

GABRIEL HERNÁNDEZ PAULSEN

Doctor en Derecho Privado Universidad Autónoma de Barcelona
Profesor de Derecho Civil
Investigador Centro de Investigaciones Jurídicas
Universidad Central (Chile)

**LA OBLIGACIÓN
PRECONTRACTUAL
DE LA ENTIDAD DE CRÉDITO
DE INFORMAR AL CLIENTE
EN LOS SERVICIOS BANCARIOS
Y DE INVERSIÓN**

Prólogo de
Francisco Mercadal Vidal

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2014

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO	9
AGRADECIMIENTOS	15
ABREVIATURAS	17
INTRODUCCIÓN	23

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES Y NOCIONES BÁSICAS RESPECTO DE LA OBLIGACIÓN PRECONTRACTUAL DE INFORMAR

I. CONSIDERACIONES GENERALES	31
II. EVOLUCIÓN	41
1. Contratación clásica	41
2. Contratación contemporánea	42
A) Preliminar	42
B) Ventajas de la obligación precontractual de informar	44
C) Recepción normativa de la obligación precontractual de in- formar	51
a) Preliminar	51
b) Normas protectoras de los clientes en general	53
c) Normas protectoras de los clientes consumidores.....	54
d) Normas protectoras de los clientes de servicios finan- cieros	58
e) Derecho proyectado.....	59
III. NOCIÓN Y CLASIFICACIÓN	60

	Pág.
1. Noción	60
2. Clasificación	61
IV. NATURALEZA	65
V. EXTENSIÓN	71
1. Límites	71
2. Contenido	74
3. La obligación general de informar de las entidades de crédito ...	76
VI. FUNDAMENTOS	80
1. Asimetría informativa	80
2. Criterios jurídicos y económicos	83
3. Criterios jurídicos	85
A) Protección del cliente	85
B) Libertad contractual	87
C) Buena fe	90
a) Preliminar	90
b) Su concreción	94
4. Criterios económicos	99
A) Referidos al funcionamiento del mercado	99
B) Referidos a la posición de los contratantes en relación con la información	104
a) Preliminar	104
b) Coste de la información y repercusión de la misma en el valor del producto o servicio	105
VII. LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL	111
1. Noción	111
2. Publicidad comercial	115
3. Oferta	121
4. Formularios contractuales	123
5. Asesoramiento	126
6. Información general al público	133

CAPÍTULO II

LAS NORMAS SOBRE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL APLICABLES A LA ENTIDAD DE CRÉDITO

I. PANORAMA NORMATIVO	135
1. Preliminar	135
2. Derecho de la Unión Europea	138

	Pág.
3. Derecho español.....	140
II. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN.....	142
III. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN	145
1. La entidad de crédito.....	145
2. El cliente de servicios financieros	148
A) El cliente en general.....	148
B) El consumidor	154
C) El inversor	159
IV. REQUISITOS DE LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL	163
V. INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL Y CONDICIONES GE- NERALES DE LA CONTRATACIÓN	172
1. Preliminar.....	172
2. Redacción de las condiciones generales	176
3. Información de la existencia de condiciones generales y facili- tación de las mismas	183
A) Contratación por escrito.....	183
B) Contratación a distancia	186
a) LCGC y RD 1906/1999	186
b) LSSICÉ y LCDSFDC.....	190
4. Información adicional	191
VI. INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL EN LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS	193
VII. INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL EN LA NORMATIVA SOBRE SERVICIOS BANCARIOS	201
1. Preliminar.....	201
2. En la generalidad de los contratos.....	203
A) Información a clientes.....	203
B) Información general al público	208
3. Préstamo hipotecario.....	211
A) Información general.....	211
B) Información y oferta vinculante.....	214
C) Información relativa a tipos de interés	214
D) Función del notario	216
4. Crédito al consumo	217
5. Servicios de pago	221
VIII. INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL EN LA NORMATIVA SOBRE SERVICIOS DE INVERSIÓN.....	222

	<u>Pág.</u>
1. Preliminar	222
2. Obligación de informar a los clientes	226
3. Obligación de recabar información de los clientes	232
IX. INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL EN LA NORMATIVA SOBRE CONTRATACIÓN A DISTANCIA	237
X. PUBLICIDAD FINANCIERA	240
1. Preliminar	240
2. Características, contenido y medio de transmisión de la infor- mación publicitaria.....	242
XI. INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL EN DIVERSOS MATE- RIALES PRELEGISLATIVOS EUROPEOS.....	244
1. Preliminar	244
2. Iniciativas académicas.....	248
A) PECL, CEC, PCCR y Principios <i>Acquis</i>	248
B) DCFR y FS.....	251
XII. ALGUNAS REFLEXIONES CRÍTICAS A PROPÓSITO DE LAS NORMAS SOBRE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL APLICABLES A LAS ENTIDADES DE CRÉDITO.....	255

