dichos efectos recaigan sobre su persona, su propio patrimonio o en ambos, sin embargo esta definición de responsabilidad es muy amplia lo que comporta problemas en su aplicación práctica, es decir, en la realidad jurídica, por ello se requiere la realización de una serie de correcciones a posteriori.

En primer lugar debe realizarse una distinción o clasificación básica, y esta clasificación es la que distingue entre la responsabilidad personal o patrimonial, que es aquella que se deriva de la definición anterior, donde la diferencia se encuentra en el objeto sobre el que recae los efectos del acto que ha realizado el sujeto responsable, así pues, en el caso de la responsabilidad patrimonial los efectos recaerán sobre el patrimonio del sujeto responsable y en el caso de la responsabilidad personal dichos efectos recaerán sobre su persona, es decir, que incidirán en aquellos derechos titularidad del sujeto responsable que no tengan carácter patrimonial.

En segundo lugar también es posible realizar una clasificación teniendo en cuenta la rama del derecho de cuya aplicación nace la relación mencionada anteriormente, por lo que en este caso podemos hablar de responsabilidad civil, penal, administrativa, laboral o, en el caso que nos ocupa y que mas importancia nos conlleva, la responsabilidad en el ámbito tributario.

Hay que remarcar que la responsabilidad patrimonial, como una de sus fuentes esenciales tiene la causación de un daño a terceros, de aquí se desprende que en todos los ordenamientos jurídicos exista la obligación de que quien causa un daño debe repararlo, así pues la responsabilidad patrimonial a su vez se divide en función de su origen, aquí podemos observar que cuando el daño se deriva de una relación previa entre las partes se habla de responsabilidad contractual, sin embargo cuando el daño causado no se deriva del quebranto o incumplimiento de obligaciones previamente existente entre las partes se habla de responsabilidad extracontractual, ambas ramificaciones de la responsabilidad se encuentran reguladas y sancionadas el Código Civil, en sus arts. 1911 y 1902, respectivamente.

Sin embargo es remarcable, que a pesar de que durante todo este epígrafe únicamente se hace mención a la “responsabilidad patrimonial” no solo existe ésta, sino que también existe una responsabilidad del Estado Legislador, que se da en aquellas ocasiones en que el Legislador dicta una ley que causa un daños a los particulares, por lo que este daño deber ser resarcido, sino también una responsabilidad de la Administración de Justicia, que se da cuando se produce un funcionamiento anormal de dicha Administración.

5.2. Elementos objetivos de la responsabilidad patrimonial: La omisión

En cuanto a los elementos objetivos para que exista responsabilidad patrimonial, en primer lugar, debe existir una lesión que es un daño antijurídico, concepto que debe analizarse por separado, pero que sin embargo, sus circunstancias deben darse conjuntamente, por lo que si hay un daño pero no es antijurídico no habrá responsabilidad patrimonial.

En cuanto a daño este es el perjuicio que ha sufrido una persona en sus bienes y derechos, ya sean de carácter patrimonial o no patrimonial, incluyendo el daño moral, en definitiva se utiliza un concepto amplio de daño en el que se engloba tanto el daño personal, material y moral, si embargo no basta con la existencia de un daño sino que este debe cumplir determinados requisitos, en primer lugar debe ser efectivo por lo que no se repararán daños hipotéticos o probables, sin embargo hay una “zona gris” que es la pérdida

de oportunidades que si será indemnizable, también, este daño, tiene que ser evaluable económicamente, es decir, que tiene haber una traducción económica del daño, que en el caso del daño personal o material no comporta una gran dificultad, pero hay un gran problema en caso del daño moral ya que no existe ningún baremo para cuantificarlo. Y por último tiene que ser individualizado, lo que significa que debe afectar a una persona o grupo de personas en concreto.

Respecto a la antijuridicidad significa que la Administración no debe tener un título que la ampare para poder causar este daño, es decir, que el ciudadano no tiene que tener un deber de soportar dicho daño, ya que si el ciudadano tiene el deber de soportar ese daño no habrá lesión y por lo tanto no habrá responsabilidad.

