

Araya Alicia ESTANCONA PÉREZ

***La protección de los usuarios de servicios financieros. Mecanismos de prevención y control.*¹**

Giovanni Berti de Marinis

Ricercatore di Diritto dell'economia
Università degli Studi di Perugia

El trabajo que tengo el placer de presentar en esta prestigiosa Revista está dedicado a un profundo y maduro análisis jurídico de la posición de desequilibrio en la que se encuentran los usuarios que, para satisfacción de sus necesidades, acceden al mercado bancario y financiero. En estas áreas, de hecho, el desequilibrio de negociación que comúnmente caracteriza la relaciones con consumidores, se ve enriquecido por otros elementos de vulnerabilidad que surgen de la extrema complejidad de los productos comercializados dentro de los mercados antes mencionados. Esto determina que, a menudo, los mismos productos no sean comprensibles de inmediato ni siquiera para un inversor medio, prudente y correctamente informado. Si a todo esto le sumamos el tecnicismo de las reglas que gobiernan estas relaciones, podemos fácilmente darnos cuenta tanto de la complejidad del tema como de la difícil tarea que debe realizar el sistema jurídico para intentar restablecer el equilibrio en las relaciones contractuales caracterizadas por tal disparidad de fuerza negocial.

Evidentemente, el tema se abre a perspectivas de investigación potencialmente ilimitadas y, por tanto, es extremadamente apropiado el enfoque elegido por la autora de centrar la atención, en primer lugar, en los mecanismos previstos por el ordenamiento jurídico para prevenir la aparición de conflictos. El papel que desempeñan las autoridades públicas sectoriales en este sentido, tanto a nivel europeo como nacional, en el ejercicio de los poderes de autorización, regulación y supervisión parece ser de importancia central en este contexto. El ejercicio de estos poderes incide en la "calidad" de los sujetos prestadores de servicios financieros que deben adecuar su estructura - tanto patrimonial como organizativa - a las disposiciones del sector y, de

¹ ESTANCONA PÉREZ, Araya Alicia, *La protección de los usuarios de servicios financieros. Mecanismos de prevención y control*. Aranzadi. Cizur Menor. 2020.

este modo, contribuyen a crear un entorno más seguro, estable y capaz de atraer clientes.

En segundo lugar, desde el punto de vista de la adecuada gestión de los conflictos, la atención de la autora se desplaza hacia la relevancia de los sistemas modernos de resolución de conflictos como herramientas para asegurar la protección efectiva del cliente de servicios financieros. El perfil que se aborda en primer lugar es el de las ADR que, habiendo sido previamente estudiadas por la autora en otras obras (ver: *Los mecanismos ADR para protección del consumidor financiero en La mediación en las diversas disciplinas jurídicas*, Dir. Manuel García Mayo, Olejnik. Santiago-Chile. 2020; *Resolución extrajudicial de conflictos para préstamos hipotecarios: el lado oscuro de las bondades transaccionales en Revista Actualidad Civil*, 2019; o *Los nuevos retos de los mecanismos de resolución alternativa de conflictos en el consumo. Una visión comparativa entre España y Portugal en Themis. Revista de direito*, 2018) adquiere en esta monografía amplitud y sistematización con muy interesantes elementos de reflexión, sobre todo en relación al análisis de estos sistemas en el sistema inglés. No se descuida el análisis del alcance potencial de las acciones judiciales, tanto individuales como colectivas, que se investigan adecuadamente a la luz de los problemas específicos que surgen en los mercados regulados.

La idea básica que une estas dos líneas de investigación radica en la constancia de que la correcta regulación de estos aspectos, generando confianza en el mercado, es sin duda capaz de estimular un mayor acceso de los clientes a estas áreas económicas. Un contratante que se sienta suficientemente protegido, tanto a través de reglas de mercado que sensibilicen a los operadores económicos del sector sobre la necesidad de respetar e implementar las necesidades de sus contrapartes, como a través de la implementación de herramientas eficientes de resolución de conflictos, con acercará con menor temor a estos sectores económicos percibidos, especialmente en estos momentos de especial estrés económico / social, potencialmente arriesgados.

Desde el punto de vista estructural, la presente monografía se divide en tres capítulos.

El primer capítulo examina, bajo el perfil legal y jurisprudencial, los distintos contratos financieros, tanto de los servicios bancarios como de inversión, representando el punto de partida de las reflexiones que luego se llevarán a cabo en los dos capítulos siguientes. De hecho, el análisis revela cómo, a pesar de la variedad de esquemas de negociación utilizados, estos mercados se componen de figuras contractuales caracterizadas por un elevado nivel de complejidad que, por lo tanto, requieren un adecuado enfoque regulatorio para prevenir posibles abusos por parte de las entidades bancarias o financieras.

