

Actualidad de los cuasi contratos. Revitalización del artículo 1891 del Código Civil para la tutela de los consumidores-inversores en el sector financiero (Un estudio necesario en tiempos de crisis)

por

FRANCISCO DE LA TORRE OLID
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Católica de Murcia

SUMARIO

- I. UN ESCENARIO DE CRISIS FINANCIERA Y DE VALORES.
- II. EL ARTÍCULO 1891 COMO FUNDAMENTO DE LA DIRECTIVA MiFID Y DE UN DERECHO DE DESARROLLO:
 1. EL MARCO CONSTITUCIONAL.
 2. EL ENCUADRAMIENTO EN EL TEXTO CODIFICADO.
 3. EL PRECEPTO COMO NORMA AUTÓNOMA.
 4. EL PRECEPTO COMO FUENTE DE OBLIGACIONES E INTERRELACIÓN CON OTRAS FUENTES.
- III. ANÁLISIS DESCRIPTIVO DEL PRECEPTO.
- IV. CUESTIONES CLAVE PARA UNA REVITALIZACIÓN Y TRATAMIENTO DE ACTUALIDAD DE ESTA NORMA.
- V. CONCLUSIONES.
- VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. UN ESCENARIO DE CRISIS FINANCIERA Y DE VALORES

La actual situación de crisis económica suele explicarse, sobre todo, por una etiología de carácter financiero¹. Por este motivo es entendible que se ofrezcan en primer término soluciones políticas antes que jurídicas, aunque éstas han de suceder a aquéllas para servir a la proclamación inaugural de nuestra Carta Magna que declara la constitución de un Estado de Derecho² y Social³.

Se afronta, en consecuencia, una crisis eminentemente financiera y por ello se asiste a nuevas prácticas como, por ejemplo, someter a los bancos a test de salud y al análisis de su solvencia, a través de las agencias de calificación⁴; socorrer desde el erario público a unas instituciones bancarias por falta de liquidez o por soportar unos activos tóxicos... creando entonces el denominado «banco malo»⁵; nacionalizar cajas de ahorro, instar a las entidades financieras

¹ El Preámbulo del Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito declara que esta crisis económica, efectivamente, se manifiesta como una crisis financiera que afecta de manera principal a las entidades bancarias (www.boe.es 31 de agosto de 2012).

Esta novedad legislativa también se preocupa de dar reglas de prevención en la comercialización de «las preferentes» para proteger al inversor, en línea con las tesis mantenidas en el presente trabajo.

² El artículo 1.º de la Constitución configura el Estado español como un Estado de Derecho, validando de este modo la relación de fuentes según el orden de prelación del artículo 1 del Código Civil, como también se explica esta proclamación constitucional en el desarrollo coherente que el Ordenamiento hace, desde el propio texto constitucional y, en concreto, en los puntos 1 y 3 del artículo 9 CE.

³ Y así se explica que, sensible con el referente social, el Ejecutivo publique sendos Reales Decretos Leyes: el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, que establece la espera de dos años para suspender pagos en los préstamos con garantía hipotecaria para familias en riesgo de exclusión social y con circunstancias concretas de especial dificultad económica, como son que la cuota exceda el 50 por 100 de sus ingresos y que solo tengan esa vivienda; y el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (www.boe.es de 10 de marzo de 2012) que vino a establecer la opción o alternativa de la dación en pago para servir de abono de la deuda en créditos con garantía hipotecaria, fijando requisitos para acogerse a esta medida.

⁴ Ley 5/2011, de 16 de junio, por la que se modifican determinadas normas financieras para la aplicación del Reglamento (CE) núm. 1060/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre agencias de calificación crediticia (www.boe.es de 17 de junio de 2011).

⁵ Un banco malo es aquella entidad o institución financiera que se encarga de transferir los activos tóxicos de las entidades bancarias, donde se incluyen aquellos fondos de inversiones de pésimas condiciones y que se crearon a partir de hipotecas o créditos a personas con poca solvencia económica, a un Organismo Público que se encargaría de liquidar los pagos. En pocas palabras, el Estado compra aquellos créditos con alta probabilidad de resultar poco rentables para el banco, y lo hace a un precio que estaría entre el valor del mercado y el valor contable del activo, es decir, el Estado se haría cargo de una parte de la minusvaloración del crédito. Finalmente, estos activos al venderse causarían pérdidas,

a la fusión bancaria... Y, sobre todo, se desemboca en un repunte de la litigiosidad derivada de la ejecución de hipotecas, lo que provoca los consiguientes lanzamientos⁶ y la venta masiva de productos nuevos (precisamente en esa búsqueda de liquidez que las entidades financieras han tenido que desplegar para no depender de ayudas públicas ni soportar la carga de inmuebles que la ejecución hipotecaria les acaba fatalmente provocando, en una realización de valor sin mercado que demande ese capital inmobiliario). También, en esta misma política y actividad de las entidades bancarias, se ha generalizado la comercialización de productos extraños o, cuando menos, complejos, como «las preferentes»⁷ o los swaps, con vinculaciones perpetuas, asunción de alto

una cifra que dependería de la gestión de este tipo de bancos. Como podéis imaginar, los principales afectados son los contribuyentes y es que estos serían los encargados de pagar parte de las pérdidas debido a la mala gestión bancaria. De esta manera, los ciudadanos muestran su rechazo aunque es conveniente destacar que el principal objetivo de este tipo de bancos es el de proteger el sector bancario y de esta manera, reactivar la situación económica actual de España. Y, respecto a la misión de este tipo de bancos que, y como hemos adelantado anteriormente, no es más que mejorar la situación económica ya que, en caso de que los bancos se libren de todas aquellos créditos tóxicos dispondrían de liquidez que, a su vez, la invertirían en nuevos créditos a personas solventes, especialmente empresarios, y de esta manera se conseguiría potenciar las empresas con el consiguiente posible descenso del paro, uno de los problemas más importantes actuales de España. www.bancomalo.es

⁶ Con fecha de 12 de febrero de 2013 se ha aprobado la tramitación de la iniciativa legislativa popular para ampliar el ámbito de protección de la dación en pago, de la suspensión de desahucios y del fomento del alquiler social. Iniciativa que, en fase de elaboración, por enmiendas y alegaciones podrá informar el ya existente Proyecto de Ley de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios (procedente del Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre), presentado el 29-11-2012 y calificado el 4-12-2012. www.congreso.es.

Con la publicación de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2013, se abunda en los argumentos que van a informar el contenido de esta nueva Ley, facultando a la Autoridad Judicial para realizar un control de las cláusulas abusivas y suspender, en el ínterin o cautelarmente, el procedimiento de ejecución y el desahucio. www.curia.europa.eu.

⁷ Fue a partir de 2008, y especialmente durante el 2009 y 2010, cuando los bancos, ante la necesidad de liquidez, comenzaron a comercializar masivamente las participaciones preferentes, procediendo —en la mayoría de los casos— a realizar agresivas campañas comerciales para captar los fondos de pequeños ahorradores y jubilados, con la finalidad de aumentar los fondos propios.

Las participaciones preferentes son un producto financiero complejo. Se trata de valores emitidos por las entidades financieras, a perpetuidad; esto es, sin vencimiento, pero que, a diferencia de las acciones, no dan derecho a su titular a participar en el capital de la sociedad ni derecho a voto.

Estas participaciones preferentes dan derecho a sus titulares a una rentabilidad anual. Sin embargo, a diferencia de los bonos —dado que no tienen vencimiento—, no dan derecho a la recuperación de capital, que tiene que ser vendido en el mercado. Esto determina su baja liquidez, así como su alto riesgo, debido a que la pérdida de valor de la entidad financiera emisora afecta al importe invertido. De esta manera se puede incluso perder la totalidad de la inversión en caso de que el banco se declare en quiebra.

riesgo, y desproporción entre lo invertido y la falta de beneficio y, a mayor onerosidad sobrevenida, con pérdida en numerosas ocasiones de todos los ahorros y un empobrecimiento ruinoso para la economía de los particulares⁸. Todo ello justifica una revisión del Derecho, sabiendo que existen fórmulas que surgen con carácter puramente coyuntural, como las daciones en pago⁹, o las suspensiones de desahucios¹⁰... Sin embargo, es evidente que se precisan soluciones y/o reformas más globales e integrales —así respecto a la regulación de la ejecución hipotecaria¹¹—. De partida, se exige una revisión crítica capaz de reconocer posibles fallos jurídicos y que permita comprobar si, antes que generar un nuevo Derecho, el esfuerzo se ha de encaminar en impulsar, actualizar o reactivar el Derecho ya existente.

Desde el año 2011, los inversores que apostaron por este producto han visto como el mercado en el que cotizan los valores (en el que se venden y compran las participaciones preferentes) carece totalmente de demanda, de forma que no pueden dar liquidez al producto y recuperar el importe de la inversión realizada. En consecuencia, las «preferentes» se han convertido en un producto tóxico. Sobre esta cuestión consultar el artículo de J. M.^a PEIRA, de 9 de febrero de 2013, titulado *Mala praxis bancaria: las participaciones preferentes*. www.diariojuridico.com

⁸ Entre las prácticas que colisionan frontalmente con los principios y valores de la Responsabilidad Social Corporativa se encuentran aquellas que fomentan el sobreendeudamiento, «practica cada vez más generalizada la de promover un mayor consumo a crédito a través de nuevos productos financieros como las tarjetas de crédito o los préstamos de reducido coste y alto interés, generando de este modo un aumento del endeudamiento muchas veces en segmentos vulnerables como los jóvenes o personas excluidas del circuito general de créditos». CASTRO COTÓN, M., y ROMERO CASTRO, N., «Responsabilidad Social en el Sector Financiero. Situación en España», capítulo de la Monografía asociada titulada *Empresa responsable y crecimiento sostenible: aspectos conceptuales, societarios y financieros*, en *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, núm. 38, 2012, pág. 220.

⁹ A propósito del impulso que recibe esta figura de cumplimiento de las obligaciones para saldar la deuda, conviene consultar el trabajo «*Datio in solutum*: problemática jurídica e incidencia en el sistema bancario español». DE LA TORRE OLID, F. y DEL OLMO VELA, G., en *Revista Derecho & Empresa*, núm. 1, Aranzadi, 2012, págs. 13 y sigs.

¹⁰ Reales Decretos Leyes citados de 9 de marzo y de 15 de noviembre de 2012.

¹¹ «Humanizar la Ley Hipotecaria», es el titular de la *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, AJA, de 22 de noviembre de 2012, núm. 853; y, en la misma publicación, siguiendo las opiniones de Magistrados de referencia como F. J. SOSPEDRA NAVAS o E. RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, se mantiene la necesaria reforma de la ejecución hipotecaria, destacando el Servicio de Mediación Hipotecaria que, desde mayo de 2012 viene funcionando en la Comunidad Autónoma de Euskadi como buen referente para una solución extrajudicial dotada de eficacia y equidad. De igual modo ambos Magistrados citan el dictamen no vinculante suscrito por la Abogada General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Juliane Kokott, en el seno del proceso instado por la denuncia de un cliente de préstamo hipotecario de Catalunya Caixa que, tras sufrir el lanzamiento de su vivienda, busca que se declare nulo el contrato y, por ende, el procedimiento. En dicho dictamen se afirma que la normativa procesal española referente a desahucios no permite ejercer los derechos garantizados al consumidor en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores.