Por lo tanto, como se ha indicado al principio de este epígrafe, no es suficiente con que se uno de los requisitos de la lesión, sino que debe darse un daño y este daño deber ser antijurídico, deber ser un daño que el ciudadano no debe tener el deber de soportar, ya que en caso contrario no habrá responsabilidad patrimonial.

En segundo lugar, para determinar la existencia o no de responsabilidad patrimonial, procede hablar del servicio público, el cual se puede definir como «cualquier actividad, gestión o actuación propias de la Administración, inherentes a su natural quehacer, incluyendo tanto el ejercicio de potestades administrativas, como las meras actividades materiales, como, en el caso que mas interesa en este trabajo, las omisiones o pasividades cuando la Administración tiene el deber de obrar o comportarse de un modo determinado». Por lo que como actividad o servicio público no solo hay que entender la conducta activa de la Administración, sino también las conductas omisivas o pasivas, aunque éstas requieren de una serie de requisitos, es decir, que para que exista responsabilidad patrimonial de la Administración por una conducta omisiva, deben concurrir 3 requisitos adicionales, que son:

1. Debe encontrarse una norma en la que se establezca el deber de actuar de la Administración.
2. Hay que interpretar dicha norma de manera razonable o lógica.

3. Hay que demostrar que en el caso de que la Administración hubiera actuado de forma razonable el resultado dañino no se hubiera dado, o que hubiera sido menos perjudicial.

Por último, el tercer requisito que debe darse para que exista responsabilidad patrimonial de la Administración es el nexo de causalidad, es decir, que el daño causado tiene que ser consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, tiene que existir una relación de causalidad entre el resultado lesivo y la actuación, ya sea activa o pasiva, de la Administración, por lo que se considera que es el «enlace o nexo de unión, lógico y real, entre una conducta como causa u origen y un resultado material o formal como efecto o consecuencia de aquélla».

Respecto al nexo causal, hay que destacar que existen varias posturas o doctrinas que se emplean para fundamentar su existencia, por un lado tenemos la doctrina extensiva, doctrina que supone interpretar de manera amplia el concepto de nexo causal, por lo que según esta doctrina toda condición por secundaria, lejana o incluso indirecta que sea al resultado final debe considerarse como causa necesaria sin la cual no se hubiera podido llegar al resultado final, es decir, que todas las condiciones son equivalentes. Por otro lado encontramos la doctrina restrictiva la que defiende que hay que estudiar si una determinada condición es la causante del resultado, es lo que se denomina como la teoría de la causalidad adecuada, según la cual únicamente es causa aquella condición que es adecuada para causar el resultado, conviene poner de manifiesto que esta teoría de la causalidad adecuada es la que ha sido adoptada por nuestra jurisprudencia.

En cuanto a este nexo de causalidad hay que destacar que antiguamente se consideraba que únicamente podía existir una única causa productora del resultado, y que esta tenía que ser la más directa y la más eficiente, sin embargo en la actualidad se aceptan las concausas.

Respecto a estas concausas hay que destacar que estas son muchas y en función de la concausa que concurra puede llegar a romper el nexo de causalidad y por lo tanto llegar a extinguir la responsabilidad patrimonial de la Administración, como por ej. la fuerza mayor, la culpa de la víctima, la intervención de contratistas de la Administración, y el

caso que mas nos interesa en este trabajo es la intervención de un tercero ajeno a la Administración, ya que las entidades de crédito que contrataron las preferentes y las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios eran bancos y cajas privadas, no dependientes de la Administración. Y en esta concausa es en la que nos centraremos.

5.3. Intervención de terceros y los actos de supervisión y la culpa «in vigilando»

En este caso nos encontramos en el supuesto en el que en la causación del daño interviene un tercero ajeno a la Administración, y ello puede tener como efecto la ruptura del nexo de causalidad. La misma jurisprudencia ha delimitado los siguientes supuestos en los aparece un tercero en la causación del daño:

- Hay casos en los que existe una conducta negligente de un tercero, que es co-determinante del daño lo que supone repartir la culpa de manera proporcional, juntamente con la Administración.
- También existen casos en los que la conducta del tercero es lo único determinante en la causación del daño, y es en estos casos en los que se produce la ruptura del nexo de causalidad por lo que no se genera responsabilidad para la Administración.

