ADI 40 (2019-2020): 189-222

LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES CUARENTA AÑOS DESPUÉS

THE PROTECTION OF CONSUMERS FORTY YEARS AFTER

JOSÉ MANUEL OTERO LASTRES*

RESUMEN

En este artículo realizamos un análisis del concepto de consumidor y de las normas relativas a su protección a lo largo de los últimos cuarenta años, desde la primera noción de los consumidores necesitados de protección de los años setenta hasta el consumidor más maduro de la legislación actual. Nos detenemos especialmente en los ámbitos de la publicidad ilegal y los *influencers,* así como en el de las condiciones generales de la contratación, particularmente en lo que respecta a las cláusulas suelo.

Palabras clave: derecho de consumo, consumidores, publicidad ilícita, condiciones generales de la contratación.

ABSTRACT

In this article, an analysis of the concept of the consumer and the norms related to their protection over the last forty years is carried out. It is pointed out the difference between the first notion of consumers in need of protection in the seventies to the most mature consumer of the current legislation. Special attention is paid to the fields of illegal advertising and influencers as well as general conditions of the contract, particularly with regard to «floor clauses».

Keywords: consumer law, consumers, illegal advertising, general conditions in contracts.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ¿ESTAMOS YA ANTE UN NUEVO SECTOR DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO: EL DERECHO DEL CONSUMO, O LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES SIGUE SIENDO SOLAMENTE UN PRINCIPIO INFORMADOR DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO?—1. La polémica a finales de la década de los setenta del siglo pasado.—2. El Estado Social y la protección de los Consumidores en la Constitución española de 1978.—III. EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR NECESITADO DE PROTECCIÓN, INTERESES PROTEGIBLES Y SISTEMAS DE PROTECCIÓN.—1. El consumidor necesitado de protección a finales de los setenta.—2. Los intereses del consumidor necesitados de protección a finales de los setenta.—3. Los sistemas de protección que proponía la doctrina de la época.—4. La situación actual: diversos conceptos de consumidor en fun-

* Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Alcalá de Henares, Abogado en Broseta. Dirección de correo electrónico: *jmotero@broseta.com*.

Fecha de recepción: 1 de abril de 2020 // Fecha de aceptación: 28 de abril de 2020.

ción de los intereses económicos implicados.—IV. LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES CONTRA LA PUBLICIDAD ILÍCITA.—1. Cuestiones preliminares.—2. La protección actual de los consumidores en nuestro derecho de la publicidad.—2.1. El Derecho español actual de la publicidad y su europeización.—2.1.1. El amplio concepto de publicidad.—2.1.2. La figura del consumidor medio.—2.1.3. La publicidad engañosa.—2.1.4. La publicidad encubierta en internet a través de «*influencers*».—2.2. La autorregulación de la publicidad.—V. LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES CONTRA LAS CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS DE CARÁCTER ILÍCITO CON ESPECIAL REFERENCIA A LAS BANCARIAS MÁS CONFLICITVAS DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.—1. Cuestiones preliminares.—1.1. El incremento del Derecho imperativo o la introducción de normas semi-imperativas.—1.2. El fortalecimiento del control judicial.—1.3. El adherente podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad.—2. Examen especial de las cláusulas «suelo».—2.1. Doctrina General sobre tales cláusulas se configura básicamente en la sentencia 214/2013, de 9 de mayo.—2.1.1. Delimitación del concepto de consumidor en los contratos de préstamos hipotecarios con cláusulas suelo.—2.1.2. El ámbito de aplicación de la nueva doctrina jurisprudencial el Tribunal Supremo.—A) El control de incorporación y el de comprensión real.—B) La retroactividad absoluta de la sentencia 194/2019, de 27 de marzo.—VI. REFLEXIONES FINALES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

CONTENTS: I. INTRODUCTION.—II. ¿ARE WE ALREADY BEFORE A NEW SECTOR OF THE LEGAL SYSTEM, THE RIGHT OF CONSUME, OR THE PROTECTION OF CONSUMERS IS ONLY AN INFORMING PRINCIPLE OF THE LEGAL SYSTEM?—1. The controversy arisen in the end of the seventies decade of the last century.—2. The Social State and the protection of consumers in the Spanish Constitution of 1978.—III. THE CONCEPT OF CONSUMER IN NEED OF PPROTECTION, PROTECTABLE INTERESTS AND SYSTEMS OF POTECTION.—1. The consumer in need of protection in the end of the seventies.—2. The consumers' interests in need of protection in the end of the seventies.—3. The systems of protection proposed by the doctrine of that period.—4. Nowadays situation: diverse concepts of consumer in function of the economic interests at stake.—IV. THE PROTECTION OF CONSUMERS AGAINST ILLEGAL ADVERTISING.—1. Preliminar.—2. The nowadays protection of consumers in our Advertising Law.—2.1. The nowadays Spanish right of advertising and its process to become European.—2.1.1. The ample concept of advertising.—2.1.2. The figure of the médium consumer.—2.1.3. Misleading advertising.—2.1.4. Surreptious advertising online through «influencers».—2.2. Advertising self-regulation.—V. THE PROTECTION OF CONSUMERS AGAINST THE GENERAL CONDITIONS IN ILLEGAL CONTRACT WITH A SPECIAL REFERENCE TO THE MOST CONFLICTIVE CLAUSES OF MORTGAGE LOANS.—1. Preliminar.—1.1. The increase of the compulsory law or the introduction of semi-compulsory rules.—1.2. The strengthening of the control by courts.—1.3. The adherent could also be a profesional, whithout a necessity of acting in the frame of his activity.—2. Special analysis of the «floor clauses».—2.1. General Doctrine on those clauses configured essentialy in the judgment 214/2013, from 9th May.—2.1.1. Delimitation of the concept of consumer in the contracts of mortgage loans with «floor clauses».—2.1.2. The scope of application of the new case-law of the Spanish Supreme Court.—A) The control of incorporation and that of actual understanding.—B) The absolute retroactivity of the judgment 194/2019, from 27th March.—VI. FINAL REFLECTIONS.—VII. BIBLIOGRAPHY.

I. INTRODUCCIÓN

En el año 1977, publiqué dos trabajos sobre la protección de los consumidores que fueron los primeros en aparecer en mi disciplina sobre dicha materia que entonces empezaba a estar de plena actualidad[1]. Tras esos dos artículos doctrinales, se publicaron otros muchos, tanto de mercantilistas como de autores de otras asignaturas, que han situado actualmente la protección de los consumidores entre las materias más profundamente y mejor tratadas de nuestro ordenamiento jurídico.

Hoy vuelvo sobre esta materia porque, pasados algo más de cuarenta años, me ha parecido interesante efectuar una especie de chequeo general, como se diría en términos médicos, sobre el estado actual de la protección de los consumidores en el ámbito que interesa al Derecho mercantil.

A tal efecto, y como quiera que la protección de los consumidores ha adquirido actualmente un desarrollo tan extenso que es difícilmente abarcable, voy a

[1] OTERO LASTRES, J. M. (1977), págs. 759 y sigs.

centrar mi análisis en las cuatro cuestiones que me parecen más interesantes. A saber: si estamos ante un verdadero «derecho de los consumidores» o si, por el contrario, es un principio informador del ordenamiento jurídico, así como qué cambios han experimentado durante estos cuarenta años temas tan interesantes como el concepto de consumidor, los intereses que reclaman la protección especial, y los sistemas de protección (temas de carácter general); y la posición jurídica actual de los consumidores en los dos sectores a los que presté atención a finales de los setenta: la publicidad ilícita incluida la que se hace hoy en internet y en las redes sociales; y la relativa a las condiciones generales de la contratación de carácter abusivo en los préstamos hipotecarios, con especial atención a las cláusulas suelo (temas de carácter específico).

II. ¿ESTAMOS YA ANTE UN NUEVO SECTOR DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO: EL DERECHO DEL CONSUMO, O LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES SIGUE SIENDO SOLAMENTE UN PRINCIPIO INFORMADOR DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO?

1. La polémica a finales de la década de los setenta del siglo pasado

El profesor Schricker, en un interesante trabajo publicado en 1976[2], sostuvo que el llamado derecho de los consumidores es «hijo de la segunda mitad del siglo xx». De esta época datan, en efecto, el programa para la protección de los consumidores esbozado por el presidente John F. Kennedy en su conocido discurso de 15 de marzo de 1962 ante el Congreso de los Estados Unidos; de ese mismo año 1962 es el «Molony Report» inglés; el 30 de mayo de 1968 se promulgó la Ley fundamental de Japón para la protección de los consumidores; en Suecia comenzó a existir desde el 1 de enero de 1971 el Ombudsman para la protección de los consumidores; y el primer informe sobre política de los consumidores que publicó el Gobierno Federal Alemán tiene fecha de 18 de octubre de 1971.