CAPÍTULO III

CONSECUENCIAS DE DERECHO PRIVADO DEL INCUMPLIMIENTO POR LA ENTIDAD DE CRÉDITO DE LA OBLIGACIÓN PRECONTRACTUAL DE INFORMAR AL CLIENTE

I. CONSIDERACIONES GENERALES	279
II. MODALIDADES DE INCUMPLIMIENTO	282
III. CARGA DE LA PRUEBA.....	284
IV. SÍNTESIS DE CONSECUENCIAS.....	287
1. Preliminar	287
2. Consecuencias de Derecho privado	291
V. EFICACIA CONTRACTUAL DE LA NORMATIVA SOBRE TRANSPARENCIA.....	295
VI. DERECHO DE DESISTIMIENTO	299
VII. ANULACIÓN POR VICIO DEL CONSENTIMIENTO	304
1. Preliminar	304
2. Error	305
A) Preliminar.....	305
B) Excusabilidad	309

	Pág.
a) Preliminar	309
b) Situación de confianza	312
c) Circunstancias del cliente	314
d) Conducta de la entidad de crédito	327
3. Dolo	339
VIII. NO INCORPORACIÓN DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y NULIDAD	347
1. Preliminar	347
2. Aspectos procesales	350
3. No incorporación de condiciones generales de la contratación ..	360
4. Nulidad de cláusulas abusivas por falta de transparencia	368
5. Nulidad por infracción de normas imperativas	382
IX. RESPONSABILIDAD CIVIL	389
1. La responsabilidad precontractual	389
A) Preliminar	389
B) Regulación	393
C) Naturaleza jurídica	396
2. Regímenes aplicables	398
A) Preliminar	398
B) Extracontractual	399
C) Contractual	404
D) Consumidores	419
3. Factor de atribución de responsabilidad	420
4. El daño	426
A) Preliminar	426
B) Diversidad de hipótesis	431
CONCLUSIONES	447
ÍNDICE DE NORMAS	461
ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA	465
BIBLIOGRAFÍA	471

PRÓLOGO

I. *Es para mí una enorme satisfacción —me atrevo a decir que lo sería para cualquier otro en mi lugar— prologar con estas breves líneas la obra que el Dr. Gabriel HERNÁNDEZ PAULSEN publica sobre las obligaciones precontractuales de información que incumben a las entidades de crédito frente a sus clientes en la prestación de servicios bancarios y de inversión. Más allá de los lugares comunes que resultan inevitables en estas situaciones, me refiero a una serie de circunstancias que intentaré explicar sin abusar demasiado de la paciencia del lector.*

II. *Para comenzar, algunas palabras de presentación del Dr. HERNÁNDEZ PAULSEN. Llegó hace ya unos cuantos años desde su Chile natal para realizar su posgrado en Barcelona, tras algún tiempo de intensa actividad académica y profesional en el ámbito del Derecho privado, ante todo en su parte más clásica, vinculada al Derecho civil. Había obtenido una beca muy prestigiosa del Gobierno de su país, que le permitía cursar el posgrado en cualquier lugar del mundo. Tuvo la gentileza de elegir nuestra ciudad y, en particular, la Universidad Autónoma. Como siempre sucede en la vida, al decantarse por una opción se renuncia en mayor o menor medida a todas las demás que pudieran estar disponibles. Solo a él le corresponderá valorar algún día, con la perspectiva que únicamente otorga el tiempo, si su elección fue o no afortunada. En cuanto a nosotros se refiere, sin duda alguna, ha sido un placer, al tiempo que una grata responsabilidad, incorporarle a nuestro posgrado y ofrecerle con mayor o menor fortuna todo el apoyo que nuestros limitados medios humanos y materiales nos han permitido. Más allá de la retórica hueca y que a nadie engaña, estaremos todos de acuerdo en que uno de los factores decisivos para medir el valor que puede tener un centro universitario en el mercado académico global lo determina la cantidad y la calidad de talento extranjero que sea capaz de atraer. Y muy especialmente es así en cuanto*

se refiere a los estudiantes de posgrado de alta calidad. Es verdad que lamentablemente en el ámbito jurídico existen más restricciones a esta circulación internacional que en otros sectores del conocimiento pero, a fin de cuentas, no son tan importantes cuando la ocasión lo merece. Pues bien, aunque solo fuera por esto, el paso del Dr. HERNÁNDEZ PAULSEN por nuestra institución, coincidiendo con unos tiempos tan complicados como los que estamos viviendo desde hace ya demasiado, resulta una muy buena noticia.