Sin embargo es preciso analizar aquellos supuestos en los que la Administración tiene un deber especial de supervisión, y aquí es donde encontramos los actos de supervisión y la culpa «in vigilando».

En cuanto a los actos de supervisión, esto supone que hay determinados ámbitos administrativos o servicios públicos en los que se impone a la Administración un deber de supervisión, lo que ha permitido a la jurisprudencia el matizar o moldear el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, y establecer un sistema subjetivo de responsabilidad de manera que si se aprecia y demuestra el fracaso o la omisión de este deber de supervisión y vigilancia, esto equivale a un funcionamiento anormal de la Administración por haberse producido una actuación pasiva por parte de ésta lo que propicia el resultado lesivo, de manera que si hubiera actuado correctamente el resultado lesivo hubiera sido menor o no se hubiera producido.

En segundo lugar la culpa «in vigilando», teniendo en cuenta que en el ámbito de la responsabilidad se utiliza un concepto de servicio público en sentido amplio lo que engloba tanto las actividades o actuaciones positivas como las omisiones cuando la Administración tiene el deber jurídico de actuar, de hecho el propio Tribunal Supremo es quien atribuye a la Administración la responsabilidad en los casos de culpa «in vigilando» justificándolo en la omisión de sus funciones de policía, control e inspección.

Por lo tanto el primer paso que hay que realizar para poder imputar a la Administración la responsabilidad por culpa «in vigilando» es que exista una ley que expresamente le imponga la obligación de actuar, de ello se desprende como se ha comentado anteriormente que la Administración no es una aseguradora universal, esto significa que no se le puede exigir un deber de vigilancia de carácter general para la totalidad de los servicios públicos, sino que la responsabilidad por omisión debe derivarse del incumplimiento de una norma que le exige actuar, en cuyo caso hay que destacar que se produce la inversión de la carga de la prueba, ya que será la Administración quien deberá probar, en este caso, que sí que actuó correctamente y en concordancia con el deber de vigilancia.

En caso de que se queda probada la responsabilidad por omisión de la Administración, la regla general es la concurrencia de culpa entre ésta y el tercero que ha causado el daño o resultado lesivo con una conducta activa.

5.4. La responsabilidad en el ámbito financiero y tributario

El principio general de la responsabilidad administrativa que se encuentra previsto en el art. 106 CE, es plenamente aplicable al ámbito financiero y tributario, así pues se entiende que cualquier funcionamiento, tanto normal como anormal del servicio público, en el ámbito financiero y tributario que genere un perjuicio, que sea individualizado y económicamente evaluable podrá dar lugar a un supuesto de responsabilidad patrimonial, siempre y cuando el particular no tenga el deber jurídico de soportar dicho daño y que no haya concurrencia de fuerza mayor.

Así para que nazca responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito financiero y tributario, tiene que producirse un daño, que tiene que ser individualizado y

económicamente evaluable, respecto de una persona o un grupo de personas. Y como también se ha comentado anteriormente hay que analizar la existencia o no de la relación de causalidad, del nexos causal, ya que para que nazca responsabilidad patrimonial el daño producido tiene que ser consecuencia de la actuación de la Administración o de una omisión por su parte.

Por lo tanto puede decirse que la responsabilidad patrimonial de la Administración pública en el ámbito financiero y tributario se caracteriza por su alcance general, directo y objetivo.

El alcance general significa que las actuaciones extracontractuales que darán lugar a responsabilidad son de todo tipo, es decir, que pueden ser actuaciones normativas, jurídicas o materiales, así como también las inactividades u omisiones, por lo que es irrelevante a efectos de imputar la responsabilidad a la Administración, que ésta ejerza una potestad administrativa de manera positiva con una actuación material o en omisión de una obligación o deber legal.

En segundo lugar que la responsabilidad de la Administración sea directa supone que aquel particular o particulares que hayan sufrido un daño, no deben identificar o individualizar aquella autoridad, funcionario o empleado público causante del daño.

Por último que la responsabilidad sea objetiva significa que se genera responsabilidad con independencia de que exista dolo o culpa por parte de la Administración, por lo tanto no es relevante si la Administración ha actuado con diligencia o negligencia en la causación del daño.