Como es fácil de adivinar, todos esos textos coincidían en que en el mercado los consumidores estaban en una situación desfavorable frente a la poderosa posición de los empresarios. Como muestra de lo que ya se decía entonces, me permito recordar los siguientes pasajes del citado discurso del presidente Kennedy, el 15 de marzo de 1962, que resultan sorprendentes si tenemos en cuenta que son de hace cincuenta y siete años.

El presidente norteamericano decía textualmente: «consumidores, por definición, somos todos. Dos tercios del gasto total en la economía provienen de los consumidores. Pero son el único grupo importante en la economía que no está organizado eficazmente, cuya opinión es a menudo ignorada». Añadía: «si el consumidor no es capaz de decidir partiendo de la información, entonces estamos tirando su dinero, su salud y seguridad pueden estar amenazadas y el interés nacional sufre». Subrayaba también: «la comercialización es cada vez más impersonal. La decisión del consumidor se ve influenciada por la publicidad masiva que utiliza mecanismos de persuasión altamente desarrollados». Y agregaba: «normalmente el consumidor no puede saber si la elaboración de los medicamentos reúne los estándares mínimos de seguridad, calidad y efica-

[2] Schricker, G. (1976), pág. 13.

cia. Normalmente tampoco sabe cuánto paga por los préstamos al consumo; si una comida preparada tiene mayor poder nutritivo que otra; si el resultado de un producto satisfará sus necesidades; o si "el paquete tamaño económico" es realmente una ganga».

Como era de esperar, la doctrina europea de entonces, principalmente en Alemania, no tardó en ocuparse de este nuevo protagonista que irrumpía con fuerza en el mercado. Y así en 1974 VON HIPPEL escribió: lo que falta es la concepción de un «derecho de los consumidores» omnicomprensivo que integre las distintas normas que los protegen y que están dispersas en diferentes sectores del ordenamiento jurídico; así como que las coordine para configurar «un sistema de protección de los consumidores que tenga en cuenta las continuas y cada vez más fuertes necesidades del consumidor actual»[3].

Dicha tarea no iba a ser nada fácil, como ya adivinó entonces el profesor SCHRICKER, el cual sostenía que la situación del pretendido «Derecho de los consumidores» se asemejaba a un juego de puzle: «se adivina la idea de una imagen de conjunto, pero las piezas raramente encajan entre sí, ya que, por un lado, se entrecruzan y, por otro lado, dejan lagunas. Completar las partes que faltan, ajustar los elementos que no encajan, para componer finalmente aquella imagen de conjunto, no es una fácil tarea»[4].

Y es que el pretendido «Derecho de los consumidores» se presentaba entonces como un sector del ordenamiento en el que el desarrollo jurídico iba más deprisa de lo que podía ir la investigación científica. De aquí que —como subrayaba el propio SCHRICKER— era más bien en un tiempo para «cazadores y recopiladores» que para los «tranquilos dogmáticos que cultivan el campo»[5].

Junto a estos autores hubo otros muchos que más que estar ante un nuevo sector del ordenamiento jurídico, explicaban la predisposición, aún incipiente pero generalizada, del legislador a proteger adecuadamente los intereses del consumidor sobre la base de un fenómeno anterior pero que empezaba a hacerse especialmente visible entonces, a saber: «la tarea social del Derecho privado» de la que ya había hablado en 1898 VON GIERKE, el cual afirmaba que el Derecho privado habrá de existir como Derecho social o no existirá en modo alguno[6].

En aquel momento, me alineé con estos últimos autores y escribí que «un sistema jurídico mercantil construido en torno al empresario ha de servir tanto a los intereses particulares de este como al interés general de los consumidores». Y añadí que un breve repaso a las instituciones mercantiles que tenían por objeto garantizar al empresario el ejercicio de su actividad en un marco de libertad y lealtad, era suficiente para advertir que tales instituciones, a la vez que respondían a las exigencias del empresario y de la empresa, salvaguardaban el interés general de los consumidores[7].

En este punto, lo que hice fue seguir al maestro URÍA, que hablaba de la especial intensificando del sentido social que se venía produciendo en las normas

[3] VON HIPPEL, E. (1974), pág. 1.
[4] SCHRICKER, G. (1976), pág. 316.
[5] *Ibid*., pág. 317.
[6] VON GIERKE, O. (1889), conferencia en la que criticaba el Proyecto de Código Civil alemán.
[7] OTERO LASTRES, J. M. (1977), pág. 759.

mercantiles[8]. Vistas las cosas desde hoy, se puede decir que hubo una especie de repentina «explosión del mercado» que cogió al consumidor desinformado y desorganizado. Por todas estas razones, mi conclusión de entonces fue —y voy a reproducir textualmente mis palabras—: «mientras no se logre integrar y coordinar sistemáticamente las distintas normas que protegen al consumidor y que están dispersas por distintos sectores del ordenamiento jurídico o, dicho de otro modo, en tanto no se construya el "Derecho de los consumidores" —si es que llega a constituirse—, corresponde al Derecho mercantil el estudio y la sistematización de aquellas normas que, incidiendo sobre el empresario y su actividad externa, tienen por objeto primordial la protección de los consumidores»[9].

2. El Estado Social y la protección de los consumidores en la Constitución española de 1978

La evolución jurídica inmediatamente posterior viene marcada por tres hechos muy relevantes, que van a tener una influencia decisiva en la protección de los consumidores: la implantación del Estado social de Derecho en nuestra Constitución de 1978[10], la incesante actividad del Consejo de Europa (del que España entró a formar parte en noviembre de 1977) en el ámbito de la protección del consumidor; y, finalmente, y, sobre todo, por lo que se verá más adelante, la pertenencia de España a la Unión Europea, que implica que estamos inmersos, como hemos de ver, en el movimiento de «europeización» de la protección de los consumidores.

Estos tres acontecimientos, a los que voy a referirme con brevedad a continuación, muestran claramente el deseo del legislador español de reforzar, progresiva e imparablemente, la débil protección que tenían hasta entonces los consumidores.

Cuando publiqué a finales de 1977 los dos trabajos mencionados sobre la protección de los consumidores frente a la publicidad ilícita y frente a las condiciones generales de la contratación abusivas, estaba ya bastante avanzada la redacción de nuestra vigente Constitución de 1978. Por eso, su promulgación y la consiguiente implantación del Estado social supuso un importante espaldarazo para la protección de los consumidores. En efecto, como ha señalado el profesor Gómez-Ferrer, nuestra Carta Magna «incorpora el resultado de dos siglos de evolución, a partir de la Revolución francesa, que han permitido diseñar el Estado social y democrático de derecho que consagra su artículo 1.º». Este ilustre administrativista añade que «el Estado social y democrático de derecho evidencia un compromiso entre la libertad y la igualdad. La libertad en el mundo económico conduce a la desigualdad y precisamente el compromiso entre esta libertad y la igualdad se instrumenta por medio de los derechos y de los principios rectores de la política social y económica, tal como los reconoce o establece la Constitución»[11].

Pues bien, entre estos principios rectores figura la protección de los consumidores. El apartado 1 del artículo 51 contiene el mandato a los poderes públi-

[8] Uría, R. (1976), pág. 9.

[9] Otero Lastres, J. M. (1977), pág. 763.

[10] Sobre la importancia de la protección de los consumidores en nuestra Constitución, Lasarte, C. (2018), págs. 30 y sigs., y Reyes López, M. J. (2012), págs. 31 y sigs.

[11] Gómez-Ferrer, R. (2016), pág. 64.

cos de que garanticen «la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos». El apartado 2 añade que «los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a estas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la ley establezca». Y, finalmente, en el apartado 3 del artículo 53 se dispone que «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero (en el que está el de la protección de los consumidores) informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos».

Por otra parte, refiriéndose al artículo 51, dice la profesora GARCÍA MARTÍNEZ que «este precepto se encuadra en el marco del concepto de Estado social de Derecho (art. 1.1 CE) y en el de economía de mercado (art. 38)», añadiendo que «el artículo 51 CE trata de equilibrar la posición —preponderante— en el mercado de las grandes sociedades productoras de bienes y prestadoras de servicios, con la de los consumidores, protegiéndoles frente a la indefensión en que pueden hallarse en sus relaciones jurídicas con aquellas»[12].

De manera prácticamente simultánea a los trabajos de nuestra Constitución, el «Consejo de Europa —como destaca BRETAL VÁZQUEZ en un trabajo de 1979— en cumplimiento de sus objetivos de procurar la armonización de las legislaciones nacionales de sus países miembros y de defensa de los derechos del hombre, ha llevado a cabo en un periodo relativamente corto, una amplia labor en el ámbito de la protección del consumidor»[13]. Entre sus principales logros figura la «Carta de protección del consumidor del Consejo de Europa» 17 de mayo de 1973, que recoge una definición de consumidor como «la persona física o jurídica a la que se proporcionan productos y servicios con destino a su uso privado».