Así, es llamativa la ausencia de un mayor celo en el control de las condiciones generales de contratación¹² por parte de los correspondientes operadores¹³, e incluso, yendo más allá, cabe pensar si moralmente cabría haber evitado y prohibido tal nivel de sobreendeudamiento. Además, en la particular contratación entre usuarios y gestores de fondos, merece detenerse en la solución contenida en el Código Civil, incluso para reconocer que en la condición de gestor se ha situado con frecuencia al sujeto público o al ente financiero intervenido por controladores públicos. Esto explicará también que el artículo 1891 del Código Civil disponga y haga responsable al gestor que, al amparo de un marco legal generoso, ha recibido el reconocimiento de una profesionalidad de la que carece —ya que tal profesionalización era, en realidad, más de carácter meramente político que no de operador del mercado financiero—; como también se explica que, en el mismo precepto y en cualquier caso, se le exija al profesional (que realmente responda al perfil de agente cualificado en la gestión de fondos o productos financieros) una mayor responsabilidad según la diligencia cualificada correspondiente a su *lex artis*. En ambos casos, bien debido a que al gestor se le ha elevado a un rango para el que carece de pericia o bien porque éste ha servido a una política financiera de comercialización abusiva o de especulación arriesgada para la búsqueda pronta de liquidez. Entonces, al gestor por verdadera negligencia o por la persecución de beneficio incluso pensando en que le aprovechara antes o le beneficiase también al comitente o titular de los valores, fondos o inversiones, se le puede exigir en buena lógica y de manera ejemplar una responsabilidad por todo daño, aunque la pérdida en la gestión traiga causa en el caso fortuito.

De los varios perfiles de gestor diferenciados cabe clarificar que el primero corresponde al profesional del mercado financiero y que por reconocerlo sujeto a una *lex artis*, es lógico que soporte un plus de responsabilidad frente al consumidor o usuario; en el caso del segundo, el gestor politizado y desprofesionalizado, advertir que no se trata de una figura nueva en el debate y reconocimiento de la realidad, sino que, de un lado ha marcado y explicado un proceso de reestructuración bancaria, fundamentalmente en la necesaria

¹² Tal como ha sido corroborado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia C-415/11 Mohamed Aziz/Catalunyacaixa) que faculta al órgano jurisdiccional nacional para comprobar si la cláusula de intereses de demora incluida en el contrato, la relativa al vencimiento anticipado y la que permite la liquidación unilateral de la deuda impagada son abusivas. Luxemburgo, 14 de marzo de 2013. www.curia.europa.eu

¹³ En *El Economista Iuris & Lex* se recoge el «Debate Legal» entre Vicente GUILARTE, Luis DEL POZO, Almudena DEL RÍO y Rafael SANZ COMPANY a partir de la sentencia de la AP de Navarra de febrero de 2011 que genera una equivocada condescendencia de las Administraciones, en particular de la Dirección General del Registro y del Notariado en su reconocimiento de la buena fe de los contratantes, cuando los Tribunales están dando la razón al necesario control preventivo de las cláusulas.

transformación de las Cajas de Ahorros¹⁴, siendo cierto que, de otro lado, ha operado en el mercado contribuyendo a esa problemática que hoy, con cierta virulencia, se manifiesta con la despatrimonialización de gran número de economías domésticas.

Constatado ese preocupante escenario económico-financiero que se dibuja en la actualidad, sería un deber asumir una responsabilidad social y, por ende, un compromiso y empeño por exigir, desde la reflexión científica, que el Derecho sea justo y eficaz, que exista un mayor compromiso con la ética y la escrupulosa observancia del rigor en la depuración de los requisitos del contrato. A ello contribuirían el garantizar el *consentimiento informado*¹⁵ o, desde el presupuesto y exigencia de la transparencia, conseguir que el ahorrador o pequeño inversor que deposita sus fondos en la gestión de un banco o entidad financiera, al decidir sobre esta operación, sea instruido de forma adecuada y suficiente para poder asumir los riesgos, impidiendo que se sumerja en una contratación compleja en la que las pérdidas no son siquiera sospechadas.

Por demás, en estos apuntes introductorios, es oportuno sugerir la reflexión para la recuperación de unos valores ya que, tanto acucia una crisis económica como se pone de manifiesto que, junto a ella, se asiste a una carencia de estos. Seguramente debido a que se ha jugado con un sobreendeudamiento¹⁶, que se explicaría incluso por las reglas que rigen el libre mercado o por una errónea consideración de la libertad individual ya que una expresión de la misma es la

¹⁴ «Los partidos políticos dominantes se apresuran a situar hombres de su confianza... por el criterio de la confianza política... Por otra parte, está todo el amplio mundo de los organismos públicos, en particular de los exentos del régimen jurídico-público, como las empresas públicas o semipúblicas, Cajas de Ahorros, etc.». GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, Jueces y control de la Administración*, Civitas, 2000, pág. 80.

¹⁵ Este instituto del *consentimiento informado* se desarrollará en extenso más adelante, con ocasión de sobresalir del contexto del mercado financiero, para situarlo en la relación sanitaria cuya ordenación lo positiviza y conceptúa. En efecto, en el escenario financiero se habla con más frecuencia de *transparencia* que busca en el consumidor la garantía del conocimiento sobre el alcance y riesgos de las operaciones en la que se vea inmerso, «permitir al consumidor seleccionar con conocimiento de causa entre las distintas ofertas que se le presenten en el mercado con ocasión de una contratación crediticia». ÁLVAREZ VEGA, M.^a I., *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, Civitas-Thomson Reuters, 2010, pág. 310.

¹⁶ Este autor, sensible y alertado con el problema del sobreendeudamiento, escribió un artículo de opinión titulado «La familia, una realidad endeudada», publicado por la Agencia de Noticias Véritas, 11-1-2005. www.agenciaveritas.com (reflexión recogida, a su vez, en el Foro Santo Tomás Moro).

El análisis se hacía necesario desde los rotundos Informes con los que, con fijación en este dato, el Gobernador del Banco de España venía cerrando los ejercicios anteriores. Estudio también nacido desde la preocupación por la precariedad reconocida en los dos pilares en los que descansaba la solvencia de la economía doméstica: el valor de tasación de la vivienda inflacionado y una subida salarial, puntales ruinosos en cuanto terminara «la burbuja» inmobiliaria o a poco que se generalizara la congelación de los sueldos o se desencadenara una creciente tasa de desempleo.

opción de sumergirse en aventuras económicas de un desproporcionado coste, cuando el Derecho ha velado siempre por la *integridad patrimonial de la persona*, evitando su empobrecimiento extremo (promoviendo la prodigalidad del que dilapida —cfr. art. 286 CC—, nombrando el representante del que por ser declarado ausente merece un mantenimiento y protección de sus negocios —cfr. art. 185 CC—, prohibiendo también donar sin reservar lo necesario para vivir con arreglo a las circunstancias de cada cual —cfr. art. 634 CC¹⁷— medidas todas ellas codificadas y validadas con un referente constitucional que, de igual manera, apuesta por la autonomía patrimonial, confía a la capacidad económica del ciudadano la contribución al gasto público, explica la tributación según una progresividad que depende de la solvencia del contribuyente y, en fin, proclama el derecho al trabajo para garantizar esos recursos económicos —cfr. arts. 31, 33, 35 CE—).

Desde esa evitación del empobrecimiento por falta de recursos económicos o pérdida de los mismos, se puede legislar además limitando un endeudamiento que posiblemente se traduzca en una ruina por despatrimonialización a causa de los costes financieros o riesgos del mercado especulativo.

Las medidas legales están legitimadas para atender, efectivamente, la cuestión social, la protección de la persona, abstracción hecha de su dimensión patrimonial, por lo que se puede hablar y así seguir interpretando y legislando, de un Derecho Patrimonial que, de alguna manera, se ha de entender superado en esta acepción tradicional, para necesariamente hablar hoy del *Derecho Patrimonial Social*. Y ello sin forzar una redefinición artificial del Derecho Económico, ya que se trata solo de ser coherentes con un marco constitucional que sitúa los fundamentos o pilares del Sistema Jurídico en un cuadro de derechos fundamentales (*ex* arts. 10 y 15 a 29 CE) y que subordina toda la riqueza al rendimiento e interés general (*ex* arts. 33,2 y 128 CE¹⁸). Con lo cual la dignidad de la persona, extendida también a la evitación de su ruina económica, y la ordenación de un tráfico financiero que no se divorcie del referente social, constituyen avales inspiradores del criterio de justicia que late en el presente estudio.

La fuerza y justicia de un Código Civil preconstitucional merece releer y actualizar preceptos tales como el recogido en el artículo 1891, que va a centrar

También y con más autorizada voz, se da cita al Prólogo firmado por J. TOMILLO URBINA, en la obra de ÁLVAREZ VEGA, M.^a I., *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, Civitas-Thomson Reuters, 2010, pág. 25.

¹⁷ Incluso entendiendo que, según el artículo 643 del Código Civil, existe fraude de acreedores si no se respeta ese límite legal de fijar una reserva patrimonial.

¹⁸ El escenario liberal de la economía de mercado (art. 38 CE) explica el reconocimiento del derecho a la propiedad privada pero delimitando el contenido de este derecho para garantizar siempre su rentabilidad social; como también la Carta Magna proclama que toda la riqueza del país (o bienes susceptibles de apropiación y de valor y rendimiento económico por su escasez y necesidad en el mercado que lo tasa y lo demanda) sea cual fuere su titularidad pública o privada, se ha de subordinar al interés general.

este trabajo y cuya literalidad se ha mantenido desde la primera edición¹⁹. Al destacar la vitalidad de la solución decimonónica que contiene este precepto, no se aboga sino por la actualidad del mismo y, en general, del texto legal nuclear del Ordenamiento Jurídico²⁰.

El Código Civil constituye un texto legal principal y es referente en la preservación del argumento de justicia que busca la garantía de la integridad patrimonial de la persona, regla validada en nuestro Ordenamiento general en cuanto informadora de la Carta Magna y, desde ésta, se entiende impulsada la solución articulada en preceptos tales como el artículo 1891 del Código Civil, con la exigencia de responsabilidad civil al gestor que, incluso desde su actuación lícita, provoca ese quebranto económico, obligándole la Ley a compensar y reparar ese daño. Con ello, nuestro Código se decanta en este precepto por la imputación y exigencia de la responsabilidad civil directa e individualizada, antes que por la socialización de los costes derivados de pérdidas en la gestión de fondos (fórmula ésta por la que opta la reciente decisión gubernamental de exigir una dotación extraordinaria en el Fondo de Garantía de Depósitos para reparar los daños a particulares adquirentes de «preferentes» —acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de marzo de 2013—²¹).