Centrándose en el ámbito tributario conviene remarcar la importancia que tiene la responsabilidad patrimonial de la Administración como garante, puesto que en el ámbito tributario ésta se convierte en una herramienta o instrumento para asegurar a los particulares, a los ciudadanos un justo equilibrio ante la actuación de los poderes públicos y privados, frente a las extralimitaciones que estos pueden llevar a cabo.

5.5. ¿Es responsabilidad del Estado por las pérdidas financieras?

Hay que empezar destacando que la idea generalizada de que el Estado tiene que protegernos o defendernos en todo caso o situación en que se nos cause un daño o pérdida,

ha provocado que se haya construido un principio de responsabilidad patrimonial muy amplio, superando aquella primera idea de responsabilidad en la que existían presupuestos tasados para su reconocimiento y unos criterios claros para otorgar indemnizaciones.

Sin embargo actualmente nos encontramos en un momento en el que la responsabilidad patrimonial de la Administración se ha expandido a múltiples y diversas relaciones jurídicas, por lo que el hecho de que en todo caso se exija responsabilidad a la Administración conlleva a que se pierda el fundamento de las funciones que debe llevar a cabo el principio general, por un lado su función mas básica y esencial que es satisfacer o reparar el daño antijurídico, y por otro lado, el de ser un mecanismo de control par evitar un posible funcionamiento anormal de la Administración.

Ahora bien, en ámbito del crédito, las relaciones en las que surgen conflictos son del sector privado, como por ejemplo, entre clientes bancarios y las entidades financieras, como en caso de las preferentes y la cláusulas suelo, o entre inversores y empresas bursátiles, etc.... Sin embargo en estas situaciones hay que reclamar en primer lugar contras las instituciones financieras involucradas no directamente a la Administración, así pues si esta tiene algún tipo de responsabilidad se determinará y deberá responder de su grado de participación (conducta activa) o de permisión (conducta pasiva), pero no se le debe atribuir toda la responsabilidad desde un primer momento.

Por lo que en primer lugar habrá que atender a quienes fueron los protagonistas directamente relacionados con el caso, ya que la Administración solo responderá en aquellos supuestos en los que haya causado un daño, y este daño se derive de una actuación o bien de una omisión si tenia expresamente atribuido el deber de “vigilancia” del sistema financiero y este deber se extendía a la actuación que hayan llevado a cabo las instituciones financieras protagonistas y en caso de su actuación se hubiera podido impedir los daños o perjuicios causados o bien de haber intervenido dicho resultado lesivo seria inferior, es decir, que los particulares perjudicados por actuaciones, en este caso, del ámbito financiero privado deberán acreditar la existencia de cierto grado de culpabilidad de la Administración.

En cuanto a los requisitos que deben darse para que concurra responsabilidad patrimonial, han sido comentados anteriormente, en primer lugar se debe causar una lesión

patrimoniales segundo lugar dicha lesión debe derivar de una actuación activa o pasiva de la Administración y por último tiene que haber una relación de causalidad entre la lesión y la actividad que se le atribuye o imputa a la Administración.

Como se ha dicho el primer requisito es la existencia de una lesión patrimonial, en este caso hay que destacar que el mundo financiero no dota de aspectos peculiares o de singularidades este requisito respecto de la teoría general, por lo que la lesión patrimonial tiene que ser en primer lugar antijurídica, es decir, que el particular no tenga el deber jurídico de soportar dicha lesión, también tiene que ser individualizada en una persona o grupo de personas, efectiva y económicamente evaluable.

También conviene poner de manifiesto que existen determinadas situaciones en las que a pesar de que se produce una lesión esta queda fuera del ámbito de la responsabilidad por ser aquellos daños que se deriven de la naturaleza y del normal funcionamiento del mercado bursátil, como por ejemplo si unos ejecutivos pierden su puesto de trabajo a causa de una opa, o la disminución del negocio financiero por la pérdida de la confianza de los inversores, las fluctuaciones del mercado, etc.

En cuanto al segundo de los presupuestos, en cuanto a Administración pública en el ámbito financiero hay que considerar al Banco de España y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores ya que estos son los organismos encargados de controlar y supervisar el sector financiero en España. Respecto a estas dos instituciones en primer lugar hay que remarcar que son Entidades públicas pero que están sometidas al Derecho privado, como lo establecen las leyes que las regulan, como son la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España, y el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores. Ambas disposiciones establecen que estas instituciones quedan sometidas al ordenamiento privado estableciendo posteriormente que sus funciones públicas se regulan en la LRJSP.