Finalmente, en lo que concierne a la aportación de la Unión Europea para la efectividad del Estado Social y democrático de derecho con la consiguiente protección de los consumidores, cabe señalar la importante intervención que ha tenido la Unión Europea, como se verá más adelante, tanto a nivel legislativo a través de las Directivas de armonización, como mediante las sentencias de interpretación prejudicial sobre todo en el ámbito de la publicidad y de las condiciones generales de la banca en los préstamos hipotecarios[14].

A día de hoy, cabe preguntarse si el innegable desarrollo de la protección de los consumidores permite afirmar que estamos ya ante un nuevo sector del ordenamiento jurídico o si seguimos, en rigor, ante un principio informador del ordenamiento jurídico.

No creo exagerar si digo que en nuestros días hay pocos protagonistas de la realidad social tan protegidos como el consumidor. Desde finales de la década de los setenta hasta hoy, es posible que en ninguna otra materia del Derecho privado haya habido un desarrollo legislativo y doctrinal tan intenso

[12] GARCÍA MARTÍNEZ, A., «Sinopsis artículo 51», Constitución española (disponible para consulta en *www.congreso.es*), pág.1.

[13] BRETAL VAZQUEZ, J. M. (1979), pág. 327.

[14] Sobre la europeización de la protección de los consumidores, LASARTE, C. (2018), págs. 15 y sigs.; REYES LOPEZ, M. J. (2012) págs. 53 y sigs., y LEMA DEVESA, C. (2018), págs. 7 y sigs.

como el que afecta a los consumidores y siempre en la línea de mejorar su posición jurídica.

Coincido con el profesor Carlos LASARTE en que la característica de la heterogeneidad, según la cual, los consumidores están protegidos por normas muy heterogéneas tanto de Derecho privado como de Derecho público y de muy diferentes disciplinas, hace que resulte muy difícil construir una nueva disciplina jurídica única que englobe y sistematice las profusas y dispersas normas que protegen a los consumidores. Por otra parte, estamos ante una diversidad de intereses de tan diferente naturaleza que se resisten a ser sistematizados en torno a una única disciplina jurídica[15].

Por eso, como acertadamente afirma el citado profesor, «*hic et nunc*» «la mayoría de los estudiosos consideran que resulta impertinente y pretencioso defender la existencia de un nuevo sector sistemático del Derecho que pueda considerarse en la actualidad desgajado o separado del resto de las tradicionales disciplinas jurídicas: Derecho civil, penal, mercantil, administrativo, etc. En tal sentido —concluye este autor— resultaría inadecuado presentar el Derecho del Consumo (o el Derecho de los consumidores) como una rama radicalmente autónoma o un sector sistemático propio y por completo separado, dentro del conjunto del Derecho[16].

Lo que antecede no significa, sin embargo, que no haya que reconocer la existencia y efectividad del *principio pro consumidor*, elevado al rango constitucional de *principio informador del ordenamiento jurídico* por el artículo 53.3 de la Constitución, y que, según el artículo 51 obliga a los poderes públicos a garantizar, en lo que ahora nos interesa, la protección, mediante procedimiento eficaces, los legítimos intereses económicos de los consumidores.

Ahora bien, cuestión distinta es la que también plantea el profesor LASARTE sobre si las modernas leyes de protección a los consumidores deben adscribirse esencialmente al Derecho civil o al Derecho mercantil[17].

En su opinión, la regulación de la compraventa mercantil en el Código de Comercio, según la cual solo es mercantil la compra para lucrarse en la reventa (art. 325 C.Co) y no consideran mercantiles las compras de efectos destinados al consumo del comprador o de la persona por cuyo encargo se adquirieren (art. 326 C.Co) debe llevar a la conclusión «de que, en lo fundamental, el Derecho mercantil es el derecho del empresario, no del consumidor; y mucho menos de los consumidores».

Además, y citando al profesor GALGANO, señala LASARTE que el Derecho mercantil fue siempre un derecho de clase y privilegiado: el de los mercaderes,

[15] LASARTE, C. (2018), págs. 15 y sigs.

[16] Conviene advertir, no obstante, que hay otro sector de la doctrina que considera que estamos ante un nuevo sector del ordenamiento. Entre los autores que defienden esta postura, cabe mencionar a la citada REYES LÓPEZ, M. J. (2012), págs. 31 y sigs., la cual, además de titular su obra como *Manual de Derecho Privado del Consumo*, define el Derecho del consumo como «un conjunto de normas que tiene como principal objetivo la regulación de los derechos de los particulares cuan estos actúan en el ámbito de las relaciones del mercado, con el fin de realizar actividades de carácter privado, tendentes a la satisfacción de intereses de carácter personal y sin ánimo de lucro». Esta autora (pág. 33) considera como derechos básicos de los consumidores, entre otros, el de la protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad; el de la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales, en particular frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos; la información y la educación; y el derecho de representación y audiencia en consulta.

[17] LASARTE, C. (2018), págs. 25 y sigs.

comerciantes o empresarios. Por eso, concluye: «pretender que una misma disciplina defienda a sectores contrapuestos de la ciudadanía, como en definitiva son los consumidores y los empresarios, que en todas las relaciones contractuales identificadas como contratos de consumo, ocupan posiciones antitéticas, no deja de resultar sorprendente».

Esta opinión del profesor LASARTE me parece contradictoria. En efecto, no parece coherente sostener —y cito de nuevo las propias palabras del profesor LASARTE— «que resulta impertinente y pretencioso defender la existencia de un nuevo sector sistemático del Derecho que pueda considerarse en la actualidad desgajado o separado del resto de las tradicionales disciplinas jurídicas: Derecho civil, penal, mercantil, administrativo, etc.», y plantearse, a continuación, si «las modernas leyes de protección a los consumidores se integran en el Derecho civil o en el Derecho mercantil». Y es que, si se afirma que, por la propia heterogeneidad de sus normas, no se puede defender la existencia de un Derecho de los consumidores, no parece que tenga mucho sentido esforzarse en argumentar si las modernas leyes de protección de los consumidores se integran en el Derecho civil o en el mercantil.

En mi opinión, no puede dudarse de que el estudio de las normas que se refieren a la salud y seguridad de los consumidores corresponderá lógicamente al Derecho administrativo, y el de las que protegen los legítimos intereses económicos de los consumidores dependerá de los intereses en juego, perteneciendo unas al ámbito del Derecho civil y otras al del Derecho mercantil. Si de lo que se habla es de normas heterogéneas regidas por el «principio pro consumidor», informador del ordenamiento jurídico, lo lógico es que tales normas en su diversidad sean adscritas a las disciplinas jurídicas que correspondan según los intereses en juego y no todas solo al Derecho civil o solo al Derecho mercantil.

Y puestos a discutir su propuesta de adscribir las normas de protección de los consumidores al Derecho civil en lugar de al Derecho mercantil, tengo para mí que el profesor LASARTE, no ha valorado debidamente que:

Primero. Que, como puso de relieve el profesor GIRÓN TENA, el Derecho mercantil, más que «ser», «está siendo»[18]. Lo cual significa que es un Derecho en constante evolución. Comenzó siendo en sus orígenes, como puso de relieve el profesor Alberto BERCOVITZ, el Derecho consuetudinario privilegiado y de clase de los comerciantes dedicados al tráfico inter-local, y, sin dejar de evolucionar, se ha convertido en un derecho más legislado que consuetudinario y, sobre todo, después de la Revolución francesa, un derecho que ya no es privilegiado[19]. La aparición del acto de comercio fue una muestra del intento de suprimir el carácter privilegiado del Derecho mercantil.

Segundo. Que el Derecho mercantil es mucho más que la compraventa, operación que si bien fue la típica de los mercaderes, tras la revolución industrial y la aparición del tráfico en masa con la consiguiente concepción del empresario como sujeto dotado de una organización, tiene un contenido mucho más amplio y de operaciones de diversa naturaleza.

---

[18] GIRÓN TENA, J. (1954), pág. 983.

[19] BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (1971), págs. 39 y sigs.

Tercero. Que la verdadera irrupción de la protección de los consumidores en el Derecho español tiene lugar, como ya he dicho, cuando la Constitución de 1978 concibe a España como un Estado social y democrático de Derecho, y establece como uno los principios rectores de la política social y económica el mandato a los poderes públicos de que garanticen la protección de los consumidores.

Cuarto. Que en nuestros días el Derecho mercantil es el Derecho privado de los empresarios en su tráfico y en el ejercicio de la actividad constitutiva de empresa, por lo cual el empresario ya no obra a su antojo, sino que encuentra numerosos límites, muchos de los cuales resultan de la protección de los consumidores.