¹⁹ Expresión coherente que desarrolla la recogida en la Ley de Bases, concretamente en su Base 21, según la cual: «se mantendrá el concepto de los cuasi contratos, determinando las responsabilidades que puedan surgir de los distintos hechos voluntarios que les dan causa, conforme a los altos principios de justicia en que descansaba la doctrina del antiguo derecho, unánimemente seguido por los modernos Códigos, y se fijarán los efectos de la culpa y negligencia, que no constituyan delito ni falta, aun respecto de aquellos bajo cuyo cuidado o dependencia estuvieren los culpables o negligentes, siempre que sobrevenga perjuicio a tercera persona». Ley de Bases, de 11 de mayo de 1888, por la que se autoriza al Gobierno a publicar un Código Civil, con arreglo a las condiciones y bases establecidas en la misma.

²⁰ Por ello goza de todo el reconocimiento y autoridad la doctrina que continúa valorando algunas características centrales que presidieron la codificación y entre las que se pueden destacar, a propósito de este trabajo, la utilización de fórmulas concisas y lapidarias o la clara y sencilla fijación de las normas jurídicas. Díez-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Tecnos, 2012, pág. 34.

²¹ A fin de reforzar el patrimonio del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, la aportación anual prevista por el artículo 3 del Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre Fondos de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, a realizar por las entidades adheridas sobre los depósitos a 31 de diciembre de 2012, se incrementará excepcionalmente, y por una sola vez, en un 3 por mil adicional. Real Decreto-ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero. www.boe.es de 23 de marzo.

II. EL ARTÍCULO 1891 COMO FUNDAMENTO DE LA DIRECTIVA MiFID Y DE UN DERECHO DE DESARROLLO

1. EL MARCO CONSTITUCIONAL

El referente constitucional es el primer argumento y solución de Derecho que, tras preocuparse de la integridad patrimonial de la persona y procurar que esa dimensión económica se garantice antes de considerar al individuo sumergido en el mercado, consolida una protección necesaria de los consumidores y usuarios y contempla las medidas de sobretutela como garantía de la igualdad real. Con ese fin la Carta Magna ordena el desarrollo de un Derecho de Consumo, desde esa inquietud inspiradora de tutela y garantía que proclama el artículo 51 CE.

La sistemática desarrollada en este epígrafe parte, efectivamente, del texto constitucional puesto que en su articulado es posible reconocer la primera motivación del precepto que nos ocupa, el artículo 1891 del Código Civil. Ello explica la actualidad de una solución de justicia decimonónica, como la contenida en este precepto, que no se terminaría de entender sin su integración en el tratamiento completo de la categoría que lo acoge, los cuasi contratos y su régimen codificado (arts. 1887 a 1901 CC). Ciertamente es que la especialidad de la disposición legal analizada también precisará abordar, en un apartado separado, su posible consideración autónoma, sobre todo porque presenta notas ejemplares de sensibilidad social y justicia material que sirven a las exigencias del Derecho postconstitucional.

Como se ha indicado líneas atrás, el Derecho de Consumo posee un referente constitucional (no aislado en el ámbito nacional sino encuadrado en un entorno supranacional comunitario), que explica, a su vez, la proliferación de normas generales como la Ley de Consumidores y la Ley de Condiciones Generales de Contratación²²; así como la existencia de unas normas especiales que, por razón de la materia, también han merecido un tratamiento separado y particular, más allá de esa normativa general, es el caso de la Ley de contratos de crédito al consumo²³. A todas ellas hay que exigirles y en ellas se han de reconocer, lógicamente, unos contenidos acordes con el Derecho de la Unión Europea. En el ordenamiento comunitario destaca la Directiva 2004/39/CE, del Parlamento y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los Mercados de Instrumentos Financieros, conocida por sus siglas MiFID (*Markets in Financial Instruments*

²² En ambos casos se trata de Leyes Generales, la primera contenida en el 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; y la segunda dada por Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

²³ Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (www.boe.es de 25 de junio de 2011).

Directive)²⁴ que fija, entre sus contenidos, además de un tratamiento unificado, la protección a los inversores aspirando a establecer un régimen regulatorio común en los servicios financieros de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados del área económica europea.

La necesidad, que ahora se atiende y añade con este trabajo, es postular la fuerza de ciertas soluciones jurídicas que, además de gozar de una tradición, encuentran su razón más allá de su mantenimiento por el mero paso del tiempo. En este trabajo se defiende la virtualidad de preceptos como el 1891 del Código Civil, por el argumento de justicia que ofrece, puesto que se trata de ensalzar y confiar en preceptos consolidados, extrayendo su plena significación y eficacia jurídica, antes que innovar a costa de la coherencia y unidad del Sistema.

En efecto, en el artículo 1891 del Código Civil se puede reconocer un ejemplo de *protección a ultranza*, en particular la merecida por los inversores minoristas y *ahorradores domésticos*. Estamos pues ante una importante expresión de la justicia material, situada por encima incluso de la más frecuente justicia civil que es meramente formal. Sabiendo de la razón o argumento de justicia que se proclama en este precepto, este estudio pretende profundizar en su significación y desplegar su mayor eficacia jurídica. Así, con la creciente protección de la parte débil contratante, se busca sumar y estimular la correlativa tutela debida también a la *parte débil cuasi contratante*.

2. EL ENCUADRAMIENTO EN EL TEXTO CODIFICADO

El artículo 1891 del Código Civil, según su enclave en el Código Civil, se comprende y explica de manera adecuada integrándolo y concordándolo con el régimen regulador de los cuasi contratos. A su vez, conviene recordar que los cuasi contratos constituyen una de las clases de fuentes de las obligaciones jurídicas, conforme al artículo 1089 del Código Civil, y establecen el débito y la responsabilidad que puede derivar de la gestión de negocios ajenos sin mandato y del cobro de los indebidos. Con esta lectura integradora, se sirve a la unidad del Código, a la «radical unidad del ordenamiento» y, en fin, a la coherencia del Sistema.

²⁴ Esta Directiva se completa con la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión. Destaca de su tenor el punto 5 *in fine*, que exige tener en cuenta si el cliente o posible cliente es minorista o profesional. Ambas Directivas han sido objeto de transposición al Ordenamiento jurídico español mediante la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero.

El cuasi contrato es una figura orillada que merece ser revitalizada y reconsiderar seriamente su actualidad²⁵. Para sostener tal afirmación se acude al análisis de su regulación partiendo del concepto legal mismo, recogido en el artículo 1887 del Código Civil, cuyos elementos definidores pasan por la siguiente enumeración: 1. El hecho o actuación material —lesiva por sus resultados, según se deduce de los presupuestos generales para poder exigir la responsabilidad civil—. 2. La licitud de la actuación, que requiere todo cuasi contrato y que obliga a estar y pasar por una valoración jurídica y de justicia del acto mismo. 3. La voluntariedad del gestor, que asume su labor desde su libre y querida iniciativa, con suficiente capacidad intelectual y volitiva para corresponderse luego con una posibilidad de exigencia de responsabilidad civil. 4. Fuente de obligaciones, en cuanto que, sin base contractual o desbordando ese título en su contenido y encargo, genera un deber al gestor de sujeción a la diligencia necesaria que, con carácter ordinario se corresponde con la de un profesional, y por ende tal diligencia se ha de entender cualificada al operar en un mercado complejo. 5. Responsabilidad civil derivada de las obligaciones del gestor de responder de sus actos respecto de tercero, que no es otro que el *dominus negotii*. 6. Responsabilidad civil, también eventualmente del *dominus*, cuando deja de ser tercero y pasa a ser interesado en el caso de que se aproveche o beneficie de aquella actuación o se involucre directamente en ella.

Bien es cierto que esta acepción legal presenta varias notas sobre las que reparar, como por ejemplo la significación misma que otorga al «hecho», ya que no se refiere al hecho jurídico, que hay que contraponer o diferenciar del acto y del negocio jurídico, según la participación de la voluntad del hombre en la constitución de la situación jurídica y ordenación de su efectos jurídicos. En efecto, en la letra de este precepto, la alusión al hecho no presenta ninguna referencia al acontecimiento material sin intervención de la voluntad de la persona, sino que la disposición analizada sienta el presupuesto de un suceso donde, precisamente, la voluntad es tan decisiva que se completa definiéndolo como «puramente voluntario».

²⁵ «El cuasi contrato es una figura totalmente abandonada en la doctrina y Códigos modernos, que conservan la histórica gestión de negocios, regulan con carácter general el enriquecimiento sin causa y determinadas promesas unilaterales (reconocimientos de deuda, promesa pública de recompensa). Así el Código Civil italiano de 1942, el portugués de 1966 y el peruano de 1984.

En realidad en los cuasi contratos nos encontramos con obligaciones impuestas por la ley en situaciones en las que los principios de solidaridad social o de justicia lo demanda. Por ejemplo, en la gestión de negocios, la ley no puede dejar de atender al que oficiosamente se encarga de un asunto ajeno que está abandonado por imposibilidad o ausencia del dueño, ni en el cobro de lo indebido, a quien realiza por error una prestación sin estar obligado». Díez-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Tomo 2, vol. II, Tecnos, 2012, pág. 292.

De igual modo, destaca en este particular supuesto de cuasi contrato que recoge el Código, cómo se juega con las denominaciones de tercero y de interesado, para deducir obligaciones a uno o a varios sujetos: al gestor, desde luego, y al gestionado; y, a este último, según el grado de intervención en la situación jurídica, la voluntad de involucrarse, el interés y el provecho obtenido.

Sin embargo, el tratamiento del artículo 1891 del Código Civil, en su concordancia e integración con el texto legal que lo recoge, permite también superar la consideración típica de la figura del cuasi contrato para explicar esta exigencia de responsabilidad al gestor con el tratamiento y consideración del derecho de propiedad. Al igual que en líneas atrás se apostó por trascender el Derecho Patrimonial para hablar de la persona, en sí misma considerada, y de la conveniente preservación de su integridad patrimonial (como regla constitucional para proteger la personalidad y el grado de compromiso económico del ciudadano en su debida contribución al Estado y, por ende, al servicio del interés general), también ahora se justifica esa sanción al gestor, que impone el artículo 1891, por haber quebrado las facultades dominicales, haber invadido competencias del *dominus negotii* al determinar el escenario de especulación y los riesgos y, desde luego, al subordinar a su interés el de aquél.

Por tanto, atendiendo a este argumento de reconocimiento de las facultades dominicales, es posible explicar la tutela del *dominus negotii* sin recurrir a un excesivo paternalismo hacia el consumidor, sino más bien con base en el análisis objetivo que el reparto competencial y la distribución de atribuciones determina, diferenciando al que puede disponer del que meramente puede administrar.

3. EL PRECEPTO COMO NORMA AUTÓNOMA

El artículo 1891 del Código Civil, aunque se encuentra incardinado en la regulación general de los cuasi contratos, goza de una cierta autonomía en su planteamiento y en la solución jurídica que aporta. En efecto, se trata de un precepto que se separa de la figura típica del cuasi contrato constituyendo un supuesto diferenciado, tanto por el tenor mismo de su literalidad como por la consecuencia jurídica del supuesto que acota. Cabe pues plantearse, incluso, si el supuesto descrito en este precepto es realmente un cuasi contrato o rompe con tal categoría, ya que incluso puede desbordar la misma para constituir un auténtico ilícito civil caso de que el gestor incurra en una conducta negligente o reproachable.