Por lo que en nuestro ordenamiento jurídico existe una doble regulación de la responsabilidad patrimonial, la privada y la pública o administrativa.

Por último respecto al tercer requisito de la responsabilidad este es el nexo causal, es decir, que haya una relación de causalidad, que la lesión causada se derive de una conducta, activa o pasiva de la Administración. Aquí la doctrina apuesta por la teoría de la

causalidad adecuada, según la cual únicamente es causa aquella condición que es adecuada para causar el resultado, ahora bien no tiene que porque existir una sola causa sino que pueden existir varias. Y tal como se ha comentado anteriormente no hay que atribuir la responsabilidad de manera directa al Banco de España y a la CNMV, sino que primero hay que analizar la actuación que las instituciones financiera privadas han tenido en los hechos anteriores a la producción del daño, así pues habrá que analizar las cláusulas de los contratos que los ciudadanos o particulares han suscrito con las entidades financieras privadas y así averiguar la concreta responsabilidad de dichas entidades en la oferta de éstos productos financieros. Determinando a posteriori si en dichas actuaciones tiene algún tipo de responsabilidad la Administración, en cuyo caso también deberá responder de los perjuicios causados, aunque eso si, solo responderá cuando se demuestre que esta ha incumplido una obligación fijada por nuestro ordenamiento jurídico, cuando no haya observado y cumplido fielmente sus funciones de supervisión e inspección del sistema financiero, y que de haber observado tales funciones, que configuran sus fundamentos tan básicos, se hubieran podido evitar el resultado lesivo que han sufrido los particulares o que si bien no se hubiera podido evitar si que dicho resultado hubiera sido menor.

CONCLUSIONS

1. En primer lugar destacar la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que fue una de las «armas» con las que el Legislador Europeo quiso luchar y dotar de una mayor defensa y protección a los consumidores y usuarios frente a las cláusulas abusivas, su preámbulo nos indica que su principal objetivo es la armonización de la normativa de este tipo de cláusulas y su regulación pues los Estados miembros tenían, en aquel momento, su propia normativa al respecto lo que podría provocar una «distorsión de la competencia entre los vendedores o prestadores de servicios», además el preámbulo incide en un problema social y geográfico que procedía de la heterogénea normativa, los consumidores y usuarios tendían a no conocer la normativa y la regulación de las cláusulas abusivas distinta de la de su Estado miembro por lo que, en definitiva esta directiva se dictó pretendiendo una protección eficaz de los consumidores y usuarios con un conjunto normativo uniforme en todos los Estados miembros.
2. Por lo que respecta a la protección de los consumidores y usuarios hay que partir del 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, cuyo preámbulo nos indica que fue objeto de refundición para unificar todas las directivas comunitarias en materia de consumidores y usuarios, así pues su finalidad no solo fue la de actualizar la antigua ley de protección de consumidores y usuarios que fue dictada en 1984 sino también transponer en nuestro ordenamiento jurídico todas aquellas directivas, no solo en cuanto al ámbito jurídico en materia de protección sino que además también por lo que respecta a la terminología utilizada en el ámbito europeo.

En concreto destacar el título II del Libro II que regula las cláusulas contractuales no negociadas individualmente y cláusulas abusivas, título en el que el legislador fortaleció la posición del consumidor en aquellos contratos en los que se detectan cláusulas contractuales abusivas regulando que se considera una cláusula abusiva y la inclusión de

las mismas en aquellos e incluso determinando que existen concretas cláusulas que por su mera existencia éstas son nulas.