III. *En concreto, el Dr. HERNÁNDEZ PAULSEN fue alumno de la primera edición del Máster de Derecho Empresarial que, bajo la dirección de la Dra. Isabel MARTÍNEZ JIMÉNEZ, acoge la Universidad Autónoma de Barcelona. Actualmente llega a su quinta edición, habiéndose consolidado gracias a un trabajo constante y callado, que viene refrendado por el creciente interés de numerosos estudiantes, europeos y americanos, en cursarlo. El autor de la obra que tengo el honor de prologar realizó dichos estudios con gran profesionalidad y brillantez, presentando finalmente una memoria de investigación en materia de seguro de asistencia sanitaria que obtuvo la máxima calificación. Enfrentado a la siempre difícil decisión de orientar su trabajo de tesis en una u otra línea, tuvo la deferencia de proponerme asumir su dirección, sin aún saber a ciencia cierta cuál iba a ser exactamente el objeto de su investigación. No resultó fácil dar una respuesta a semejante requerimiento, por muy halagador que fuese, ante todo por la responsabilidad y el compromiso que comportan para quien lo acepta con todas las consecuencias. Conociendo al doctorando, era muy consciente de la dureza y la intensidad del trabajo que tenía por delante si asumía el reto a la altura de sus legítimas expectativas. Acepté y el resultado del trabajo del Dr. HERNÁNDEZ PAULSEN es el que, varios años después de aquel momento, tiene ahora el lector en sus manos. Estoy seguro de que mereció la pena, aunque el juicio definitivo ciertamente no me corresponde a mí al ser parte directamente interesada.*

IV. *La elección del tema de tesis —como no parece muy trabajoso adivinar— se debió, en una u otra medida, a la dramática situación por la que atravesaba por entonces —y todavía ahora, no sabemos por cuánto tiempo— el sector financiero en nuestro país y en otros muchos de Occidente. Al contrario, curiosamente, de lo que sucedía en el área de la que procede el Dr. HERNÁNDEZ PAULSEN, que vive una fase económica de signo contrario a la nuestra, aunque las cosas sean acaso más complejas de lo que puede parecer a primera vista. De lo que no cabe duda alguna es de que si el doctorando quería ser, en este lugar de la Europa mediterránea, testigo directo de una profunda y simultánea crisis de tantas y tan variadas cosas, acertó de pleno. Eligió una de las mejores ubicaciones que se le brindaban. No vamos a referir aquí hechos que son notorios para todos y cuyo relato nos desviaría del objeto estricto de este prólogo. Bastará con aclarar al lector que, entre las innumerables y apasionantes cuestiones jurídicas que suscita la situación que estamos*

viviendo, se encuentra la respuesta que está ofreciendo el Derecho privado a uno de los ámbitos en los que se está librando la batalla de la crisis. Me refiero, como es lógico suponer, a las ásperas controversias entre las entidades de crédito y bastantes de sus clientes de servicios bancarios y de inversión, quienes, tras algunos años de poco menos que una luna de miel con el sistema financiero (crédito barato para todos, ilusión generalizada de riqueza, etc.), se levantan airados ante lo que consideran un trato intolerable y gravemente injusto. Y ello precisamente cuando muchas de las instituciones que se habrían lucrado con las supuestas prácticas abusivas estaban, a su vez, en una situación de extrema debilidad, si no eran meros muertos vivientes. Viniendo de otro contexto —por muy próximo que sea al nuestro por tantas y tan variadas razones— y siendo en su origen lo que en el academicismo se llama un civilista, era lógica la perplejidad del doctorando, al tiempo que su fascinación, ante el indescriptible espectáculo cotidiano que podía contemplar en la prensa general o económica, o en los repertorios de resoluciones judiciales. Para decirlo con brevedad, le interesaba estudiar a fondo cómo y de qué manera los diversos mecanismos del Derecho de contratos estaban permitiendo gestionar —como se dice ahora— una conflictividad jurídica tan extendida y enconada. El objetivo era ciertamente muy ambicioso y, por tanto, resultaba esencial limitarlo a unas dimensiones manejables atendido el limitado tiempo disponible.