Para avanzar en esta argumentación es oportuno reparar en el principio de justicia informador de los cuasi contratos, según la consideración tradicional sostenida que ha permitido al gestor creer de buena fe que el asunto está abandonado, incluso que es suyo; como también ha podido asumir el de otro de modo altruista —en cualquier caso amparado en la buena fe, real o presumida—.

Entonces se explica que surja la obligación de seguir la gestión en interés del *dominus*, pudiendo legítimamente también hacer valer el interés propio y, en el mejor de los casos, alcanzar incluso la ratificación de éste.

En el artículo 1891 del Código Civil, en cambio, el gestor responde y no tanto por motivo de haberse entrometido en negocios ajenos sino porque el *dominus negotii* no se aprovecha económicamente sino que sufre un daño con la pérdida de la actuación. El titular, ordinariamente, no ha abandonado ningún asunto sino que lo ha confiado a un gestor que, sin culpa (al colocar el negocio en un escenario desacostumbrado de puro y objetivo riesgo) o con culpa (al hacer prevalecer su interés, con manifiesto abuso de derecho, traición a la lealtad y confianza contractual y trasgresión de la buena fe) ha de responder, en un caso por derivación misma de las obligaciones *ex quasi contractu* y en otro por pasar de un hecho lícito a un ilícito.

El presente estudio pretende centrar el análisis del precepto en cuestión en un escenario o realidad concreta y particular como es la de los usuarios de los productos financieros, aunque sin olvidar que la solución jurídica plasmada en esta disposición del Código Civil pueda servir a otros supuestos de hecho como, por ejemplo, el marco de la relación entre médico y paciente (precisamente la relación jurídica para la que se gesta y positiviza el concepto jurídico de *consentimiento informado*²⁶) que permite visualizar la aplicación del artículo 1891 del Código Civil en tanto esa iniciativa paternalista del médico que, no teniendo en cuenta la autonomía y protagonismo del paciente, actúa desde su iniciativa profesional con el loable objeto de lograr la sanidad del enfermo; aunque esa actuación del facultativo médico también puede ser medida, cuando se quebranta el requisito de recabar el *consentimiento informado*, mediante la exigencia de responsabilidad al profesional, lo que ha desembocado, por desgracia, en una *medicina defensiva*. Como también cabe, en este caso ya sí justamente y no negativa ni lamentablemente, aplicarse la solución legal analizada para reprochar al médico su intervención cuando se esconda, en este cuasi contrato, un *encarnizamiento terapéutico* o una experimentación no autorizada.

Abundando en otras realidades a las que es de posible aplicación este precepto, en su general pronunciamiento y como referente para informar la reflexión sobre el sector financiero que nos ocupa, podría también considerarse la posibilidad de extrapolar su argumento de justicia al escenario de la representación pública donde cabría exigir responsabilidad al gestor político, bien por hacer prevalecer su interés personal o de «casta» sobre el interés común, bien por conducir a

²⁶ Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso. Artículo 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en su Capítulo IV, relativo al respeto de la autonomía del paciente).

la ciudadanía a escenarios arriesgados en los que no se tuviese costumbre de actuar. Y, más allá de ese razonamiento idealista de *deber ser*, esta norma sería de utilidad para enjuiciar la actuación del gestor político en el ámbito concreto de la contratación de productos bancarios. En ese contexto parece recomendable favorecer, sobre la respuesta dada por el artículo 1891 del Código Civil, la exigencia de responsabilidad al gestor que, a través de instituciones financieras como son las Cajas de Ahorros, ha actuado con cierta falta de cualificación (en tanto goza antes de un estatuto político que de una cualificación profesional) al amparo de un marco legal que ha favorecido a estas entidades²⁷.

De vuelta al razonamiento inicial, este precepto constituye una norma autónoma en cuanto que, efectivamente, presenta notas particulares, como ya se ha advertido en el punto anterior al constatar como se recoge en su letra el «hecho» o como presenta, para fijar a los obligados, un tratamiento diferenciado según se hable de tercero o de interesado. De otro lado, la misma literalidad del artículo presenta notas de tratamiento especial. Una primera a recalcar es la consideración puramente mercantilista del negocio (más propio del llamado coloquialmente *Derecho de los Negocios*), separada del negocio jurídico en su sentido más estricto y que explica la realidad jurídica surgida, ordenada principalmente desde la voluntad negocial. Otra segunda especialidad del precepto, desde su letra misma, es la referencia a la costumbre separada de su acepción de fuente (*ex art. 1 CC*) y utilizada para expresar los usos negociales de una persona. La tercera particularidad o nota que se puede subrayar en la consideración autónoma del precepto, y que lo separa del tratamiento y régimen general del cuasi contrato, radica en el supuesto de hecho del que parte (o, en rigor, de los dos supuestos de hecho que contempla): el artículo permite valorar su especialidad al exigir la responsabilidad civil aún en el supuesto de que el daño acontezca por el caso fortuito y ello tanto en un primer caso, de operar el gestor en un escenario de mayor riesgo de aquel en el que tuviese por costumbre operar el dueño-gestionado, como en el segundo caso en que el gestor ha provocado un daño tras haber hecho prevalecer su interés sobre el del dueño.

En el primer caso se está ligando al hecho lícito una responsabilidad derivada por el mero riesgo (o riesgo extraordinario por ser más extremo que el riesgo que asume ordinariamente el *dominus*) encontrándonos ante un cuasi

²⁷ La misma extrapolación sirve para indagar y reflexionar sobre asuntos en los que el gestor público se ha entrometido sin mandato o contraviniendo la información que ofreció para convencer al ciudadano en la convocatoria ante las urnas (desde la subida de impuestos a la afección de fondos a un destino impropio de la titularidad y la gestión pública, pasando por la regencia de una cadena de hoteles-paradores o de gestión de empresas de información con medios audiovisuales públicos...). Si el gestor público no es eficiente en sus resultados, consecuencia de asumir su poder para acometer operaciones arriesgadas o, sencillamente, para actuar en ámbitos no propios o para hacer prevalecer su propio interés (o razón de Estado) sobre el de los administrados se le puede deslegitimar y responsabilizar del fracaso negocial.

contrato especial ya que ese dato objetivo es el que marca una responsabilidad por un daño derivado del caso fortuito. Es posible incluso apreciar en tal supuesto el desbordamiento del cuasi contrato como fuente de obligaciones para entender que éstas se exijan por responsabilidad extracontractual, basada en la culpa, si decae el hecho lícito y el riesgo objetivamente se separa del asumible por el dueño del negocio, siempre que se constate que el gestor ha incurrido en una negligente actuación (por su temeridad o mala fe contractual, si la transgredió). Sólo se mantendría la existencia del cuasi contrato si la extralimitación en el encargo respondió a la búsqueda de mayor rentabilidad del *dominus negotii*.

Al mismo tiempo, este precepto, según se ha indicado ya, contempla un segundo supuesto de fuente de obligaciones con causa en el cuasi contrato: cuando el gestor hace prevalecer su interés sobre el del dueño. De igual modo, la especialidad del cuasi contrato radicaría aquí en que se sume a la actuación lícita la responsabilidad por las pérdidas y daños imputables al gestor, aunque éste no haya cometido ilícito alguno en tanto la prevalencia de su interés responda, por ejemplo, a una ambición, objetivos o logro profesional.

En caso de que cualquiera de los dos supuestos relacionados evidencien una ilicitud transportarían el precepto y la fuente de las obligaciones del cuasi contrato directamente al marco de la responsabilidad extracontractual, lo que permitiría plantearse, aunque para que decaiga luego en nuestro Derecho, la operatividad de los daños punitivos. Aún así, antes de introducir mayor complejidad en este trabajo, procede ya manifestar al respecto que este sería más bien un debate teórico antes que una controversia de trascendencia práctica, en tanto la doctrina autorizada disuade de avanzar en esa apuesta para sujetarse a la función indemnizatoria.

4. EL PRECEPTO COMO FUENTE DE OBLIGACIONES E INTERRELACIÓN CON OTRAS FUENTES

Enlazando con lo contemplado en el punto anterior y con la posibilidad de que el análisis de la realidad material determine tener que trascender de la consideración de los cuasi contratos, se debe completar el análisis del precepto, no solo con la doctrina de esa fuente cuasi contractual de obligaciones. El 1891 del Código Civil sugiere, desde luego en cuanto sea cuestionable su consideración propia de cuasi contrato, un repaso de las otras fuentes de las obligaciones, así como invita a un ejercicio intelectual de combinación de las mismas, para alcanzar con ello una visión panorámica y comparativa. En suma, la finalidad última es conseguir garantizar una precisión en la averiguación de la clase de fuente ante la que se está, una vez demostrada la complejidad de la realidad material y para evitar la compartimentación teórica excesiva.

De igual modo, también en los fundamentos del tratamiento de la figura y en las razones de justicia que informan su regulación, se ha de ir más allá de la tradicional explicación que subyaciera en el cuasi contrato, cuando se ha presumido un abandono del negocio por parte del dueño. En el presente estudio se aborda una realidad más frecuente que ésta, como es la de la extralimitación en la contratación bancaria, donde no se produce normalmente una actuación que responda a la sola iniciativa del gestor ni éste se entromete espontáneamente en los asuntos de nadie, siendo lo usual que desde una base negocial contractual se incurra en la citada extralimitación.

En aras de una conveniente recapitulación y al objeto de servir a la interrelación de las fuentes de las obligaciones, se pueden enumerar los siguientes supuestos: 1.º) El paso del cuasi contrato a contrato (por ratificación —cfr. art. 1892 CC—); 2.º) La conversión del contrato en cuasi contrato (por extralimitación sin culpa, en base al hecho objetivo de posicionamiento en un escenario de riesgo —cfr. art. 1891 CC—; 3.º) El caso del cuasi contrato que pasa a ser un ilícito civil (por negligencia o superposición del interés del gestor —cfr. art. 1891 CC, supuesto segundo—); 4.º) La transformación de ilícito civil en cuasi contrato (cuando el resultado dañoso no parte de la negligente actuación sino de un hecho lícito aunque, por el *daño desproporcionado*, se exija responsabilidad civil).

III. ANÁLISIS DESCRIPTIVO DEL PRECEPTO

Un análisis descriptivo del artículo 1891 del Código Civil pasa por fijar los presupuestos de aplicación y el comentario de sus términos como premisa para interpretar adecuadamente el precepto, alcanzar su plena significación jurídica y, por ende, una mayor eficacia. Entre esos presupuestos se encuentran los siguientes:

- 1.º La actuación del gestor cuyo resultado son pérdidas, como no se podría concluir de otra manera si se ha de deducir una exigencia de responsabilidad que implica la existencia de una lesión o daño relevante.
- 2.º La innecesariedad de una relación de causalidad entre la actuación y el resultado lesivo en tanto la pérdida puede traer causa del caso fortuito; sobre todo cuando no se ha de partir del debate de la culpa, sino que la premisa de inicio es la existencia de un hecho lícito.
- 3.º La averiguación y determinación de si hubo mandato (que se excedió) o si ni siquiera medió aquél (porque hubo quizá mera apariencia de tal, aunque carencia de requisitos esenciales como el consentimiento —aunque puede que parezca que se consintió pero faltando información suficiente, hubo vicio del mismo por error o dolo— o la causa

—si se produce un enriquecimiento injusto a favor del gestor que, por operar en un mercado muy arriesgado o hacer prevalecer su interés, no merece la obtención de dicha ganancia y además debe reparar los daños causados—).