Quinto. Porque, finalmente, donde realmente pueden llegar a estar desprotegidos los legítimos intereses económicos de los consumidores es en el mercado y frente a los empresarios, no en las relaciones de los ciudadanos particulares entre sí, que es la que interesa básicamente al Derecho civil. Por eso, mal se puede diseñar una política de equilibrio de los intereses de los participantes en el mercado sin tener en cuenta la posición que se quiere limitar, que es la del gran empresario.

III. EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR NECESITADO DE PROTECCIÓN, INTERESES PROTEGIBLES Y SISTEMAS DE PROTECCIÓN

1. El consumidor necesitado de protección a finales de los setenta

Una de las cuestiones que mayor interés despertó en la doctrina de finales de los setenta fue trazar los perfiles de la figura del consumidor necesitado de una protección especial. A la hora de abordar este tema hubo, sobre todo, dos posturas.

Una primera, que consideraba que era inútil intentar obtener un concepto de consumidor[20]. Esta postura se basaba en que no se podían determinar los intereses de los consumidores, puesto que no cabía: delimitar una determinada categoría de personas; considerarla como «único-consumidor»; e indagar después cuáles eran sus necesidades. A lo cual se añadía que tampoco era posible establecer, de una manera abstracta y general, las características de la situación de los consumidores, ya que sus intereses diferían según el salario, la formación o la posición en el mercado.

La segunda postura estimaba, en cambio, que se podía fijar cuál era el consumidor que por su peculiar posición en el mercado necesitaba una protección especial[21]. En esta segunda línea, las primeras nociones de «consumidor» que se propusieron eran muy amplias. El presidente Kennedy sostuvo, como ya sabemos, que «consumidores, por definición, somos todos», noción que es más una descripción económica de la figura que una determinación de sus rasgos jurídicos. En la ya citada Carta de protección del consumidor del Consejo de Europa

[20] Esta es la postura de Simitis, K. (1976), pág. 147.

[21] Esta tesis era la que defendían, en cambio, Von Hippel, E. (1974), pág. 1; Schneider, T. (1974), págs. 764 y sigs., y Schricker, G. (1972), págs. 315 y sigs.

de 1973 se define, más jurídica que económicamente, al consumidor como «la persona física o moral a la que se venden bienes o proporcionan servicios con destino a su uso personal». Pero se trata también de un concepto perfilado a través de términos muy generales, aunque contiene dos rasgos que se repetirán en otras nociones: ser adquirente de bienes o servicios y destinarlos a su uso personal.

Junto a estas nociones, hubo otras, más precisas, que partían de que el consumidor necesitado de protección era justamente el consumidor final medio que adquiere bienes o contrata la prestación de servicios en el mercado para satisfacer sus necesidades privadas.

Los partidarios de esta figura del consumidor necesitado de una tutela especial lo definen por medio de las tres siguientes notas conceptuales. La primera es que solo se toma en consideración al consumidor final, esto es, al consumidor que se encuentra al final del proceso de fabricación y de distribución de un producto o que utiliza el servicio contratado[22]. La segunda nota conceptual es que dentro de los consumidores finales se toma como base al consumidor medio[23]. Consumidor que es descrito, con su habitual maestría por el profesor SCHRICKER[24], como aquel que dispone de ingresos relativamente modestos, dotado de escaso discernimiento y perspicacia en las cosas jurídicas y económicas, y que procede sin mucha circunspección y atención. La tercera nota característica reside en el destino que el consumidor final medio da a los productos o servicios adquiridos: la satisfacción de sus necesidades privadas[25]. En los primeros momentos, a estas notas se añade la de que se trata de una persona física[26].

De la propia descripción de la noción de consumidor que se acaba de hacer resultaba la necesidad de conferirle una tutela especial. Y es que las reducidas posibilidades que tenía este consumidor de mejorar su escaso nivel de formación tanto económica como jurídicamente, lo convertían en víctima fácil de engaños y de influencias poco objetivas.

Si a esto se añade que la decisión que adoptaba entre las numerosas ofertas que se le proponían podía tener consecuencias negativas para su escaso patrimonio, se comprende que al tutelarlo no se hacía más que fortalecer a la parte que ocupaba la posición más débil en el mercado[27].

En todo caso, conviene subrayar que en los inicios del movimiento a favor de los consumidores uno de los factores más convincentes sobre la necesidad de reforzar su protección fue el de su escaso nivel de formación lo que implicaba numerosas dificultades para valorar las ofertas de los empresarios dedicados al tráfico en masa.

---

[22] Así, DE CALUWE, A.; DELCORDE, A. C., y LEURQUIN, X. (1973), pág. 150.

[23] Dice a este respecto SHCRICKER, G. (1972), pág. 317 que, lógicamente, los adquirentes de grandes chalets de lujo, o de brillantes de elevado precio, aunque son consumidores finales no están necesitados de una tutela especial.

[24] SCHRICKER, G. (1972), pág. 317.

[25] BERNITZ, U. (1974), pág. 339.

[26] SCHNEIDER, T. (1974), pág. 768.

[27] SCHRICKER, G. (1972), pág. 317.

2. Los intereses del consumidor necesitados de protección a finales de los setenta

Una vez que se ha delimitado la figura del consumidor necesitado de una protección especial, y después de comprobar dónde radicaba la urgencia de su tutela, había que determinar cuáles eran los intereses del consumidor que reclamaban entonces una protección especial. A juicio de Von Hippel, los intereses del consumidor que reclaman una protección más enérgica eran, esencialmente, tres.

El primero era el relativo a la seguridad y a la salud del consumidor. A este interés ya se había referido el presidente Kennedy, y aparece, sin duda, como el principal interés de los consumidores. Por esta razón, se comprende que cada vez más países dictasen disposiciones controlando las características de los productos que podían poner especialmente en peligro la salud y la seguridad de los consumidores, como por ejemplo, los alimentos, los productos farmacéuticos, los medios de trabajo de carácter técnico, etcétera.

Junto a la seguridad y a la salud del consumidor ocupaba también un lugar primordial el interés del consumidor a no ser engañado ni explotado. Es verdad que desde siempre existían normas civiles, penales y administrativas que pretendían evitar las explotaciones manifiestas de los contratantes, como por ejemplo, la prohibición de la usura, el saneamiento en caso de suministro de mercancías defectuosas, etc. Pero también lo es que desde mediados de los setenta se fueron añadiendo otras normas que trataban de evitar el engaño y la explotación del consumidor por parte de los empresarios, como las normas que prohíben la publicidad engañosa o falaz, así como las normas que persiguen un control más severo de las condiciones generales de los contratos.

De aquí que se hubiese fijado como tercer interés del consumidor el de obtener una información lo más amplia y efectiva posible que le facilitase la «óptima decisión» en el mercado. La protección de estos tres intereses del consumidor implica una auténtica política de transparencia en el mercado que viene exigida, en última instancia, por el propio sistema de la economía de mercado. La competencia basada en las propias prestaciones sobre la que descansa este sistema, exige que el consumidor pueda valorar correctamente los distintos bienes y servicios que se le ofrecen en el mercado[28].

3. Los sistemas de protección que proponía la doctrina de la época

Para conseguir una eficaz protección del interés de los consumidores se propusieron en la doctrina alemana de entonces dos sistemas. Según el primero, conocido con el nombre de «Modelo de Información» (*Informationsmodell*), la protección del consumidor debería articularse por medio de una serie de medidas complementarias entre sí y que tienen esencialmente carácter privado. Entre estas medidas se mencionaban la siguientes: promulgar textos legislativos que protejan al consumidor, promover el autocontrol de la economía por parte de los propios empresarios, mantener y fomentar la competencia, impulsar las

[28] Von Hippel, E. (1974), pág. 11.

organizaciones de consumidores, informar y educar al consumidor, y controlar judicialmente las conductas de los empresarios que lesionen el interés de los consumidores[29].

Frente a este sistema, se propuso un sistema mixto, cuyo principal representante fue SIMITIS[30], el cual sostuvo que para proteger al consumidor se debe actuar en un doble sentido. A corto plazo, se deben prever un conjunto de medidas, orientadas hacia las peculiaridades del caso concreto, que tengan en cuenta el estado de conflicto de la correspondiente situación de los consumidores. En este caso, la manera de proceder no difiere de la esencial del «Modelo de Información»: la promulgación de normas legales. Pero a largo plazo estas medidas no bastan por lo que se debe crear un órgano administrativo de control, toda vez que sin esta institución las medidas de protección del consumidor acaban quedando sin efecto.