3. Sin embargo a pesar de la voluntad del legislador de ofrecer una mejor y más fuerte posición contractual al consumidor y usuario considero que no es suficiente con la regulación actual pue si bien regula su existencia e inclusión en los contratos así como la lógica consecuencia de su falta de eficacia, en mi opinión deberían haber ido un paso más hacia delante estableciendo algún tipo de sanción para aquellas entidades que incorporaran de manera dolosa este tipo de clausulado en sus contratos con consumidores, ya sea una sanción económica, a través de la imposición de multas, y cuando me refiero a sanciones económicas, dada el volumen de capital que manejan las entidades bancarias deben establecerse unas sanciones económicamente importantes y considerables, en el sentido que a las entidades bancarias no le suponga mas rentable cometer el supuesto delito o infracción y pagar la consiguiente multa, sino que el hecho de constatar la sanción les comportaría su replanteamiento y la no comisión de dicho delito o infracción, en el fondo con esta medida mas que sancionar se buscaría disuadir para que no perpetraran el delito o infracción, o bien que se cree un organismo que se encargue de vigilar y controlar así como de recoger estas quejas concretas y luchar para su extinción, o incluso una sanción de control, en la que si una entidad utiliza estas cláusulas se le asigne un organismo particular que durante un periodo de tiempo revise y compruebe sus contrataciones con consumidores y usuarios, en fin, las propuestas pueden ser interminables y muy variadas, pero lo que personalmente creo que a pesar de las intenciones y el desarrollo normativo de la ley, está incompleta, pues creo que se deben prever también unas sanciones ex ante, ya que el hecho de dejar la valoración de estos delitos a los jueces y tribunales supone el colapso de nuestro sistema judicial y un mayor control de estas entidades en lo referente a la conclusión de contratos con consumidores.

4. Por último me gustaría que este trabajo sirviera como crítica a nuestro sistema económico y financiero, ya que si bien no tenemos un sistema económico de economía de mercado que es aquel sistema económico en el que el Estado no interviene en la economía sino que es el mercado el que se autoregula, sino que en España tenemos el sistema económico del intervencionismo, en el que a pesar de que se deja libertad al mercado para que opere el Estado interviene cuando se produce un desequilibrio económico o, como es frecuente, se produce una fluctuación a la baja del mercado, como consecuencia de los ciclos económicos, que acaba ocasionando una situación de crisis económica, este también debería debería intensificar sus deberes de vigilancia hacia el mercado financiero en el ámbito de la contratación con consumidores, es decir, cuando se lleven a cabo «colocaciones» o ventas masivas de productos financieros a consumidores como ocurrió en el caso de las preferentes o en la concesión de préstamos con garantía hipotecaria, no así en los casos en los que dichos productos financieros se ofrezcan a empresarios como el caso de los «swaps», el Estado debería encargarse de controlar, revisar o supervisar dichas contrataciones para asegurarse de que no se produzca una estafa o abuso de los consumidores y en definitiva para garantizar que se cumplan sus derechos y no sean flagrantemente vulnerados.
5. Por último me gustaría finalizar con una idea que también he comentado anteriormente, y es que este control ex ante supondría un gran ahorro de carga para nuestros tribunales los cuales se encuentran colapsados ya de por sí, desde un buen origen, ya que este tipo de problemática social con consumidores se acaba resolviendo en el ámbito judicial lo cual supone una verdadera avalancha de demandas lo cual provoca un aumento de trabajo dilatando el proceso y en definitiva, los plazos de resolución, para poder dar solución a los conflictos.