- 4.º La determinación de si se partió o no de un hecho voluntario y lícito (que permita mantener la presencia de un cuasi contrato), primero en el supuesto de que la pérdida se produzca por razón de haber operado el gestor en el repetido escenario arriesgado, según una valoración objetiva y comparativa del escenario de riesgo asumible por el dueño del negocio (si eso implica una negligencia profesional en el gestor que desvirtúe la figura cuasi contractual porque incurrió en una negligencia en aquella referencia necesaria del nivel objetivo de riesgo). Y segundo, en el caso de que el quebranto se ocasione consecuencia de hacer prevalecer los intereses propios del gestor sobre los del dueño del negocio, lo que exige una averiguación del interés hecho prevalecer para confirmar la posibilidad del hecho lícito, por buscarse una ganancia que derrame con atención suficiente del beneficio que se tuviera en expectativa; o, por el contrario, para culpar al gestor por abuso de confianza y de derecho.

Otros puntos que sirven en este análisis descriptivo conducen a destacar los siguientes extremos:

- 1.º El encuadramiento del precepto que centra este trabajo invoca la figura de los cuasi contratos respecto de los que hay que recordar su primera consideración de fuentes de las obligaciones (art. 1089 CC). Del estudio del artículo se deduce, también, la oportunidad y conveniencia de ampliar el enfoque a fin de situarnos en la teoría general de las obligaciones (yendo más allá de los cuasi contratos) y recordar asimismo la conversión del cuasi contrato en contrato por la ratificación (art. 1892 CC) o comprender, por la fuerza precisamente del artículo 1891, la conversión del contrato en cuasi contrato, consecuencia de la extralimitación. E incluso, prever una tercera conversión del cuasi contrato en un supuesto de responsabilidad extracontractual (ya repetidamente contemplado en el presente trabajo) cuando se transgrede el hecho lícito y se incurre en ilicitud por culpa o negligencia del gestor.
- 2.º El análisis efectuado sugiere un esfuerzo de abstracción que consiga trascender el precepto particular examinado y considerar su encuadramiento en el Código Civil, texto legal que constituye la principal referencia en el Derecho Privado, con importante valor a su vez para todo el Ordenamiento Jurídico e incluso con marcada influencia constitucional. El valor y la eficacia jurídica del Código se manifiestan en

la inclusión misma de preceptos o fórmulas intemporales, que acogen argumentos de justicia ejemplares. En este trabajo, la aplicación del precepto estudiado se ha proyectado en la contratación financiera y particularmente en el supuesto de hecho más generalizado en la práctica, como es la gestión de negocios ajenos con mandato aunque extralimitado en sus términos, generando una responsabilidad civil exigible al gestor. Responsabilidad, lógicamente, derivada o exigible a partir de la existencia de pérdidas causadas o del daño patrimonial cierto y relevante, pudiendo reconocer, o no, una posible actuación abusiva (en términos admisibles o excedidos) de ese gestor y, entonces, integrar y concordar la solución recogida en el artículo 1891 como concreción de la proscripción del abuso de derecho y del ejercicio antisocial del mismo que ya se proclama en el Título Preliminar del Código Civil (*ex art. 7 CC*).

- 3.º El estudio que nos ocupa precisa, de otro lado, contraponer dos actividades, la de mera *gestión* y la de más plena *disposición*. Ambos son conceptos de precisa distinción en Derecho. La gestión, como acto más sencillo de administración, de tenencia responsable, de diligente explotación, de conservación con afección de uso y destino según la naturaleza y carácter propio del negocio al que responde el rendimiento económico del bien. A posteriori, conviene diferenciar la labor de administrar de la tarea de disponer (o ejercer, desde un acto de más plena soberanía, una transmisión o gravamen), por tanto se tendrá que respetar en el titular dominical su más pleno ámbito de poder y disposición, resultando coherente sancionar al gestor que invade las competencias del que ostenta el derecho más digno de tutela y la capacidad de decisión para fijar un escenario de riesgo y para proclamar su interés preferente. En buena lógica, se legitima exigir, en aquella mera administración, un alto grado de diligencia hasta el punto de poder imponer la sanción más grave prevista en nuestro Derecho, cuando se criminaliza y tipifica la administración desleal o fraudulenta (art. 295 CP). Bien es cierto que no se busca en este trabajo insistir en la criminalización, antes al contrario se valora especialmente la solución civil contenida en este artículo 1891 del Código Civil por considerar que sirve al Principio de Intervención Mínima. En suma, este precepto que se analiza, es coherente y se compadece con esta regla informadora del Derecho Penal, mostrando la eficacia y ejemplar respuesta en la exigencia de responsabilidad civil al gestor.
- 4.º Conviene, también, plantear la diferenciación de dos figuras en el *dominus negotii*. En efecto, es oportuno e incluso necesario distinguir, a la hora de ponderar el grado de tutela que merece la persona que sufre la pérdida en su negocio por la actuación de su gestor, entre la figura

del inversor y la del ahorrador²⁸. Así pues, se debe separar el supuesto en que la confianza en el depósito o en la entrega de fondos se realiza a la persona que los gestiona para su resguardo, del caso en que se efectúa para su inmersión en el mercado económico-financiero más especulativo. La distinción es significativa puesto que en el segundo de los supuestos existe un puro especulador mientras que en el primero solo se reconoce a un mero usuario; es decir, el inversor mueve su capital en un escenario asumido de riesgo financiero y, por el contrario, el usuario ahorrador realiza una operación de depósito de caudales y si fue más allá de la misma lo hizo persiguiendo simplemente algo similar al interés legal del dinero, lo que le hace merecedor de garantías que preserven su nivel de renta y su capacidad económica²⁹.

En consecuencia y a partir de la distinción que acentuamos, es lógico esperar que, en un caso (el propio del art. 1891 CC) se llegue a hacer responsable al gestor de toda pérdida, incluso de la que traiga causa del caso fortuito; y, en el otro supuesto propio de un comitente inversor, se considere que la extralimitación del gestor y el daño que este produzca por las pérdidas no puede suponer un coste cero para aquél³⁰. Por todo

²⁸ Por tanto, yendo más allá de la sencilla contraposición entre inversor minorista e inversor profesional (al que la Directiva MiFID viene a regular, considerándolo un objetivo destacado regular) porque tanto, también el inversor minorista puede, desde que no es profesional, diferenciarse del pequeño ahorrador, y encargar la administración de sus fondos a un gestor para que opere en un mercado de mayor riesgo y, entonces, no merecer la sobretutela que dispensa el artículo 1891 del Código Civil.

Sobre esta diferencia se puede colacionar el siguiente tenor: «La normativa considera como inversor minorista a todo aquel que no es profesional». GALLARDO OLMEDO, F., «Responsabilidad social y protección del inversor minorista en la industria bancaria», capítulo de la Monografía asociada titulada *Empresa responsable y crecimiento sostenible: aspectos conceptuales, societarios y financiero*, en *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, núm. 38, 2012, pág. 268.

²⁹ Los ministros de Finanzas de la eurozona han rectificado el acuerdo alcanzado para rescatar a Chipre y finalmente eximirán a los depósitos de menos de 100.000 euros de pagar un impuesto extraordinario para ayudar en la recapitalización de los bancos del país. El Eurogrupo continúa creyendo que los pequeños depositantes deben ser tratados de forma separada respecto a los grandes ahorradores y reafirma la importancia de garantizar los depósitos inferiores a 100.000 euros. Comunicado del Eurogrupo, Bruselas, 18 de marzo de 2013.

³⁰ El debate se plantea a partir de la cuestión prejudicial formulada por la Audiencia Provincial de Barcelona ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la que sometía a la consideración de dicho Tribunal Europeo la adecuación de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios (LDCU 1/2007) con la Directiva Europea 93/13/CEE y, concretamente la adecuación del artículo 83 de la LDCU con el artículo 6, 7 y 8 de la referida Directiva 93/13.

Hasta ahora, los Juzgados al considerar abusiva la cláusula del interés de demora en los supuestos de contratos con consumidores y usuarios procedían, en virtud de lo establecido en el artículo 83.1 LDCU, a declarar la nulidad de dicha cláusula y, a continuación, declaraban, merced a lo establecido en el artículo 83.2 LDCU, su integración, esto es, sustituir el tipo de interés de demora del 29 por 100 por un interés equivalente a 2,5 veces el interés legal del dinero, en aplicación analógica de lo establecido en la Ley de Créditos al Consumo.

ello, la ejemplar solución contenida en el artículo 1891 del Código Civil, se separa de la clasificación rígida que ofreció la Directiva MiFID³¹, para dispensar la tutela desde la valoración y comparación del nivel de riesgo entre el asumible por el *dominus* y el que ha elegido para operar el gestor; y también en todo caso en que se constate la prevalencia efectiva del interés del gestor.

- 5.º La buena fe y la diligencia constituyen referentes y criterios de medición de la responsabilidad, en tanto el gestor, aún sin culpa, transgrede aquéllas al exceder el encargo, incluso con la finalidad lucrativa de aprovechar al comitente (admitiendo entonces la valoración de su actuación material como hecho lícito). Grado de diligencia o prudencia cualificada que, cuanto más profesionalizado sea el gestor, mayor nivel de exigencia le imputará. Esto permite que al operador del mercado financiero se le pueda reprochar una culpa leve (incluso levísima, según el perfil por descubrir en cada caso particular), por lo que la interpretación y aplicación de los preceptos que justifican su responsabilidad constituirá una ardua tarea de fijación de la frontera de la licitud y, por ende, del cuasi contrato, o la consideración de un ilícito y, en consecuencia, de una responsabilidad extracontractual.

Ciertamente, la *lex artis* pasa a ser determinante como regla de medición de la responsabilidad del gestor, desde esa mayor profesionalización y más alto nivel de sujeción a una exigente diligencia en la comisión de su actividad. A mayor abundamiento, se ha de considerar, para comprender el argumento de justicia latente en la elevada exigencia

Ahora, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de fecha 14 de junio de 2012 (núm. de recurso C-618/2010) ha resuelto la cuestión prejudicial planteada en el sentido de decir que la referida Directiva Europea y concretamente su artículo 6 se opone a la normativa interna española, toda vez que la Directiva Europea no establece la posibilidad de integración. Es decir, el TJUE ha procedido a interpretar el artículo 6 de la Directiva 93/13 en el sentido de que en aquellos supuestos en los que el Juzgador detecte la nulidad de una cláusula por abusiva, al afectar esta a consumidores, debe proceder a declarar su nulidad y tenerla por no puesta, continuando el contrato su vigencia en el resto de sus condiciones, siempre y cuando, claro está, el contrato pueda subsistir en sus elementos fundamentales sin dicha cláusula cuya nulidad ha sido declarada. Sin embargo la conclusión del presente trabajo puede ser más rotunda si, en la evitación del enriquecimiento injusto o sin causa, se entiende que una frustración de la causa o de la expectativa legítima negocial de la institución financiera, debe aconsejar una integración o disminución de interés (en equidad) o, en otro caso, la imposibilidad misma de mantener el negocio por falta de un requisito esencial como es la causa.