V. *Es cierto que podían haberse elegido otros objetos de análisis pero a ambos nos pareció —el acierto de la elección siempre será discutible— que era muy útil centrar el estudio en las obligaciones precontractuales de información que las entidades de crédito tienen, en mayor o menor medida, frente a sus clientes al prestarles servicios bancarios y de inversión. En efecto, podía oírse o leerse una y otra vez la misma queja de los clientes expresada de varias formas: «no me dijeron lo que era una participación preferente», «me engañaron porque me explicaron que un swap de tipos de interés era un seguro», «quería contratar un depósito normal y salí de la oficina bancaria con un depósito estructurado», «me recomendaron un crédito hipotecario denominado en una moneda extranjera», etc. ¿Qué había sucedido exactamente? ¿De qué habían servido tantas y tan alambicadas disposiciones de protección de los clientes? ¿Qué eficacia práctica había tenido la tan traída y llevada normativa MiFID, presentada como la panacea de casi todos los males, aunque sea verdad que fue implementada muy poco antes del estallido de la crisis? Los criterios básicos en materia de obligaciones precontractuales de información han sido ya trazados por la doctrina iusprivatista. Existía, no obstante, en este específico ámbito de la contratación un notable desarrollo normativo cuya trascendencia práctica parecía no haber superado la prueba de fuego de una convulsión tan profunda como la iniciada en 2007-2008. La jurisprudencia al respecto era todavía confusa y titubeante, aunque se estaba formando una avalancha de resoluciones a raíz de las demandas de innumerables clientes que decían sentir defraudada la confianza depositada en su banco o caja de*

ahorros. Se daban, en definitiva, todas las condiciones necesarias para acometer un trabajo serio y útil sobre la materia.

VI. *Un ensayo parcial del estudio lo realizamos conjuntamente mediante nuestra obra La comercialización de swaps de tipos de interés por las entidades de crédito (2012). En este trabajo, entre otras muchas cosas, tratamos de analizar cómo y por qué los juristas españoles (abogados y jueces, esencialmente) se habían enfrentado al problema de la manera en que lo estaban haciendo. La llamativa sorpresa había sido que los problemas generados por la contratación masiva de un tipo de derivado financiero se estaban solventando, en lo esencial, mediante las figuras tan clásicas y trilladas de los vicios del consentimiento contractual (dolo y, sobre todo, error). Los jueces de Primera Instancia y las Audiencias Provinciales, sin perjuicio de citarla más o menos de pasada, estaban dejando a un lado la compleja y sofisticada normativa sectorial, enfrentándose a la cuestión a pecho descubierto con poco más que el viejo Código Civil de 1889 en la mano. Las conclusiones provisionales obtenidas, por tanto, invitaban a seguir adentrándose en estos terrenos.*

VII. *Pasada esta primera y parcial escaramuza, el Dr. HERNÁNDEZ PAULSEN asumió en exclusiva el peso de toda la investigación, elaborando con gran rigor y perseverancia su tesis, avanzando paso a paso por el trabajoso camino que conducía a su defensa ante el Tribunal y, finalmente, a su publicación para someterla al veredicto académico y profesional. Cualquier lector mínimamente objetivo podrá comprobar sin grandes esfuerzos la seriedad y la excelencia del trabajo. También su oportunidad y utilidad en unos momentos en que, un día sí y otro también, proliferan contribuciones académicas, iniciativas políticas o sociales, noticias de prensa o resoluciones judiciales sobre los más variopintos aspectos de la materia estudiada. Podrá discreparse más o menos con unas u otras conclusiones o, acaso, con ciertas posiciones que ocasionalmente adopta el autor (yo mismo lo he hecho más de una vez). Pero no podrá negarse que estamos ante una monografía muy profunda, rigurosa y exhaustiva.*

VIII. *Pienso que no me corresponde a mí realizar un resumen de la obra, en especial cuando el autor nos brinda una amplia introducción y unas ponderadas conclusiones que son un muy buen aperitivo para iniciarse en su lectura. No obstante, sí puede tener interés realizar un par de consideraciones de carácter general. En primer lugar, el trabajo del Dr. HERNÁNDEZ PAULSEN permite realizar una aproximación muy profunda y detallada a un régimen normativo que es en exceso complejo y poco manejable para los operadores jurídicos. Sin entrar en absoluto a discutir sus fines últimos de naturaleza política o regulatoria —algunos de ellos, por cierto, fijados no ya a escala europea sino global—, nos enfrentamos a un magma de disposiciones normativas muchas veces oscuras y crípticas, casi siempre interminables y extenuantes incluso para el más paciente y perseverante. Al tiempo que solucionan algún problema, su lectura e interpretación generan otros muchos, creándose un lastre cada vez más*

pesado. En segundo término, la obra que prologamos permite comprobar también que, más allá del defecto previamente referido, las técnicas más usuales para prevenir el déficit informativo de los clientes se demuestran a menudo estériles e ineficientes. Algo parece moverse a este respecto en las instancias competentes pero queda aún muchísimo por hacer. Hay coincidencia en que debe protegerse al cliente y, en particular, al más débil. Pero cómo hacerlo de manera eficaz y viable, sin dar pie a fáciles oportunismos y a decisiones arbitrarias, dista mucho de estar claro. El trabajo del Dr. HERNÁNDEZ PAULSEN nos ofrece alguna luz a este respecto, lo cual no es poco.