Para este autor, el sistema de protección de los consumidores solo puede desarrollar una eficacia óptima, si, además de dictarse normas que tengan por objeto la protección individual del consumidor, se prevé al mismo tiempo, un sistema público de protección de carácter integral, que sea aplicado por una oficina central.

4. LA SITUACIÓN ACTUAL: DIVERSOS CONCEPTOS DE CONSUMIDOR EN FUNCIÓN DE LOS INTERESES ECONÓMICOS IMPLICADOS

Para comprobar cuál es la posición actual de los consumidores hay que comenzar por determinar si hay un concepto de consumidor y, en su caso, si se trata de un concepto general y único o, por el contrario, si hay varios conceptos de consumidor según sea la normativa de que se trate.

La nota de la heterogeneidad de la que habla el profesor LASARTE conduce a la conclusión de que, lejos de haber actualmente una noción única de consumidor para todos los sectores, hay diversos conceptos en función del ámbito de protección aplicable[31].

Por ejemplo, en el ámbito de los intereses de la seguridad y la salud de los consumidores, la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, en su artículo 1, de manera indirecta, considera consumidores a todos los perjudicados por el producto defectuoso. Dicha ley, lo mismo que hace el artículo 135 del RDL 1/2007, por el que se aprueba el TRLCU, al establecer el principio general de la responsabilidad por los daños causados por los productos defectuosos, declara responsables a los que los fabriquen o importen, frente a la generalidad de los sujetos dañados.

En otros ámbitos, en cambio, el concepto de consumidor es mucho menos amplio y descriptivo, y está bastante más matizado. Pues bien, como quiera que

---

[29] *Ibid*. (1974), págs. 14-27. Este autor señala que la mejor solución de los problemas del consumidor es una combinación sistemática de todas estas medidas. A esta opinión se adhiere SCHRICKER, G. (1972), pág. 317.

[30] SIMITIS, K. (1976), págs. 231 y sigs. Este mismo autor señala que la concepción individualista (el *Informationsmodell*), según la cual el Derecho debe proteger al consumidor aislado como un reactivo contra los abusos de los empresarios que actúan con plena libertad, debe ser sustituido por una concepción en la que se juzguen las decisiones de los empresarios según su función y significado sociales y en la que se les obligue a observar los puntos de vista más relevantes desde la perspectiva de la sociedad (pág.302).

[31] LASARTE, C. (2018), págs. 15 y sigs.

en lo sucesivo, voy a centrarme exclusivamente en los dos sectores que analicé hace cuarenta años, el de la publicidad ilícita y el de las cláusulas abusivas de las condiciones generales, me voy a referir al concepto de consumidor que opera en esos dos sectores.

i) En lo que concierne a la figura del consumidor en materia de publicidad, conviene destacar, como ha indicado el profesor LEMA DEVESA, que estamos ante un sector en el que ha habido una importante europeización de la protección. En efecto, se han dictado cinco Directivas que han armonizado este sector del ordenamiento jurídico español, y el proceso armonizador se completó con la propia intervención del Tribunal de Justicia en las cuestiones de interpretación prejudicial de las normas europeas[32].

Pues bien, en materia de publicidad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de la Sala Quinta de 16 de julio de 1998 (en el asunto *Gut Springenheide GmbH*)[33] respondió a las cuestiones prejudiciales planteadas, entre las que figuraba si era decisiva la opinión del consumidor medio perspicaz o la del consumidor poco consciente, afirmando que el juez nacional debe tomar como referencia al *consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz*.

Más recientemente, en la sentencia de la Sala Octava, de 7 de septiembre de 2016 (en el asunto *Deroo-Blanquart*)[34], en el apartado 32, el TJUE señaló que: «En este contexto, procede recordar que, conforme a su considerando 18, la citada Directiva (se refiere a la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior) *toma como referencia al consumidor medio, que está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos*».

ii) Con respecto al concepto de consumidor en el ámbito de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril) hay que mencionar la reciente sentencia de la Sala Tercera del TJUE de 21 de marzo de 2019 (en el asunto *Pouvin-EDF*)[35]. En esta sentencia, el TJUE respondió afirmativamente a la pregunta de si, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario concedido por la empresa eléctrica EDF al matrimonio Pouvin para adquirir su vivienda habitual dentro de un plan de ayuda de acceso a la propiedad, el citado matrimonio era un «consumidor» y la empresa EDF un «profesional», aunque la concesión de préstamos no constituyese su actividad principal.

La conclusión de cuanto antecede es que en los dos temas que vamos a analizar seguidamente, la publicidad ilícita y las condiciones generales de la

[32] LEMA DEVESA, C. (2018), pág. 8. El proceso de europeización es general, y no solamente en materia de publicidad; sobre esta cuestión, *vid*., ampliamente, LASARTE, C. (2018), págs. 15 y sigs., y REYES LÓPEZ, M. J. (2012), págs. 53 y sigs.

[33] La sentencia de la Sala Quinta de 16 de julio de 1998 (en el asunto *Gut Springenheide GmbH*) puede verse en *Curia Europa eu,* C-210/96.

[34] La sentencia de la Sala Octava, de 7 de septiembre de 2016 (en el asunto *Deroo-Blanquart*) puede verse en *Curia Europa eu* C-310/15.

[35] La sentencia de la Sala Tercera del TJUE de 21 de marzo de 2019 (en el asunto *Pouvin-EDF*) puede verse en *Curia Europa eu* C-590/17.

contratación abusivas en los préstamos hipotecarios (cláusulas suelo), existen dos sistemas de protección de los consumidores que son distintos en la medida en que toman en consideración dos tipos de consumidor sensiblemente diferentes.

IV. LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES CONTRA LA PUBLICIDAD ILÍCITA

1. Cuestiones preliminares

Ha sido el maestro Fernández-Nóvoa el que ha indicado que, en el marco de la actividad empresarial, le corresponde a la publicidad un lugar preferente, porque actúa a modo de eslabón que enlaza y pone en comunicación a la empresa con la gran masa de consumidores. Por medio de la publicidad, añade el indicado Maestro, la gran masa de los consumidores podrá conocer, en efecto, cuáles son las características de las mercancías y servicios ofrecidos por el correspondiente empresario[36].

Pues bien, la publicidad, que contribuye, sin duda, al desarrollo de la actividad competitiva, en ocasiones aviva la competencia hasta el punto de imprimirle carácter ilícito o desleal. Lo cual se debe a que para persuadir al consumidor el empresario anunciante no duda, en numerosas ocasiones, en recurrir al engaño. Ante este hecho, reacciona el ordenamiento jurídico sujetando la actividad publicitaria a las normas que reprimen la competencia desleal. Y es justamente en este caso cuando se hace más necesaria que nunca una enérgica protección de los consumidores.

A tal efecto, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se instauraron normas que consagraban el principio de veracidad publicitaria y, consiguientemente, prohibían la publicidad engañosa o falaz. Tales preceptos, como acertadamente afirma Fernández-Nóvoa[37] imprimen al Derecho de la Publicidad un acusado matiz jurídico-social, toda vez que «la finalidad primordial del principio de veracidad es proteger a la gran masa de los consumidores frente a la publicidad engañosa de las empresas».

Entre los retos actuales que se presentan en esta materia, me detendré en el examen de la publicidad engañosa que tiene lugar a través de Internet y las redes sociales, concretamente en las hipótesis de publicidad encubierta con intervención de los líderes de opinión (los llamados *INFLUENCERS*).

2. La protección actual de los consumidores en nuestro Derecho de la publicidad

La protección actual de los consumidores frente a la publicidad ilícita, interesa desde dos perspectivas: de un lado, la normativa y su aplicación por la jurisprudencia, tanto a nivel nacional como europeo; y de otro, la función preventiva que cumple la autorregulación publicitaria.

---

[36] Fernandez-Nóvoa, C. (1968), pág. 15.
[37] *Ibid*., pág.31.

2.1. *El Derecho español actual de la publicidad y su europeización*

En el aspecto normativo, la publicidad, en las vertientes que nos interesan, está regulada, a nivel nacional, en las Leyes 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad y 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Por otra parte, la importancia del Derecho de la Publicidad en la Unión Europea se manifiesta, como ya he señalado, en las cinco Directivas dictadas hasta ahora para la armonización de este sector del ordenamiento jurídico y en las numerosas sentencias del TJUE y del TG que han interpretado prejudicialmente esta normativa[38].

No voy a detenerme en todas las Directivas europeas sobre publicidad, sino tan solo en aquellas que tengan por objeto proteger los legítimos intereses económicos de los consumidores. Pues bien, centrándonos en el ámbito europeo, lo primero que debe ponerse de relieve es que el 10 de septiembre de 1984 se aprobó la Directiva sobre publicidad engañosa, que fue objeto de diversas modificaciones, que han cristalizado en la vigente Directiva 2006/114/CE, de 12 de diciembre, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa. Esta norma, que establece, entre otras cosas, los conceptos de publicidad, publicidad engañosa y publicidad comparativa, fue incorporada —en su momento— al Derecho español en el texto de la Ley General de Publicidad y también ha pasado a formar parte de la Ley de Competencia Desleal.