³¹ Esta Directiva, además de a los clientes elegibles (para referirse a las empresas de inversión, compañías de seguros, entidades de crédito, etc.), distingue entre clientes profesionales, que lo sean porque su total balance sea igual o superior a 20 millones de euros, su volumen de negocio igual o superior a 40 millones de euros y sus fondos propios igual o superior a 2 millones de euros; y clientes minoristas, que serían todos aquellos que no son considerados como profesionales y que merecen el máximo nivel de protección.

de responsabilidad del gestor, que nos encontramos en el marco de relaciones jurídicas jerárquicas que no paritarias (por lo que se explica esa predicada protección de la parte débil cuasi contratante). Y que, en ese tipo de relaciones jurídicas, corresponde hacer valer el Principio de confianza, la preservación de la fiducia, requiriendo a las entidades bancarias y gestoras que garanticen la misma, en lógica correspondencia al compromiso que poseen éstas de mantener la confianza en los mercados financieros. Se está, entonces, ante una responsabilidad social cuasi pública de las entidades bancarias puesto que la evitación de quiebras de estas organizaciones, los «rescates» y los costes socializados para cubrir los mismos (bajo el argumento del interés general por sostener a toda costa el Sistema financiero) han motivado repetidas formas de intervención estatal.

- 6.º El mandato o encargo a un tercero de una gestión en interés del comitente que se presenta como objeto de un vínculo jurídico propiamente contractual es definido en el artículo 1709 del Código Civil, que ofrece la definición básica y general del contrato de mandato. Este negocio jurídico se distingue de la representación, según tradicionalmente viene insistiendo la doctrina en tanto el mandato posee una naturaleza contractual mientras que la representación constituye un instituto que puede tener una base legal o negocial (por una fijación en norma, en el primer caso o por un apoderamiento que es un típico negocio unilateral, en el segundo supuesto). El apoderamiento supone actuar en interés de un tercero, como también contiene esa prestación el encargo que al mandatario se le encomienda. Bien es cierto que con frecuencia concurren en la práctica ambas figuras negociales, la bilateral contractual y la unilateral de apoderamiento. En el artículo 1717 del Código Civil se recoge el supuesto especial del mandato denominado mandato no representativo (cuando el mandatario actuando en interés y por cuenta del mandante no hace valer representación alguna y por ello su gestión es entendida como personal).

Nuestro Derecho ha sido siempre cauto y receloso con la figura de la autocontratación, por esa razón se presume la capacidad en la persona poseedora de la mayoría de edad y también, por tal motivo, se proclama que nadie puede contratar a nombre de tercero salvo apoderamiento o representación legal (*ex art. 1259 CC*), siendo muy rotundo el legislador al enumerar prohibiciones expresas para evitar que la desconfianza en la autocontratación se traduzca en un abuso por parte del que, debiendo actuar en interés de tercero, se aprovecha de la situación para hacer prevalecer sus intereses propios —cfr. art. 1459 CC—. Con todo ello, es comprensible, desde un razonamiento complementario al desarrollado y asomándonos a las figuras del mandato, la representación y la

autocontratación, la sanción recogida en el artículo 1891 del Código Civil en el que la gestión lesiva, siendo incluso lícita, se considera reprochable por quiebra, daño o frustración del interés y expectativa del *dominus negotii*.

- 7.º La complejidad material evidencia un entrelazamiento de figuras jurídicas que permite mantener que, en la práctica, no puede existir una rígida compartimentación entre las fuentes de las obligaciones, como son la ley, los contratos, los cuasi contratos o la responsabilidad extracontractual. En este sentido, se ha de estar a resultados de las obligaciones nacidas de cuasi contratos que devienen en contractuales (por ratificación de la gestión realizada sin convenio), de contratos que sobrevienen en cuasi contratos (por extralimitación en la gestión objeto de mandato) o de cuasi contratos que derivan en supuestos de responsabilidad extracontractual (si el hecho lícito concluye en ilícito por abuso o por aprovechamiento del gestor a costa del *dominus negotii*). El tratamiento que nuestro Derecho efectúa de la prevalencia de posición, del ejercicio antisocial, del abuso de derecho, de la transgresión de la buena fe, del fraude de ley (que aparenten, todos ellos, una gestión ajena, pero aprovechada de recursos y financiación del tercero, donde se exceda la administración de la restrictiva autocontratación) constituyen situaciones y arrojan argumentos que nuestra legislación recoge. Esas respuestas de Derecho positivo son útiles para entender, según el referente de la unidad del Ordenamiento jurídico, la solución ejemplar del artículo 1891 del Código Civil que concuerda y se integra con el espíritu y solución contenidas en preceptos clave y generales como los encuadrados en el Título Preliminar del Código (el art. 6, exigente con la buena fe y sancionador del fraude de ley; el art. 7, tan rotundo contra el abuso de derecho y el ejercicio antisocial del mismo).
- 8.º El precepto se separa de la tradición en dos puntos claves: primero, por la tendencia a la objetivación de la responsabilidad que contiene y que sin embargo no puede terminar consolidándose ni generalizarse por cuanto nuestro sistema está presidido por el principio de culpa, siendo sin embargo factible la propensión a la cuasiobjetivación (acorde con una evolución de la responsabilidad que ya se empezó a mostrar en los preceptos siguientes al art. 1902 del Código Civil y que se ha seguido encontrando en doctrina jurisprudencial de amplio, innovador y justo calado, como la que fija la doctrina del daño desproporcionado); y, segundo, por la excepción al supuesto de exoneración de responsabilidad civil que establece, en tanto la regla general promulga el caso fortuito y la fuerza mayor como causas de excepción a la exigencia de la misma (según el art. 1105 CC).

IV. CUESTIONES CLAVE PARA UNA REVITALIZACIÓN Y TRATAMIENTO DE ACTUALIDAD DE ESTA NORMA

En el artículo 1891 del Código Civil se observa, según se viene razonando, un importante exponente de la tutela de los derechos de los consumidores y usuarios, en particular en la realidad comercial del sistema financiero. La urgencia en la consecución de liquidez ha podido explicar la ruptura del Principio de confianza, informador de esta realidad mercantil, y el hecho de que su restauración se haya instado desde el propio Estado, para mantener esa fiducia y la necesidad asumida de evitar la quiebra del Sistema Financiero. La ayuda pública se ha ofrecido aún a costa de la impopularidad de ciertas medidas o desde la premura en regular la crisis bancaria para evitar desequilibrios competitivos o costes sociales, ayudando a las entidades financieras con «rescates», nacionalizaciones³² y creación de mecanismos para liberarlas de inmovilizados o activos tóxicos. Sin embargo, esa voracidad de la entidades financieras es especialmente reproachable cuando los costos de recapitalización han sido tan gravosos y el papel del Estado tan determinante; por ello, es cierto que este asalto al mercado se ha producido con un objetivo claro de conseguir operar contratando a toda costa y se ha traducido en una «colocación» de productos financieros arriesgados sin recabar el suficiente consentimiento del consumidor o transgrediendo los límites del contratante. Así, recurrir al artículo 1891 del Código Civil puede servir para dispensar la tutela que merece ese mandante que no fue bien informado o la protección debida a la parte débil cuasi contratante,

³² Ante las quiebras bancarias se han producido múltiples intervenciones que no han sido justas en tanto, por ejemplo, los acreedores bancarios se han beneficiado directamente de las ayudas públicas, provocando problemas de equidad en comparación con los que han prestado sus fondos en otros sectores que sí pueden ser declarados en concurso. Sumergidos en esta problemática, de insolvencia y mecanismos de solución, se ha de fijar como principal hito para la reforma del sistema paraconcursal bancario en España, en junio del año 2009, la creación del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB); y en esta preocupación de garantizar la resolución ordenada de las entidades bancarias sin producir una ruptura sistémica grave (permitiendo la salida paulatina del mercado y que los accionistas y acreedores no garantizados soporten los costes de la quiebra), también se han aportado por el FSB —*Financial Stability Board*— (como organismo regulador global, a partir de la quiebra desordenada de Lehman Brothers en el año 2008) unos trabajos para el G-20, que los respaldó en su reunión de noviembre de 2011, definiendo las características esenciales del sistema de resolución ordenada. Finalmente, en la reseña de referentes para prevenir y solucionar las crisis bancarias con su recapitalización se tiene también en cuenta el Acuerdo Marco de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera. En este contexto es decisiva la Ley 9/2012 que atribuye al FROB amplísimos poderes, por ejemplo en las transmisiones al «banco malo», la valoración de la entidad misma, las medidas de apoyo a cargo del Fondo de Garantía de Depósitos e incluso la venta de negocio. Estas referencias se acotan y explican profunda y rigurosamente en el artículo de C. ALBUERNE titulado «Reformas en el Sistema Financiero. La reestructuración de entidades de crédito», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*. URÍA MENÉNDEZ, *Especial Reformas Estructurales*, número extraordinario, 2012, págs. 7-25.

lo que a su vez puede constituir un referente oportuno para hacer evolucionar el Derecho de Consumo a favor de su mayor eficacia y efectividad.

La *doctrina del consentimiento informado* y el deber de información exhaustivo³³, completo, individualizado³⁴ y no estandarizado ni burocratizado, cobra en el estudio objeto del presente artículo, una particular relevancia en tanto ayuda a suscribir la proscripción de unas condiciones generales de contratación pre-dispuestas unilateral y abusivamente desde la parte técnica y para su provecho. En efecto, esta doctrina del *consentimiento informado*, que se positivizó con la Ley de Autonomía del Paciente, cobra aquí especial relevancia desde que el escenario de contratación bancaria, especialmente complejo y técnico, exige toda escrupulosidad y observancia en el suministro de la información exhaustiva, veraz, completa, que permita al cliente asumir los riesgos con responsabilidad en las pérdidas. Por ello se ha de revisar esa contratación³⁵ en tanto se puede haber extralimitado el encargo o concluir que este nunca se ha llegado a perfeccionar, ante la falta de consentimiento (desinformado por omisión o abusiva acción tan técnica, estandarizada y burocratizada que decae su apreciación) o por falta de causa (en el enriquecimiento injusto). Operaría, en fin, el artículo 1891 del Código Civil por la gestión de negocios ajenos sin mandato (que nunca existió o que se extralimitó) y así calificar la situación de cuasi contrato (hecho lícito) o de responsabilidad extracontractual (por hecho ilícito).