IX. *Tras estos escuetos apuntes sobre el autor y su obra —que solo han pretendido poner sobre la mesa unas claves que sean esclarecedoras para el lector crítico— no quiero concluir sin antes desear que el ejemplo del Dr. HERNÁNDEZ PAULSEN tenga la continuidad que sería deseable. Más allá de comprobar una vez más la solidez y buena salud de que gozan nuestros vínculos culturales y afectivos con América Latina —y con Chile de modo específico en este caso—, se trata de lograr que los centros universitarios españoles sean realmente atractivos para quienes provienen de un área claramente emergente en el concierto global, para utilizar los términos al uso. Sin duda, para los graduados más brillantes de estos países que, por fin, están haciendo oír su voz, la tentación de proseguir sus estudios en alguna de las excelentes instituciones angloamericanas será poco menos que irresistible. Nuestro reto es que, aun siendo muy conscientes de ello y de hasta dónde llegan nuestros recursos, podamos ofrecerles desde este rincón de la Unión Europea una opción formativa todavía interesante. Nunca deberemos regatear ningún esfuerzo personal para hacerlo posible.*

Francisco MERCADAL VIDAL
Universidad Autónoma de Barcelona

INTRODUCCIÓN*

Uno de los perfiles esenciales de la masiva litigiosidad desarrollada en los últimos años entre EC y clientes concierne al deber u obligación de las EC de informar a sus clientes en la etapa precontractual. Es este, precisamente, el tema que abordo en este trabajo.

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

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

* Antes de comenzar, cabe tener presente algunas consideraciones de estilo. Las resoluciones judiciales, normas y, en su caso, otros instrumentos citados en lo que sigue se individualizan con la fórmula día-mes-año. Las SSAP citadas se presentan en orden alfabético de acuerdo a la denominación de cada Audiencia Provincial, colocándose luego, entre paréntesis, el número de la Sección. Al final del trabajo el lector encontrará un índice jurisprudencial con la fuente de cada sentencia, así como con el nombre del respectivo Ponente. Cabe precisar, asimismo, que al utilizar en este trabajo la expresión «jurisprudencia» aludo tanto a las SSTS como a la jurisprudencia menor (SSAP). Finalmente, al efecto de hacer más fácil la lectura, he organizado cada título o subtítulo en epígrafes a cuyo número me remito frecuentemente a lo largo del texto.

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

Diversos factores explican el incremento de las reclamaciones, quejas y acciones judiciales de los clientes de las EC por infracción de la obligación precontractual de informar que recae sobre ellas. En primer lugar, sobresale la crisis económica y financiera mundial que tan intensamente ha afectado a España y en particular a las EC, uno de cuyos efectos ha sido la producción de pérdidas para los clientes que han contratado determinados productos y servicios, a consecuencia de fluctuaciones de mercado negativas para sus intereses. En segundo término, destaca la comercialización por parte de las EC, en bastantes ocasiones, de productos y servicios complejos o de alto riesgo respecto de clientes que alegan haber carecido de los conocimientos, experiencia o cualificación para comprender las correspondientes operaciones (a estos tres extremos se refiere el art. 78 bis.2 LMV), así como que dichas entidades incumplieron con su obligación precontractual de informarles. En fin, también merece ser subrayada la proliferación de normas que han impuesto a las EC la obligación precontractual de informar. Todos estos factores han contribuido a aumentar en una alta proporción las reclamaciones y quejas de los clientes ante los organismos reguladores, así como las acciones judiciales deducidas por ellos en contra de las EC por la vulneración por parte de estas de su obligación precontractual de informar.

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

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

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

Así, se opta por el establecimiento de específicos deberes informativos en la fase prenegocial, en el bien entendido de que los remedios tradicionales de los vicios del consentimiento y del incumplimiento de las obligaciones no resultaban suficientes o eficaces para tutelar los intereses de la parte débil de la relación. Esto, principalmente teniendo en cuenta que de la existencia de dichos mecanismos no se puede derivar *ex ante* una obligación de informar para el contratante que cuenta con los datos relevantes en orden a una adecuada manifestación de voluntad de su contraparte. Naturalmente, ello debe entenderse sin perjuicio de que las reglas sobre vicios del consentimiento o sobre incumplimiento de las obligaciones puedan aplicarse como consecuencia ante la infracción de la obligación precontractual de informar.