Sobre esta base conceptual, en el segundo capítulo se analiza la protección y control del consumidor financiero mediante la correcta regulación de los mencionados mercados. Desde este punto de vista, parece central tanto el papel desempeñado por las Autoridades públicas, que son responsables de la delicada tarea de vigilar sectores económicos tan complejos y dinámicos, así como las normas que concretan las características y obligaciones de los intermediarios financieros. La copiosa normativa europea mencionada en el libro pone de manifiesto la particular preocupación del legislador europeo por imponer a los bancos e intermediarios financieros las obligaciones de carácter patrimonial y organizativo que, en cierto sentido, les responsabilice en el cumplimiento de nuevas obligaciones de protección en favor de los clientes.

Si bien en el segundo capítulo la investigación se centra en las herramientas preventivas para la protección del consumidor, el tercer capítulo se refiere a la fase contractual y las controversias jurídicas surgidas en su ámbito. En este sentido, el análisis se concreta en la efectividad de las herramientas de resolución de controversias dentro de los sectores analizados. Amplia y rica de ideas es, en particular, la parte dedicada a los sistemas alternativos de resolución de conflictos (ADR y ODR) que, caracterizados por procedimientos simplificados, son capaces de dar respuestas inmediatas a las necesidades de las partes y de realizar sus intereses en conflicto. Muchas son las sugerencias que se extraen del ordenamiento anglosajón y, en particular, del Financial Ombudsman Service (FOS) que es considerado un modelo a seguir tanto en España como en el resto de la UE.

Este último capítulo también estudia la vía jurisdiccional desde una perspectiva comparada, analizando tanto los procesos de acciones individuales como colectivas. Se busca analizar, en primer lugar, si el ejercicio de acciones colectivas pueden ser el remedio al colapso judicial provocado por el uso de cláusulas declaradas nulas –ya sea por falta de transparencia o por abusividad-. No se plantea que las acciones colectivas sean la panacea o el remedio infalible, pero no podemos pasar por alto que la UE está impulsando por la Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo de 11 de abril de 2018, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que deroga la Directiva 2009/22/CE, por lo que, de prosperar esta propuesta en toda su extensión, los legisladores nacional habrán de adaptar sus ordenamientos jurídicos a este nuevo paraguas normativa..

En segundo lugar, en relación al ejercicio de acciones individuales, se analiza, en especial, el ejercicio de las acciones de nulidad contractual o, más común, de nulidad de la cláusula impugnada. La evolución del control de transparencia y abusividad por el

TJUE, cuya interpretación habrá de ser aplicada por el TS español, es especialmente tratada con una apreciable extensión y crítica. Por otra parte, merece especial mención la entrada en vigor de la nueva Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que implementa el deber de transparencia material y la obligación de su comprobación por parte del notario y las reflexiones que la autora realiza al respecto. El análisis crítico del control de transparencia objetivado que se pretende imponer por parte de los tribunales, como pasó con las cláusulas suelo en la STS de 2013, ocupa buena parte de las conclusiones finales que, tras la publicación de la reciente STS del 21 de octubre de 2020, sobre el control de transparencia de las cláusulas IRPH en España, cobran especial interés.

El trabajo objeto de recensión, en conclusión, aparece muy bien estructurado y enriquecido por una extensa bibliografía, incluso extranjera, que apoya las consideraciones e ideas críticas realizadas por la autora. También resulta de gran interés las consideraciones sacadas del estudio del derecho comparado, con especial referencia al derecho anglosajón, que permiten al lector abordar una reflexión en compañía de un desarrollo cuidadoso y crítico de los perfiles más interesantes de la materia.

La que se presenta es, por tanto, una monografía que no puede faltar en la biblioteca personal de quienes, apasionados por el estudio de los mercados financieros, quieren enriquecer sus habilidades y conocimientos sobre el tema a través de una lectura sumamente amena de un volumen exquisitamente riguroso desde un punto de vista jurídico.

A las consideraciones anteriores, me gustaría añadir una nota personal. Para quien tiene el placer de escribir esta breve reseña, el juicio ciertamente positivo expresado en relación con la monografía solo representa la confirmación de las habilidades de investigación de la autora con quien he compartido, durante mucho tiempo, intereses científicos y proyectos comunes. Esta colaboración permanente nos ha llevado a crear, con especial cariño -junto a Almudena Gallardo, de la Universidad de Salamanca- la Sección de Jóvenes Civilistas de la asociación Ivs Civile Salmanticense y a organizar el primer Congreso internacional de dicha sección. Esto también atestigua la seriedad, el compromiso, la dedicación y la pasión con la que la autora de esta monografía se presenta a la comunidad académica.

Fecha de recepción: 27.10.2020

Fecha de aceptación: 12.12.2020