Trascendiendo de la consideración más individualista y de la visión más estrecha que exterioriza la concreta situación jurídica que envuelve al *dominus negotii* y al gestor, se puede afirmar también que, solucionando aquel conflicto particular, en este precepto también hay una expresión, a favor del interés general, relativa a la relevancia del referente social y de las necesarias limitaciones

³³ El tenor del artículo 11 de la Ley 16/2011, de contratos de crédito al consumo, se refiere precisamente a la asistencia debida al consumidor, informándole antes de suscribir el contrato, y expresamente refiere que: «Los prestamistas y, en su caso, los intermediarios de crédito facilitarán al consumidor explicaciones adecuadas de forma individualizada para que éste pueda evaluar si el contrato de crédito propuesto se ajusta a sus intereses, a sus necesidades y a su situación financiera, si fuera preciso explicando la información precontractual, las características esenciales de los productos propuestos y los efectos específicos que pueden tener sobre el consumidor, incluidas las consecuencias en caso de impago por parte del mismo».

³⁴ Razón que apoya el argumento defendido por Ausbanc al recomendar la demanda individual, sobre todo en la litigiosidad y defensa de los usuarios en la contratación de las «preferentes». www.ausbanc.es

³⁵ Es importante y muy ilustrativa la doctrina recogida en la sentencia de 17 de enero de 2005 (STS núm. 1/2005, 1.ª, Sección 1.ª de la que fue ponente don Xavier O'CALLAGHAN, que suma, a la autoridad de su ponente y a la fijación de su fecha —como adelanto a una problemática que luego se dispararía en su frecuencia e incluso en su alarma social—) en la que se declara la nulidad del contrato por vicio del consentimiento al concurrir el dolo en el contrato bancario, con los argumentos de justicia de entender la falta de voluntariedad por desconocimiento de su verdadero contenido y consecuencias que invalidan el consentimiento. STS, 1.ª, núm. 1/2005. *RJ* 2005/517. www.westlaw.es

a los excesos liberales. Y ello como lógica manifestación de todos los límites y pronunciamientos que desde el marco constitucional se expresan, con particular servicio a la seguridad jurídica y al estímulo de la economía social³⁶.

La norma ya representó, según se ha dejado apuntado, dos novedades importantes. De un lado, constituye un anticipo de la tendencia objetivadora en la exigencia de la responsabilidad civil. Por tanto, relativizando el Principio culpabilístico que preside nuestro Sistema, según la regla general recogida en preceptos clave como los artículos 1101 y 1902 del Código Civil, se recoge una temprana apuesta por la doctrina del riesgo según la cual el daño derivado de esa gestión en un escenario arriesgado hace responsable al gestor; debiendo este medir el riesgo de modo relativo en función del marco de actuación del *dominus negotii*. Y, de otro lado, introdujo una importante excepción a la regla de la exoneración de la responsabilidad civil por caso fortuito, por lo que se relativiza lo dispuesto en el artículo 1105 del Código Civil y así el infortunio no operaría aquí para excusar la responsabilidad civil, antes al contrario se habría de castigar al gestor por la pérdida o daño derivado de esa posible causa.

Se podría observar un acercamiento o manifestación de la doctrina de los daños punitivos (*punitive damages*³⁷) en cuanto se dispone una sanción agravada, tanto en el supuesto en que se haya hecho prevalecer el interés propio (por el gestor sobre el del titular del negocio, caso de sujetar con una comercialización de «preferentes» a un ahorrador que precisa tener liberados sus depósitos), como en el caso en el que el gestor ha realizado su actuación en un escenario o mercado de mayor riesgo que el que se corresponde con aquel en el que normalmente actuaría el *dominus* (sobre todo con una internacionalización de las

³⁶ Cfr. artículo 34 CE, que reconoce el derecho a la fundación; o el artículo 129 que, promoviendo la cotitularidad y el impulso al colectivismo, frente a una tradición individualista, en su párrafo 2.º se compromete a favor de las cooperativas como fórmula societaria.

³⁷ La institución de los *Punitive damages* es ajena a la cultura jurídica europea continental cuando no contraria al principio de que los Estados europeos —pero no sus ciudadanos— detentan, en sus territorios respectivos, el monopolio de la imposición y cobro de sanciones (no sólo) pecuniarias: los *Punitive damages* no resultan admisibles porque son una pena privada que se impone, en un proceso civil y al causante doloso o gravemente negligente de un daño, por un importe varias —a veces, muchas— veces superior al de la indemnización puramente compensatoria. SALVADOR CODERCH, P., «La responsabilidad en el Derecho», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, núm. 4, 2000, págs. 139-152.

Antes y con anterioridad, el referente doctrinal que en Derecho español representa Díez-Picazo, lo encontramos en la afirmación siguiente: «En síntesis, hay que sostener que la figura de los daños punitivos es ajena a los ordenamientos de corte europeo continental y que hay poderosas razones para ello. Si se quiere castigar y se está autorizado para castigar, no parece justo ni equitativo proporcionar a quien sufrió un daño con sumas que sean superiores a este daño, porque en este caso se le está enriqueciendo. Si se considera justo obtener del autor del hecho ilícito exacciones, multas o cosa parecida, más allá del importe del daño efectivamente causado, lo justo es que estas sumas vayan a parar a manos del común o lo que es lo mismo del Tesoro público». Díez-Picazo, L., *Derecho de Daños*, Tecnos, 2000, pág. 46.

inversiones, explorando nuevos mercados para salir de una zona euro en crisis). Bien es cierto que en el supuesto del artículo 1891 del Código Civil se deduce la responsabilidad civil y su exigibilidad por encima de que la pérdida de los fondos y el daño a su titular se haya provocado por el caso fortuito, aunque resarciendo según la tradición civilista que, como regla general, es estrictamente reparadora (y con aspiración de serlo de modo integral) y no con un plus indemnizatorio (sancionador o provocador de un posible enriquecimiento injusto).

En este orden de cosas, aunque sea para cubrir una pretensión meramente anecdótica y permitir la comparación y comprensión de las manifestaciones normativas con sanciones agravadas, han de citarse otros supuestos en los que se repite la ejemplaridad; así, en el mismo Código Civil —art. 674 con la pérdida del derecho a la herencia por violentar la libre voluntad del testador— o en legislación especial, por ejemplo en la Ley de Propiedad Horizontal, al contemplar la pérdida de uso por incurrir en actividades molestas (cfr. art. 7 LPH, *in fine*); lo que constituye, efectivamente, una sanción ejemplar y sirve así a la función disuasoria de la responsabilidad civil. Si bien, todo ello, se ha de atemperar con la problemática que de estos castigos ejemplares puede derivar en tanto, por sus traumáticas consecuencias, se puede quedar como Derecho no aplicado o que llegue incluso a suponer una inversión del criterio de Justicia, como es el caso de la sobreprotección del deudor hasta generalizar una cultura de la morosidad o un gratuidad en un mercado, por definición oneroso (caso de tener por no puesta una cláusula de recargo de intereses y traducir el resultado, en lugar de en una integración con un cargo ponderado y equitativo, en un coste cero y la *inversión del enriquecimiento injusto* a favor del deudor-inversor-sobreprotegido).

El precepto contenido en el artículo 1891 del Código Civil puede considerarse un antecedente necesario y fundamento de un nuevo Derecho, con principal expresión en la Directiva MiFID que desarrolla el Derecho de Consumo, en particular referido al ámbito de la contratación crediticia en el mercado financiero y teniendo muy en cuenta el perfil del usuario o inversor para establecer su nivel de conocimiento, solvencia y asunción de riesgos. Pero, con la solución que ofrece este artículo, se está deduciendo y exigiendo una responsabilidad castigando esa extralimitación del contrato o la falta del mismo. Extralimitación que, según se tiene dicho, puede situar la exigencia de la responsabilidad en el escenario extracontractual o determinar la falta de contrato de consumo en otro caso (porque nunca se dio y la gestión de fondos responda *ab initio* a la libre y exclusiva iniciativa del gestor; o porque se ha de entender como no reconocible contrato alguno por nacer nulo o devenir anulable: cuando el contrato sea ineficaz *in radice*, en caso de falta de causa —ante, por ejemplo, la radical frustración negocial— o de otro requisito esencial; o el contrato pierda su eficacia por padecer un vicio del consentimiento, ante el error grave o incluso el dolo). Con todo, carentes de las claves para homologar la contratación de

bienes y servicios, se entiende esa exigencia de responsabilidad al gestor en todo caso, no solo facilitada con una *inversión de la carga de la prueba* sino porque no se exceptiona tal responsabilidad ni siquiera cuando el gestor pruebe un comportamiento diligente³⁸, ya que la extralimitación y la responsabilidad cuasi contractual se impone por el daño derivado de la pérdida que pueda incluso traer causa del mero caso fortuito.

Sugiere también el estudio de esta norma la necesidad de compaginar la interpretación de la misma con un *análisis económico del Derecho* que contemple el carácter especulativo del mercado financiero y valore la asunción de elevados niveles de plusvalías o de posibles pérdidas, propias de este ámbito de operaciones dinerarias. El principio de capacidad económica del consumidor particular, su conocimiento del mercado de inversiones de fondos y su costumbre de sumergirse en una tensión de plusvalías/pérdidas, son las variables principales que van a permitir medir con objetividad la responsabilidad del gestor y llegar a exigirle que responda incluso en el supuesto tan gravoso y especial en que las pérdidas traigan causa del caso fortuito, en la línea que se ha aludido a esta circunstancia en el expositivo anterior.

V. CONCLUSIONES

La codificación sirvió para articular y fijar reglas generales y preceptos de gran eficacia jurídica. Así, el Código Civil, obra legislativa principal que recoge el Derecho Privado común y general, aporta un gran número de soluciones legales de eficacia para todo el Ordenamiento Jurídico, permitiendo reconocer en el tenor de algunos de sus preceptos, como el contenido en el artículo 1891 del Código Civil, una norma que muestra una atemporalidad y virtualidad, por lo que merece ser valorada y revitalizada.

La solución por la que aboga el presente trabajo, analizando el artículo 1891 del Código Civil, es la de considerar este precepto como referente y argumento de justicia para interpretar una contratación bancaria en la que se favorezca la protección del usuario a partir de la actuación del gestor, que se extralimitó en su encargo y transgredió el contrato o que, directamente, carecía de negocio subyacente por lo que su gestión le obliga frente al dueño del negocio. En consecuencia, la litigiosidad que la actualidad presenta en ese ámbito o sector

³⁸ Así se desborda el régimen general de responsabilidad establecido en el artículo 147 TR, Real Decreto Legislativo 1/2007, de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios que, efectivamente considera que «*Los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio*».

financiero bancario encuentra en el referido artículo un argumento para ser resuelta a favor del *dominus negotii*.

La crisis financiera actual ha puesto de manifiesto la voracidad y agresividad de unos bancos que, con la política y objetivo de conseguir a ultranza una liquidez (para no depender de una «inyección» o ayuda pública y para no avanzar en la ejecución hipotecaria, que presenta notas antisociales y se traduce en el acopio de un capital inmobiliario con dificultad para su comercialización y realización de valor), han puesto a prueba al Derecho que debe constituir una verdadera herramienta de solución y justicia.