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

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

Sin perjuicio de lo anterior, la constatación de la inexistencia de una verdadera igualdad contractual entre partes en ámbitos diferentes de la contratación con consumidores ha repercutido en que también se postule la inversión de la regla *caveat emptor* en los negocios jurídicos cele-

brados con empresarios que carecen de los conocimientos, experiencia o cualificación para comprender cabalmente ciertos contratos y que, por lo mismo, puede decirse que ostentan la condición de parte débil de la relación (*v. gr.*, determinadas PYMES). En razón de este planteamiento, los diversos ordenamientos jurídicos han optado por imponer la obligación precontractual de informar a determinados empresarios cuando contratan con otros empresarios. Es lo que ocurre, por ejemplo, con los empresarios que adhieren a condiciones generales de la contratación, a cuyo respecto la LCGC exige el cumplimiento de determinados requisitos de información precontractual (requisitos de incorporación).

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

Entre los criterios que avalan la imposición de la obligación precontractual de informar, tanto por parte del regulador como por parte de los tribunales, destaca, en un sentido material, la asimetría informativa que afecta a determinados clientes en la contratación con empresarios. En términos jurídicos, sobresalen los principios de protección de la parte contractual débil, libertad contractual y buena fe. En fin, desde la perspectiva económica tienen relevancia los principios de competencia eficiente y transparencia y, asimismo, la imposibilidad o gran dificultad de una de las partes para acceder a la información relevante y la circunstancia de que dicha información incida en el valor del respectivo producto o servicio.

Probablemente, uno de los campos más fecundos de establecimiento de la obligación precontractual de informar sea el de los servicios financieros. En efecto, el ordenamiento jurídico ha impuesto a las EC la referida obligación en virtud de una multiplicidad de normas de variado origen, naturaleza y jerarquía. Son numerosos los motivos que explican dicha imposición. Entre estos destacan la condición de profesionales del mercado financiero de las referidas empresas, el elevado carácter técnico del sector en el que se desempeñan, la complejidad y elevado riesgo de una parte significativa de los productos y servicios que comercializan (cada vez más agudizada) y la carencia de conocimientos, experiencia y cualificación en materias financieras de gran parte de su clientela. A su vez, no cabe duda de que el incremento de la actividad normativa en los últimos años en el ámbito de la contratación con EC responde a la necesidad de proteger a

los clientes de dichas empresas ante la demostración empírica de que la conflictividad en este terreno ha aumentado de manera exponencial. Este aserto daría cuenta de que las disposiciones previamente existentes no han resultado eficientes para prevenir los incumplimientos de la obligación precontractual de informar de las EC y salvaguardar los intereses de los clientes.

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

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

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

estructura de que me valgo en el capítulo II para estudiar las diferentes normas sobre información precontractual aplicables a las EC.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el capítulo III veremos que la vía mayormente considerada por los tribunales para solucionar los conflictos en materia de obligación precontractual de informar de las EC, ha sido la de la anulación por vicio del consentimiento, destacadamente por el vicio del error. En una significativa parte de supuestos, los tribunales han estimado que el cliente ha padecido un error esencial y excusable a consecuencia de la falta o defecto de información, sobre todo cuando se trata de clientes carentes de los conocimientos, experiencia o cualificación para comprender la respectiva operación. Por su parte, las sentencias que fallan a favor de las EC tienen presente,

en general, el cumplimiento por parte de dichas empresas de su obligación precontractual de informar, así como que el cliente contara con un nivel de conocimientos, experiencia o cualificación en materias financieras superior a determinado umbral. En el caso de los clientes empresarios, aparte de estas consideraciones, las resoluciones judiciales favorables a las EC suelen tener en cuenta la situación patrimonial de dichos clientes.

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

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

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES Y NOCIONES BÁSICAS RESPECTO DE LA OBLIGACIÓN PRECONTRACTUAL DE INFORMAR¹

I. CONSIDERACIONES GENERALES

[1] **Antecedentes históricos.** Aunque se trate de volver sobre caminos muy trillados por la literatura jurídica, resulta inevitable comenzar este estudio retomando algunas premisas que siguen siendo básicas en cualquier análisis referido a la contratación en el ámbito del Derecho privado².