Tras haber regulado la publicidad engañosa y comparativa, el legislador europeo se vio obligado a dictar la Directiva de 3 de octubre de 1989, que fue modificada con posterioridad, convirtiéndose en la actual Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo, sobre servicios de comunicación audiovisual. En el marco de esta Directiva, ocupan un lugar preeminente el capítulo tercero que admite la modalidad publicitaria del emplazamiento del producto, y el capítulo séptimo destinado a la publicidad por televisión y a la tele-venta. En España se incorporó esta Directiva en la Ley General de comunicación audiovisual de 2010.

Finalmente, hay que subrayar la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores. Esta Directiva, ha sido duramente criticada por la doctrina[39], además de porque ha restringido su ámbito de aplicación, porque implanta una distinción artificial entre prácticas desleales de las empresas con los consumidores y prácticas desleales entre empresas. La mencionada Directiva se ha incorporado a nuestra Ley de Competencia Desleal de 10 de enero de 1991.

Además de la armonización de nuestro Derecho interno como consecuencia de las Directivas comunitarias, ha influido de manera decisiva en el Derecho español de la publicidad la abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) dictada en los casos de interpretación prejudicial, la cual, como es sabido, debe ser seguida obligatoriamente por los Tribunales españoles. En efecto, tanto los Tribunales de lo Mercantil, como el Tribunal

[38] Sobre la influencia de las Directivas europeas y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Lema Devesa, C. (2018), pág. 8.

[39] *Ibid*., pág. 9.

Supremo han acogido los criterios de interpretación de la normativa comunitaria sobre publicidad desleal sentados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus relevantes sentencias.

Pues bien, los puntos esenciales en los que voy a detenerme para trazar el panorama del Derecho actual de la publicidad desde la perspectiva de los consumidores son los que se exponen seguidamente.

2.1.1. El amplio concepto de publicidad

Como es sabido, el artículo 2 de nuestra Ley 34/1988, de 11 de noviembre, de publicidad, define la publicidad en base a dos elementos: «publicidad» y «destinatarios» y sobre ambos se ha pronunciado la jurisprudencia del TJUE.

i) Al definir la publicidad, la Ley habla de «toda forma de comunicación», pero desafortunadamente no hace alusión alguna a los medios a través de los cuales puede difundirse aquella. La ausencia de la más mínima mención al medio o soporte a través del cual puede comunicarse la publicidad hizo que no tardara en plantearse ante el TJUE la cuestión de si ha de considerarse publicidad la que se realiza en internet.

Pues bien, la sentencia del TJUE de 11 de julio de 2013 (caso *Belgian Electronic*)[40], al resolver la cuestión prejudicial planteada por un Tribunal belga de si debe englobarse en el concepto de publicidad el registro de un nombre de dominio, el uso de tal nombre de dominio y la utilización de indicadores de hipertexto en los metadatos en un sitio de internet, el TJUE sostuvo que la publicidad puede presentarse bajo muy diversas formas y, por ende, no se limita a las formas de publicidad clásica.

El TJUE declaró que el mero registro de un nombre de dominio no contiene *per se* ninguna comunicación publicitaria. En efecto, en el apartado 42 dice el Tribunal que: «El mero registro de un nombre de dominio no supone, sin embargo, que ese vaya a utilizarse en efecto posteriormente para crear un sitio de Internet y que, por consiguiente, los usuarios de Internet puedan tomar conocimiento de tal nombre de dominio». Y añade en el apartado 44 que: «No obstante, el mero registro de tal nombre de dominio no contiene en sí mismo ninguna comunicación publicitaria, sino que a lo sumo restringe las posibilidades de comunicación de ese competidor, restricción que, en su caso, se podrá reprimir en virtud de otras disposiciones legales».

Pero la utilización de un nombre de dominio puede tener por finalidad promover el suministro de bienes o la prestación de servicios del titular del nombre de dominio. En tal caso, constituye una forma de comunicación, que se dirige a los consumidores potenciales y les sugiere que, con ese nombre, encontrarán un sitio en Internet relativo a los productos o servicios de la empresa anunciante. En el apartado 48 afirma el Tribunal: «... el uso de un nombre de dominio, el cual hace referencia a determinados productos o a determinados servicios o incluso al nombre comercial de una sociedad, constituye una forma de comunicación que se dirige a los consumidores potenciales y les sugiere que, con ese nombre, encontrarán un sitio de Internet en relación con tales productos o servicios o

[40] La sentencia de 11 de julio de 2013 del TJUE (caso *Belgian Electronic*) puede verse en *Curia Europa* C-657/11.

incluso con la pertinente sociedad. Por lo demás, un nombre de dominio puede estar formado total o parcialmente por términos laudatorios o percibirse, como tal, en el sentido de que pondera los méritos del producto y del servicio a los que remite ese nombre».

Finalmente, el TJUE mantuvo que los indicadores de hipertexto, formados por palabras claves, que leen los motores de búsqueda cuando exploran Internet, son indicadores que se corresponden con la denominación de los productos de un competidor y el nombre comercial de este. Razón por la cual, tal utilización se considera como una forma de comunicación en el sentido del artículo 2 de la Directiva sobre publicidad engañosa y comparativa y, por tanto, como publicidad.

ii) En lo que concierne a los destinatarios, el TJUE ha sostenido que para calificar una actividad como publicitaria es irrelevante el número de los destinatarios a los que vaya dirigida o alcance.

En efecto, una sentencia relativamente reciente del TJUE de 16 de abril de 2015 (caso *Nemzeti*)[41], al abordar el concepto de práctica comercial engañosa se enfrentó con el problema de si tal práctica debe dirigirse o alcanzar a una pluralidad de consumidores. Según el Tribunal merece el calificativo de «práctica comercial» la comunicación de una información realizada, por una empresa, en el marco de la asistencia postventa de un contrato de abono a un servicio de difusión televisiva, suscrito por un particular.

2.1.2. La figura del consumidor medio

Como ya hemos dicho, otro de los puntos que se ha visto obligado a aclarar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es el de la figura del consumidor medio en materia de publicidad. Pues bien, por contraste con el criterio mantenido por los Tribunales alemanes en el siglo pasado, que sostenían que el consumidor medio era un consumidor acrítico, que leía de manera fugaz y superficial la publicidad y que, por tanto, era fácilmente influenciable, el TJUE estableció en la citada sentencia de 16 de julio de 1998[42], basándose en otras sentencias relativas al carácter engañoso de una denominación o de una marca, que, para establecer si la publicidad es engañosa, debe tomarse en consideración la expectativa del consumidor medio, normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz.

La sentencia más reciente del TJUE de 7 de septiembre de 2016 (caso *Deroo-Blanquart*)[43] ha añadido que, además del indicado concepto de consumidor medio, deben tenerse en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos. En efecto, en el inciso final del apartado 32, el Tribunal de Justicia afirma:

> «32. En este contexto, procede recordar que, conforme a su considerando 18, la citada Directiva toma como referencia al consumidor medio, que está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos».

---

[41] La sentencia del TJUE del 16 de abril de 2015 (caso *Nemzeti*) pude verse en *Curia Europa eu* C-388/13.
[42] Cfr. *supra* nota 34.
[43] Cfr. *supra* nota 35.

2.1.3. La publicidad engañosa

Hemos visto con anterioridad que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se han instaurado normas que consagran el principio de veracidad publicitaria. Y hemos señalado, asimismo, que tales preceptos, como acertadamente afirma FERNÁNDEZ-NÓVOA[44], imprimen al Derecho de la Publicidad un acusado matiz jurídico-social, toda vez que «la finalidad primordial del principio de veracidad es proteger a la gran masa de los consumidores frente a la publicidad engañosa de las empresas».

En la actualidad, los legisladores, en lugar de imponer el principio de veracidad publicitaria, como hacía, por ejemplo, el artículo 8 del viejo Estatuto de la Publicidad de 11 de junio de 1964, en el que se establecía que en toda actividad publicitaria deberá respetarse la verdad, evitando que se deformen los hechos o se induzca a error, han optado por una vía menos estricta y más equilibrada, como es prohibir la publicidad engañosa o falaz. Ahora no se obliga a los anunciantes a hacerse el harakiri revelando incluso las características desfavorables de su prestación, pero se les impone los límites de que su publicidad no induzca a errores a los consumidores y no afecte a su comportamiento económico en el mercado.