BIBLIOGRAFIA

1. Domínguez Martínez, José María. 2012. Las Participaciones Preferentes: Ascenso, Auge Y Declive.
2. “Participaciones Preferentes: ¿se Puede Recuperar El Dinero Invertido?” 2012. In Editorial Aranzadi, 15–32.
3. Missé, Andreu. n.d. 2016. La Gran Estafa de Las Preferentes. Alternativ.
4. Fernández Benavides, Miguel. 2012. “Participaciones Preferentes: Aproximación Al Problema Y Primeras Respuestas de La Jurisprudencia Civil.” Revista Cesco de Derecho de Consumo, 2012.
5. Agüero Ortíz, Alicia. 2013. “L Consumidor Como Inversor de Alto Riesgo: La Impugnación Por Vicios Del Consentimiento de Los Contratos de Adquisición de Participaciones Preferentes Y Swaps, Una Opción Sólo Al Alcance de Algunos.” Revista Cesco de Derecho de Consumo.
6. Alonso Espinosa, Francisco José. 2012. “Participaciones Preferentes Y Clientes Minoristas de Entidades de Crédito.” Diario La Ley.
7. Zunzunegui, Fernando. 2013. “Comercialización de Participaciones Preferentes Entre Clientela Minorista.,” 239–71.
8. Paredes Ayrac, Maritza. 2010. “Estudio Sobre Participaciones Preferentes,” 116–24.
9. Fernández de Senespeda, Ignasi, Adela Serra Rodríguez, Pablo Izquierdo Blanco, and Guillem Solé Soler. n.d. Cláusulas Abisivas En La Contratación Bancaria.
10. Frade Hevia, Ma José. 2012. “Las Cláusulas Abusivas En Los Contratos de Préstamo Hipotecario. La Cláusula de Limitación Mínima Del Tipo de Interés (Cláusula Suelo).”
11. Pertíñez Vilchez, Francisco. 2013. “Falta de Transparencia y Carácter Abusivo de La Cláusula Suelo En Los Contratos de Préstamo Hipotecario.” Indret: Revista Para El Análisis Del Derecho, ISSN-e 1698-739X, N^o. 3, 2013, 28 Págs., no. 3. Universitat Pompeu Fabra: 4–28.
12. Moreno Garcia, Lucia. n.d. Cláusulas Suelo y Control de Transparencia: Tratamiento Sustantivo y Procesal.
13. Pertíñez Vilchez, Francisco. 2017. La Nulidad de Las Cláusulas Suelo En Préstamos Hipotecarios. Tirant lo Blanch.

14. Achón Bruñen, M^a José. 2013. Cláusulas Abusivas Más Habituales En Las Escrituras de Hipoteca: Análisis de Los Últimos Pronunciamientos de Juzgados y Tribunales.
15. A, Azparren Lucas. 2013. “Protección de Lo Consumidores Contratos Bancarios: Especial Referencia a La Cláusula Suelo.” Revista Jurídica.
16. Lasarte Álvarez, Carlos. 2010. Manual Sobre Protección de Consumidores y Usuarios. Madrid: Dykinson.
17. Rebollo Puig, M., M. Izquierdo Carrasco, M. D. Adam Muñoz, L. Alarcón Sotomayor, G. Botana García, A. Bueno Armijo, and F. Torres Pérez. 2011. La Defensa de Los Consumidores y Usuarios Comentario Sistemático Del Texto Refundido Aprobado Por El Real Decreto Legislativo 1/2007
18. Llobet I Aguado, J. 1996. El Deber de Información En La Formación de Los Contratos. Monografías Jurídicas. Madrid: Marcial Pons.
19. Acedo Penco, Á. 2012. Derecho de Consumo Análisis Jurídico-Privado de La Ley General Para La Defensa de Los Consumidores y Usuarios
20. Díez-Picazo, Luis, and José María Abascal Zamora. 1996. Condiciones Generales de La Contratación y Cláusulas Abusivas, Las. Madrid: Civitas.
21. Reyes López, M J. 1999. “Las Condiciones Generales de La Contratación.” In Derecho de Consumo, edited by M J Reyes López, 233–87. Valencia: Tirant lo Blanch.
22. Pagador López, J. 1999. Condiciones Generales y Cláusulas Contractuales Predispuestas: La Ley de Condiciones Generales de La Contratación de 1998. Madrid: Marcial Pons.
23. Quintana López, Tomás, and Anabelén Casares Marcos. 2013. La Responsabilidad Patrimonial de La Administración Pública : Estudio General y Ámbitos Sectoriales.
24. Ezcurra, Marta Villar. 2016. “RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR INCUMPLIMIENTO EN LA NO TRANSPOSICIÓN DE DIRECTIVAS COMUNITA,”.
25. Vérguez, Juan Calvo. 2014. La Responsabilidad Patrimonial Del Estado Legislador Por La Vulneracion Del Ordenamiento Comunitario. Aranzadi.

26. Bardají, Joaquín de Fuentes, Pilar Cáncer Minchot, Raquel Frías Rivera, Juan José Zabala Guadalupe, and Raquel Frías Rivera. 2010. Manual de La Responsabilidad Pública. Aranzadi.

ANNEXOS

1. STS 1916/2013 de 9 de mayo
2. STJUE de 21 de diciembre de 2016