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

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

Ante todo, conviene recordar que la regulación de la contratación clásica responde, en su fuente paradigmática (el CC francés), a una ideología liberal-individualista. Esta encuentra en la autonomía de la voluntad el principio jurídico-privado por antonomasia, también inspirador del CC español³. Los principios de que partieron los legisladores decimonónicos en cuanto a aquella regulación fueron los de libertad contractual⁴ e igualdad entre partes⁵.

Dichos legisladores arrancaron de la consideración de que en la mayor parte de los supuestos los contratos se suscribirían entre individuos en posición de igualdad, capaces, por tanto, de tutelar adecuadamente sus intereses. En razón de esto asumieron que, también en la mayor parte de los casos, su voluntad sería prestada de forma libre, gracias a la posibilidad negociadora que tal posición provocaría. Ante esto no cabía más que predicar la justicia de la regulación de intereses por ellos efectuada⁶.

Por lo mismo, los límites a la libertad de contratar fueron contruidos por los iniciales codificadores recurriendo a conceptos cuya inobservancia suponía un grave atentado a los valores fundamentales del ordenamiento jurídico (la moral, el orden público y la ley)⁷ o a los principios de libre manifestación de la voluntad y buena fe, de forma que aquellos límites solo podrían operar marginalmente⁸. Si todo contrato era tenido como una herramienta cualificada en una economía de mercado en orden a la justa regulación de los intereses de los contratantes, el corolario era la primacía casi sin restricciones del principio de autonomía privada y del correlativo de conservación del contrato, en detrimento de toda fórmula que conllevara la posibilidad de desvinculación del mismo al margen de su cumplimiento o de la voluntad común de las partes. En

³ Cfr. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, p. 207; C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, «Trascendencia», pp. 59 y ss.; L. MIRANDA SERRANO, «La protección de los consumidores», p. 182 (refiriendo que el CC es «insolidario en lo social»), y F. PERTÍNEZ VÍLCHEZ y L. RAGEL SÁNCHEZ, «El contrato», p. 280. Un estudio de la evolución del principio de libertad contractual desde el Derecho romano, con desarrollo del mismo a la luz del liberalismo, en E. VÁZQUEZ DE CASTRO, *Determinación*, pp. 23 y ss.

⁴ También designado como «libertad de contratación» o «de contratar» y recogido por el art. 1.255 CC. Su faceta referida a la celebración del contrato se denomina «libertad de conclusión» o «de decisión» (contratar o no y elegir a la contraparte) y la relativa a su contenido, «libertad de configuración interna» o «autorregulación contractual». Vid. J. ATAZ LÓPEZ, «La libertad», p. 129; L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, p. 155; D. MEDICUS, *Tratado*, p. 39; H. SIMÓN MORENO, «II.-1:102 y II.-1:103», pp. 85 y s., y E. VÁZQUEZ DE CASTRO, *Determinación*, pp. 72-74.

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

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

⁷ Vid. L. MIRANDA SERRANO, «La protección de los consumidores», p. 182.

⁸ Un tratamiento de estos límites en J. ATAZ LÓPEZ, «La libertad», pp. 140 y ss., y E. VÁZQUEZ DE CASTRO, *Determinación*, pp. 43 y 81 y ss.

síntesis, los límites a la libertad contractual en el liberalismo clásico son «escasos y genéricos»⁹.

En razón de lo anterior, los ordenamientos tradicionales partieron del supuesto de que los eventos de formación del consentimiento en que su libre manifestación no tuviera lugar, o en los que apareciera severamente debilitada, habrían de ser excepcionales. En consecuencia, de esta índole también habrían de ser los remedios contemplados para hacerles frente, *v. gr.*, la figura de los vicios del consentimiento¹⁰. Por esto es que exigieron a estos vicios drásticos requisitos en orden al perecimiento del contrato, hoy todavía requeridos. Así, se protege a la víctima de los mismos solo si junto a ellos comparecen determinados factores cualificados¹¹.

[2] De la contratación clásica a la contemporánea. El punto de inflexión que separa la contratación clásica de la contemporánea por lo que respecta a la operatividad de los principios de libertad contractual e igualdad entre partes en la fase de formación del consentimiento, se sitúa en la época de surgimiento y sobre todo del auge de la contratación en masa («sociedad de consumo»), consecuencia del enorme cambio socio-económico desencadenado por la Revolución Industrial¹². Esta transformación tiene estrechas conexiones con el alumbramiento y consolidación de la moderna noción de empresario¹³. Así, se tradujo en el nacimiento de una forma de ser de la contratación privada radicalmente diferente, basada en la realidad de los hechos, no tanto en la igualdad de los contratantes, sino en su opuesto¹⁴.