Este ha sido también el camino seguido por nuestro legislador actual el cual ofrece dos conceptos legales de comunicación engañosa: la propia publicidad engañosa que se define en la Ley General de Publicidad y, con carácter más general, el acto de engaño que se tipifica en la Ley de Competencia Desleal.

Pues bien, como no podía ser de otro modo, el TJUE ha tenido que pronunciarse en múltiples sentencias sobre el concepto de publicidad engañosa y, concretamente, sobre los requisitos para que surja esta modalidad publicitaria.

Así, en la importante sentencia de 19 de diciembre de 2013[45] (caso *TrentoSviluppo*) el citado Tribunal sostuvo que para que exista una práctica engañosa (publicidad engañosa), deben concurrir dos requisitos. En primer lugar, debe existir una información falsa o una información que pueda inducir a error al consumidor medio. Y, en segundo lugar, esa información debe ser susceptible de que el consumidor adopte una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiese tomado. Dicho con otras palabras, la publicidad engañosa debe ser susceptible de distorsionar el comportamiento económico del consumidor y, por ende, inducirlo a adoptar una decisión sobre una transacción, que, de otro modo, no hubiera adoptado.

Para calificar, por tanto, un anuncio como engañoso hay que valorar el anuncio: que las manifestaciones que lo integran sean susceptibles de inducir a error al consumidor medio; y sus efectos, ya que se requiere que tales manifestaciones sean aptas para influir en la decisión de compra del consumidor.

Por lo demás, para que la publicidad pueda ser calificada como engañosa, no se requiere que la conducta del anunciante sea contraria a la diligencia profesional. En este sentido, se manifestó el TJUE, en su ya citada sentencia de 16

[44] Cfr. *supra* nota 38.

[45] La sentencia de 19 de diciembre de 2013 (caso *TrentoSviluppo*) puede verse en *Curia Europa eu* C-281/12.

de abril de 2015 (caso *Nemzeti*)[46]. En efecto, el citado Tribunal declaró que «la Directiva sobre prácticas comerciales desleales debe interpretarse en el sentido de que, cuando una práctica comercial cumpla todos los criterios enunciados en el artículo 6.1 de dicha Directiva para ser calificada de práctica engañosa en las relaciones con el consumidor, no será necesario comprobar si tal práctica es también contraria a los requisitos de la diligencia profesional, para poder considerarla desleal».

Para completar la visión de la publicidad engañosa, hay que referirse a dos obligaciones ulteriores que tiene el anunciante; a saber: no omitir en los anuncios la información que sea precisa para no inducir a engaño (la llamada publicidad engañosa por omisión) y cumplir con las obligaciones específicas de información que se imponen en determinados casos[47].

En lo que concierne a la prohibición de la publicidad engañosa por omisión, tal conducta se prohíbe por el apartado 2 del artículo 4 de la Ley General de Publicidad y, de manera más completa, en el artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal que tipifica las «Omisiones engañosas».

Al interpretar este último precepto, el profesor Tato Plaza ha señalado con acierto que el artículo 7 no impone a los anunciantes un deber general de información respecto de las características esenciales del producto o servicio anunciado, sino únicamente la obligación de desvelar la información que resulte necesaria para evitar que los destinatarios se hagan una falsa representación de las cualidades del producto o servicios anunciados[48].

En la misma línea de reforzar la veracidad de los mensajes publicitarios, la obligación de información del anunciante en ocasiones va más allá de evitar el engaño. Con el fin de que el consumidor tenga la información más completa y precisa posible por tratarse de una prestación que afecta a intereses especialmente sensibles del consumidor, el legislador refuerza el carácter informativo de su comunicación sobre aquella obligando al anunciante a proporcionar cierta información específica. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en sectores como la publicidad dirigida al público de los medicamentos, la publicidad sobre el crédito al consumo o sobre productos o servicios bancarios.

La cuestión que se ha planteado es si la omisión de estos datos específicos origina, sin más, un supuesto de publicidad engañosa por omisión. Según la doctrina más autorizada[49], aunque la actual regulación contenida en los artículos 19 y 20 de la LGDCU tipifica como desleal la omisión de la información específica, se trata de una regulación incompatible con la Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores. Y ello porque la calificación de una omisión como práctica engañosa no depende solamente del carácter sustancial de la información omitida, sino también de que tal información fuese necesaria para que el consumidor pudiese tomar con conocimiento de causa una decisión sobre la posibilidad de contratarla.

Para completar la modalidad publicitaria más nociva para los consumidores, que es la publicidad engañosa, voy a detenerme, brevemente, en la modalidad

[46] Cfr. *supra* nota 42.
[47] Lema Devesa, C. (2018), pág. 10.
[48] Tato Plaza, A. (2017-2018), págs. 183 y sigs.
[49] *Ibid*., pág. 193.

de publicidad engañosa, de especial peligrosidad, la «publicidad encubierta», sobre todo cuando es efectuada en la red por los llamados «líderes de opinión» o «*influencers*». Y, de otra, una modalidad que se está practicando intensamente en la actualidad como es la «publicidad molesta o agresiva» que nos asedia cada vez que entramos con un dispositivo telemático en internet.

2.1.4. La publicidad encubierta en internet a través de «*influencers*»

Bajo la vigencia del Estatuto de la Publicidad de 1964, se tipificaba la publicidad encubierta en el artículo 9, a cuyo tenor «el público tiene derecho a que toda actividad publicitaria se identifique fácilmente como tal actividad. Los medios de difusión cuidarán de deslindar perfectiblemente las afirmaciones hechas dentro de su función general de información y las que hagan como simples vehículos de la publicidad».

Ni la Ley General de Publicidad ni las primeras versiones de Ley de Competencia Desleal, dedicaron un precepto específico para determinar los rasgos de la publicidad encubierta. Ha sido, a partir de la modificación de la Ley de Competencia Desleal efectuada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, de incorporación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de mayo, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, cuando volvemos a contar con una definición de «práctica desleal encubierta». En efecto, de acuerdo con el artículo 26, titulado, prácticas comerciales encubiertas, «se considera desleal por engañoso incluir como información en los medios de comunicación, comunicaciones para promocionar un bien o servicio, pagando el empresario o profesional por dicha promoción, sin que quede claramente especificado en el contenido o mediante imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor o usuario que se trata de un contenido publicitario».

La publicidad encubierta es considerada una modalidad de publicidad engañosa, pero no porque lo sea en sí mismo el contenido del anuncio, sino porque el conjunto del mensaje se presenta con tal apariencia informativa que el público no es capaz de reconocer en él su carácter publicitario. Dicho de otro modo, el anunciante disfraza de tal modo el anuncio que el público lo considera simplemente una comunicación empresarial puramente informativa. La principal consecuencia de este enmascaramiento del mensaje es que los destinatarios, al considerarlo como información y no como publicidad, le dan mayor credibilidad, un valor superior al que le otorgarían de reconocer su verdadero propósito[50].

Para que un mensaje que se quiere hacer pasar por informativo acabe siendo considerado como lo que es, un anuncio publicitario, y, por consiguiente, sea subsumido en la modalidad de la publicidad encubierta se requiere la concurrencia de los tres siguientes presupuestos. El mensaje debe perseguir una finalidad publicitaria; tal finalidad no debe ser claramente reconocible por los destinatarios; y no ha de incluir advertencias que informen explícitamente al público de que se trata de una comunicación publicitaria[51].

[50] Tato Plaza, A. (2019), págs. 49 y sigs.

[51] Así lo señala Tato Plaza, A. (2019), pág. 53; *vid*., también, Tato Plaza, A.; Fernández Carballo-Calero, P., y Herrera Petrus, C. (2010), págs. 133 y sigs.

Pues bien, si por lo general no es fácil desvelar el verdadero carácter publicitario de un mensaje que se presenta encubiertamente como información, la tarea se complica extraordinariamente cuando el mensaje, lejos de figurar en los medios tradicionales, circula por la red. La complejidad se acrecienta cuando interviene como prescriptor, no un personaje famoso y reconocible por su frecuente aparición en los medios, sino un líder específico que navega por este ámbito, que suele tener su propio sitio en la red y que es reconocido por los internautas como «*influencer*», en terminología inglesa, o «persona influyente» o «líder de opinión»[52].

Aquí el problema se plantea porque se aprovechan de los contenidos que circulan por la red y se sirven de estos «personajes» para encubrir, bajo la apariencia de información, lo que es un anuncio publicitario. En efecto, cuando el anunciante utiliza la red para hacer publicidad disfrazándola de información, el consumidor tropieza con tres dificultades añadidas: el mensaje publicitario se disfraza de información, la inserción y circulación del mensaje no es a través de los medios tradicionales sino de las novedosas y difícilmente controlables redes sociales; y la potenciación del carácter persuasivo del mensaje se debe a la intervención aparentemente neutral y de una figura de perfiles borrosos que actúa como «*influencer*».