Entre los instrumentos jurídicos se presenta necesario aplicar la doctrina del *consentimiento informado* que permite deslegitimar e invalidar esa actuación consistente en arrojar masivamente a una «colocación» en el mercado de productos financieros complejos, para la consecución de la urgente liquidez o recapitalización bancaria, si esa contratación, comercialización o gestión de fondos no se homologa con el consentimiento de su titular, debidamente informado de los riesgos, de forma individualizada y exhaustiva. Es rechazable una contratación susceptible de ser invalidada por falta de consentimiento o vicio del mismo; como también debe cuidarse el objeto de la gestión, proscribiendo e invalidando que se acometa excediendo el mismo por la sola iniciativa del gestor. Entonces ha de favorecerse en Derecho la apreciación y reproche de la transgresión del equilibrio entre partes, la determinación de una quiebra de la confianza e incluso de la buena fe contractual, si se excedió el encargo por el gestor, aunque sea desde una actuación lícita y para la búsqueda de un provecho que luego se frustró.

Se hace preciso, evitando toda generalización, distinguir y extraer el perfil de los intervinientes en la contratación financiera para, de una parte o del lado del *dominus negotii* poder diferenciar al ahorrador del inversor, o al pequeño inversor del especulador, en función de su capacidad económica y, sobre ese nivel de rentas, entender el respectivo escenario de exposición y riesgo asumible como referente objetivo y, en clave subjetiva, averiguar su nivel de conocimiento del mercado financiero. Del lado del gestor, poder reconocer su cualificación profesional para entenderlo sujeto a una *lex artis* o a una más alta exigencia de responsabilidad en su administración de fondos o capital ajeno. Todo ello exige un esfuerzo añadido a la clasificación (con una distinción entre inversor minorista e inversor profesional) que la Directiva MiFID establece para completar la averiguación del particular escenario de riesgo, comparar aquel en que se ha operado con el de referencia o con el que se tenía por costumbre operar, para saber del individual y concreto nivel de conocimiento que legitime el *consentimiento informado* y la asunción de riesgos.

La aplicación de la *doctrina del consentimiento informado* pasa por el tratamiento individualizado de cada particular contratación o extralimitación de la misma porque ese es el tenor del precepto en cuestión, que exige referir el quebranto del *dominus negotii* en función de su nivel de riesgo o de averiguar

su interés, para saberlo desbordado, en su caso, por el del gestor. Como también, el tratamiento jurisprudencial de esta doctrina del *consentimiento informado* rechaza la estandarización y se pronuncia a favor de esa individualización. Con todo lo cual se concluye a favor del accionamiento individual antes que por las acciones o demandas colectivas. Precisamente esa consideración del perfil del ahorrador explica, cuando la pérdida que sufre es tan injusta, la excepción a la regla de exoneración por caso fortuito y de castigo ejemplar al gestor que se extralimita. Así, la importancia de medir la sola situación de riesgo o colocación de fondos en un mercado especulativo ya devenga la responsabilidad en cuanto el perfil del *dominus negotii* informe de su interés y de cómo se le sacrificó por hacer prevalecer el del gestor, o reconocer objetivamente el escenario y nivel de especulación y riesgo por el inversor asumible para sancionar el plus de riesgo puesto por el gestor. Y, en este examen de la particular situación jurídica, la institución del *consentimiento informado* también es útil como una concreción de la *doctrina del levantamiento del velo*, en cuanto esta regla contenida en el artículo 1891 del Código Civil exige la averiguación del verdadero interés que se ha hecho prevalecer para determinar si el gestor ha abusado de su posición dominante y ha subordinado el interés del *dominus* al propio personal o al que representa, desde su trabajo profesional en una entidad financiera.

Se hace necesario concordar este precepto, en aras de la predicada unidad y coherencia del Sistema Jurídico, con soluciones de tutela del Derecho de los inversores: suspensión de desahucios y ofrecimiento de la dación en pago, como muestras positivas de un compromiso y sensibilidad con el referente social por parte del legislador, a costa de un rigor de la pura teoría de las obligaciones o de ciertos excesos liberales que, desde luego, con muestras positivas como la contenida en el artículo que centra este trabajo, no se reconocen en el Código Civil en cuyo articulado si se recogen importantes muestras de protección de la integridad patrimonial de la persona, que se podrían ver ampliadas con algunas restricciones al sobreendeudamiento. Con el desarrollo de esta argumentación, efectuada en el presente estudio, se aboga por la generalización del Derecho Patrimonial Social.

De igual modo y por el mismo argumento de justicia, se ha de cuidar y evitar que esta protección, que se fundamenta y se defiende, despliegue su eficacia tuitiva con tal exceso que pueda provocar la inversión del enriquecimiento injusto (o el razonamiento que se hace para sustentar la proscripción del enriquecimiento sin causa invertido o el que se alcanza por una sobreprotección a favor del inversor especulativo). En efecto, no resulta justo que, a costa de imponer con la sobretutela una generalizada gratuidad de esa parte débil cuasi contratante, se aproveche por extensión también al inversor que, según su perfil y operatividad en el mercado, ya esté acostumbrado e interesado en actuar en un escenario especulativo, por lo que su reclamación frente a la actuación del gestor no puede permitirle una reparación integral y el «coste cero» de un encargo, cuando es más

justo y proporcionado que si el propio inversor buscó actuar en un mercado con ese carácter ha de asumir un nivel mínimo de riesgo y su equitativo coste. En otro caso, al permitir que el inversor especulativo acceda a la tutela que dispensa este precepto, se estaría incurriendo en un enriquecimiento sin causa y aplicando una sanción añadida al gestor (que habría operado en el mercado especulativo y desplegado su actividad profesional a su sola costa, sin poder repercutir ningún suplido al cliente). El gestor, en este citado supuesto, tendría que afrontar su responsabilidad civil indemnizatoria o compensatoria por la pérdida, con la reposición integral de los fondos a favor de un titular; y éste, desde el momento en que resultara indemne al no sufrir coste alguno, con esa reparación consistente en la total reposición, podría estar siendo beneficiado, según se explica y critica, con un enriquecimiento injusto, en tanto se evidencie que haya operado en un mercado oneroso sin costes, lo que de nuevo podría llevar, sancionando en este supuesto de forma extraordinaria al gestor, a la doctrina de los daños punitivos, que no es de aplicación según ha quedado expuesto.

La protección que el Derecho debe dispensar a los usuarios de los servicios financieros pasa por reconocer el referente del artículo 1891 del Código Civil y, desde el mismo, entender la coherencia del Sistema que se valida en una Constitución, como la española, de alto compromiso social y expreso mandato de garantía a favor de los consumidores. Motivo por el que se puede generalizar también hablar de protección a la parte débil cuasi contratante. Por tanto, es preciso evitar que la *aparición de buen Derecho*, tal como está desarrollada la protección del consumidor, permita concluir de modo complaciente que la legalidad tuitiva del consumidor ya está dotada de suficientes medidas. Antes al contrario, este Derecho emergente del Consumo no está consolidado y requiere, además de mayor desarrollo normativo, complementarse con la búsqueda y localización de soluciones ya contenidas en nuestro Derecho. Esta es la labor y objetivo principal que guía el presente trabajo. Bajo este compromiso se explica la actualidad del artículo 1891 del Código Civil y se ha de permitir desplegar una eficacia práctica del mismo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBUERNE, C.: «Reformas en el sistema financiero. La reestructuración de entidades de crédito», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*. URÍA MENÉNDEZ, Especial Reformas Estructurales, número extraordinario, 2012.
- ÁLVAREZ VEGA, M.ª I.: *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, Civitas-Thomson Reuters, 2010.
- CASTRO COTÓN, M., y ROMERO CASTRO, N.: «Responsabilidad social en el sector financiero. Situación en España», en la Monografía *Empresa responsable y crecimiento sostenible: aspectos conceptuales, societarios y financieros*, en *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, núm. 38, 2012.

- DE LA TORRE OLID, F., y DEL OLMO VELA, G.: «*Datio in solutum*: problemática jurídica e incidencia en el sistema bancario español», en *Revista Derecho & Empresa*, núm. 1, Aranzadi, 2012.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho de Daños*, Tecnos, 2000.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, Tomo 2, Vol. II, Tecnos, 2012.
- GALLARDO OLMEDO, F.: «Responsabilidad social y protección del inversor minorista en la industria bancaria», en la Monografía *Empresa responsable y crecimiento sostenible: aspectos conceptuales, societarios y financieros*, en *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, núm. 38, 2012.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, 2000.
- SALVADOR CODERCH, P.: «La responsabilidad en el Derecho», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, núm. 4, 2000.

RESUMEN

CUASI CONTRATO.
ENDEUDAMIENTO.
CRISIS FINANCIERA.
RESPONSABILIDAD CIVIL.
CONSUMIDOR. INVERSOR Y GESTOR

La coherencia y unidad del Ordenamiento Jurídico obliga al jurista a revisar preceptos de larga tradición que pueden servir para resolver problemas de hoy, antes que apostar por la novedad normativa aislada, construida ad hoc para el caso concreto y un ámbito particular.

La actualidad exige posicionarse y ofrecer soluciones justas a un problema de endeudamiento generalizado, sobre todo en cuanto esa realidad sobrevinida y de falta de liquidez trae causa en la confianza depositada por el dominus negotii en los operadores del mercado financiero que han devenido, lamentablemente, en gestores aprovechados o negligentes provocando pérdidas antes que beneficios. Estos operadores se han dedicado a ofrecer fondos sofisticados y en escenarios de aventura, aumentando la ya asumida diferencia entre el profesional y el usuario.

La problemática a la que el Derecho ha de dar respuesta es la insolvencia

ABSTRACT

QUASI CONTRACT. INDEBTEDNESS.
FINANTIAL CRISIS. CIVIL
RESPONSIBILITY. CONSUMER.
INVESTOR. MANAGER

The coherence and unity of the Legal System force lawyers to review the precepts of the long-lasting tradition, which can serve solving nowadays problems, before making use of new and isolated normative, raised for the specific case and the private sphere.

The present time requires adopting attitudes a giving fair answers to the generalized debt problem, even more provided that this overcome reality and the lack of liquidity would be produced because of the trust given by the dominus negotii to the market operators, who have become opportunist or negligent managers, producers of losses better than profits. They have also been offering sophisticated funds and risky scenarios, increasing the already assumed difference between the professional and the user.

The problem which Law has to answer is the economic insolvency, specially when patrimony loss affects limited-rents individuals, provoking the failure of the

económica, más aún cuando la despatrimonialización afecta a particulares con rentas limitadas, llegándose a la quiebra del principio constitucional de integridad y capacidad económica, garantía de la preservación de la dignidad de la persona. En consecuencia, conviene ahora buscar y revitalizar instrumentos y soluciones de Derecho positivo como la que ofrece la figura del cuasi contrato, concretamente la recogida en el artículo 1891 del Código Civil.

constitutional principle of integrity and economic capacity, guarantee of the personal dignity preservation. Consequently, we must search and revitalize Statutory Law instruments and Solutions just as the one offered by the quasi contract concept, specifically in the article 1891 of the Civil Code.

(Trabajo recibido el 8-4-2013 y aceptado para su publicación el 31-7-2013)