A tenor de dicha situación, disminuye la presencia social de la subjetividad contractual considerada por los códigos del siglo XIX, esto es, la propia del tipo de economía y de relaciones jurídicas vigentes hasta ese entonces, es decir, la inherente a un mercado no industrializado, agrario y

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

¹⁰ *Vid.* C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, «Trascendencia», p. 61; F. PERTÍNEZ VÍLCHEZ, «Los contratos», pp. 1585 y s.; F. PERTÍNEZ VÍLCHEZ y L. RAGEL SÁNCHEZ, «El contrato», p. 286; J. RIBOT IGUALADA (Comentario al) «Artículo 1.265», p. 1386, y F. RIVERO HERNÁNDEZ, «Los vicios del consentimiento contractual», p. 377.

¹¹ *Cfr.* L. Díez-PICAZO, *Fundamentos*, I, pp. 185 y s.; M. MARÍN LÓPEZ, «Requisitos», p. 554, y J. RIBOT IGUALADA (Comentario al) «Artículo 1.265», pp. 1386 y s.

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

¹³ Acerca de la definición de empresario *vid.* Á. ROJO, «El empresario», p. 42.

¹⁴ *Vid.* F. RIVERO HERNÁNDEZ, «Del Derecho romano», p. 352, que señala: «En cuanto a la igualdad, ha influido decisivamente sobre el respectivo *bargaining power* de las partes contratantes la radical transformación verificada en las estructuras económicas y sociales en los últimos decenios: la generalización de la producción industrial en masa; el enorme desarrollo de las relaciones comerciales de cambio; el nacimiento de la empresa multinacional. El que posee el capital, el que posee las fuerzas naturales y las guías, no está en situación de igualdad para contratar [...] con el consumidor al que vende sus productos».

artesanal¹⁵. Y comienza a prevalecer una nueva subjetividad, representada por el binomio «contratante poderoso-contratante débil». La fulminante y extendida irrupción de este posibilitó la materialización habitual de una serie de prácticas hasta ese momento desconocidas o de escasa ocurrencia¹⁶. Muchas de estas prácticas son las desencadenantes del consabido desequilibrio, asimetría o desigualdad que rige en el interior de tal binomio, sobre todo respecto de consumidores y empresas de dimensión mediana o modesta. Se trata de un desequilibrio estructural o de mercado¹⁷.

[3] Principales efectos del cambio. El nuevo paradigma se tradujo en que, principalmente llegado el siglo XX, al proceso de masificación de la contratación se adicionaran, de forma igual de generalizada y como necesaria consecuencia de aquel proceso, dos subsiguientes fenómenos. Primero, el de redacción de las condiciones contractuales de manera unilateral por el empresario. Segundo, el de vinculación a las mismas por el contratante no redactor con base en su mera aquiescencia, esto es, al margen de la posibilidad de debate a su respecto (contratos de adhesión). Ambos fenómenos producen un desequilibrio contractual estructural o de mercado¹⁸.

Un notable ejemplo en el anterior sentido es, con frecuencia, la contratación con EC. En esta, las convenciones suelen llevarse a cabo a través de los formularios previamente redactados por dichas empresas, cuyos clausulados terminan siendo impuestos a quienes demandan sus servicios¹⁹, salvo a los «grandes clientes»²⁰.

¹⁵ L. MIRANDA SERRANO, «La protección de los consumidores», p. 182.

¹⁶ A. DE LEÓN ARCE, «El consumo», p. 43, y L. MIRANDA SERRANO, «La protección de los consumidores», pp. 183 y s. (destacando entre tales prácticas variadas conductas agresivas, deshonestas y abusivas).

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

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

¹⁹ Cfr. M.^a del M. ANDREU MARTÍ, *La protección*, p. 51; I. BONET SÁNCHEZ, «El contrato», p. 93; J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil*, p. 580; L. CORTÉS, «Contratos», p. 731; A. DE SA, *Direito*, p. 10; J. M. EMBID IRUJO, «Prólogo», p. 15; T. GIMÉNEZ VILLANUEVA, «Normas», pp. 660 y s.; J. GÓMEZ GÁLLIGO, «Las condiciones», pp. 242-244; S. LLEBARÍA SAMPER, «Protección», pp. 9-11; L. MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, *Condiciones*, pp. 83 y s.; L. MIRANDA SERRANO, «Operaciones», p. 46, y M.^a V. PETIT LAVALL, *La protección*, pp. 35 y ss. (resaltando los abusos que se producen en esta esfera de