Ante tan compleja situación se comprende fácilmente que haya que extremar la protección de los consumidores y deslindar, en primer lugar, si se está ante un mensaje informativo o un caso de publicidad encubierta; y, a continuación, delimitar cuando la intervención del «*influencer*» da lugar a una hipótesis de publicidad testimonial lícita.

i) Habrá que afirmar que un mensaje difundido en la red por un líder de opinión es publicidad encubierta y no una comunicación puramente informativa cuando concurran los siguientes presupuestos[53].

El primero es probar que el propósito o la finalidad del mensaje es publicitario. A tal efecto, deberá afirmarse el carácter publicitario del mensaje si se consigue acreditar que el anunciante ha recibido una contraprestación económica por su intervención, ya sea una cantidad de dinero, ya la entrega gratuita de algún bien o servicio a cambio de que el «*influencer*» lo difunda por la red. Pero mientras el primero puede ser más fácil de probar, lo segundo es más difícil cuando no se puede acreditar que el anunciante no solicitó al «*influencer*» la difusión del producto en la red, sino que se trató simplemente de una iniciativa voluntaria de este último.

Estas dificultades de prueba han motivado que se intente acreditar la naturaleza publicitaria del mensaje a través de indicios. Aunque la cuestión no es fácil, habrá que calificar un mensaje como publicitario cuando existan indicios claros y manifiestos del carácter publicitario del anuncio como, por ejemplo, la focalización del mensaje en un único producto en lugar de en varios; o la exaltación de la ventajas de un único producto sin hacer referencia a sus inconvenientes ni a los productos competidores; o la selección de alabanzas hacia el producto en cuestión en lugar de combinar valoraciones de todo tipo. Todos estos son indicios con los que puede defenderse el carácter publicitario del mensaje por encima de su dimensión puramente informativa.

---

[52] Tato Plaza, A. (2019), págs. 50-51.

[53] *Ibid*., pág. 53.

Finalmente, la propia identificación del carácter publicitario del anuncio mediante una advertencia explícita en el mensaje es un modo claro e inequívoco de revelar el propósito promocional de la intervención del «*influencer*» en la red y de descartar, consiguientemente, que se está ante una hipótesis de publicidad encubierta.

ii) Para acabar de perfilar el carácter lícito o ilícito de la intervención de los «*influencers*» hay que determinar si se está ante la denominada «publicidad testimonial» o ante una hipótesis de «publicidad encubierta». Se habla de publicidad testimonial cuando interviene en un anuncio, un personaje famoso, un experto o incluso meros consumidores, para expresar sus propias opiniones y experiencias respecto del producto o servicio anunciados. Lo determinante en este tipo de publicidad es que el prescriptor expone su propia opinión, su experiencia personal, en relación con la prestación promocionada. Por eso, no es propiamente publicidad testimonial el supuesto en el que interviene un personaje famoso, pero, lejos de dar su propia opinión, se limita a ser mero portavoz de los mensajes del anunciante.

La intervención de los «*influencers*» en las redes puede originar un supuesto de publicidad testimonial porque también se produce la intervención en el anuncio de un tercero distinto del anunciante. Y ello a pesar de que, en el caso de la publicidad testimonial ordinaria, la declaración del personaje famoso se integra en el anuncio que es difundido por el anunciante, mientras que el mensaje del «*influencer*» es difundido por el propio líder de opinión a través de sus cuentas en las redes sociales. Esta diferencia no impide, sin embargo, que la intervención de un «*influencer*» pueda ser considerada como publicidad testimonial y, por tanto, lícita.

Por otra parte, como señala el profesor TATO PLAZA[54], ambas hipótesis están sujetas a los mismos límites: ni en un caso ni en el otro podrá difundirse un mensaje publicitario que promocione un producto cuyo régimen especial prohíbe el testimonio de un tercero; y en ambos casos la experiencia personal de los que ofrecen su testimonio, ya sea el «*influencer*», ya el prescriptor, debe ajustarse al principio de veracidad.

2.2. *La autorregulación de la publicidad*

Para finalizar este apresurado examen de la protección de los consumidores contra la publicidad ilícita, debemos referirnos a la medida de la autorregulación publicitaria.

Como no podía ser de otra forma, la autorregulación publicitaria es una de las vías para luchar contra la publicidad ilícita. Si se prescinde de los primeros momentos que podrían calificarse como «ajuste del sistema»[55], actualmente el organismo encargado de la autorregulación de la publicidad en España es la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, AUTOCONTROL[56].

---

[54] *Ibid*., págs. 68 y sigs.

[55] Para una visión crítica del funcionamiento modelo de autorregulación implantado en España, LEMA DEVESA, C. (2018), págs. 12 y sigs.

[56] Como se dice en su página web (*www.autocontrol.es*), se trata del organismo independiente de autorregulación de la industria publicitaria en España. Constituido en 1995 como asociación sin ánimo de lucro, está

Esta Asociación ha aprobado tres Códigos Éticos: el Código de Conducta Publicitaria, el Código Ético sobre la Publicidad en Cine y el Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva, que son aplicados Jurado de Publicidad, dividido en Secciones, que está compuesto por profesionales independientes, algunos de los cuales tienen un reconocido prestigio en el mundo académico y en el de la publicidad.

Aunque hay autores que son críticos con el funcionamiento del sistema de autorregulación que lleva a cabo AUTOCONTROL, no cabe duda de que AUTOCONTROL está realizando una importante función de «depuración» de la publicidad ilícita. Y ello tanto por las numerosas controversias que ha ido resolviendo cada año el citado Jurado de Autocontrol, como a través del análisis previo de los anuncios en las consultas denominadas «*copy-advice*».

V. LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES CONTRA LAS CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS DE CARÁCTER ILÍCITO CON ESPECIAL REFERENCIA A LAS BANCARIAS MÁS CONFLICITVAS DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

1. Cuestiones preliminares

El fenómeno de la utilización de los contratos-tipo en el ámbito de la contratación mercantil es relativamente reciente. Como escribió el profesor Uría, «durante muchos siglos, el instrumento jurídico del contrato, cortado a la medida de las partes sobre la base de cláusulas y condiciones distintas en cada supuesto y dirigidas a satisfacer las necesidades concretas de cada contratante, llenó plenamente las exigencias del tráfico mercantil»[57]. Sin embargo, la aparición de la gran empresa organizada y el tráfico en masa produjeron un cambio trascendental en el fenómeno de la contratación.

Las condiciones generales pueden definirse, siguiendo al profesor De Castro como «los conjuntos de reglas que un particular (empresarios, grupo o rama e industriales o comerciantes) ha establecido para fijar el contenido (derechos y obligaciones) de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar»[58].

Tres son las razones fundamentales que mueven a los empresarios a la hora de imponer la contratación mediante condiciones generales. En primer lugar, el propósito de simplificar la contratación, lo cual no solo ahorrará tiempo en las negociaciones, sino que facilitará la contratación por medio de agentes y representantes. En segundo lugar, el deseo de operar sobre la base

integrado por anunciantes, agencias de publicidad, medios de comunicación y asociaciones profesionales, y su objetivo es trabajar por una publicidad responsable: veraz, legal, honesta y leal. Actualmente, cuenta con uno 550 miembros directos y 2.000 indirectos están vinculados aproximadamente con el 70 por 100 de la inversión publicitaria en nuestro país.

[57] Uría, R. (1956), pág. 221.

[58] De Castro y Bravo, F. (1961), pág. 297. Por su parte, García Amigo [García Amigo, M. (1969), págs. 132-133] las define como «la serie de cláusulas formuladas preventivamente en forma general y abstracta en vistas a la celebración de una serie indefinida de contratos que al ser aceptados por las partes pasan a regular la relación contractual que aquellas desean crear, estableciendo su contenido normativo —y, por efecto reflejo, el contenido obligacional o subjetivo— sin que por otro lado coincidan con normas legales o consuetudinarias».

de un régimen contractual seguro, conseguido tras un detenido y minucioso análisis de cada una de las cláusulas insertadas en el contrato uniforme. Y, en tercer lugar, la finalidad de fortalecer al máximo su posición económica en el mercado en detrimento de la posición de los consumidores; finalidad que consiguen exonerándose de toda responsabilidad —incluso más allá de los límites fijados por la ley— y acentuando los deberes de los consumidores, quienes, por ser este un fenómeno generalizado entre los empresarios, no tendrán más alternativa que someterse a las condiciones de los contratos o renunciar a la celebración de los mismos.

Pues bien, en mi artículo sobre «La protección de los consumidores y las condiciones generales de la contratación» de 1977[59] escribía: «cualquier observador de la realidad del tráfico, medianamente atento, advierte de inmediato que los empresarios han conseguido en este terreno todos sus propósitos: gozan de un poder ilimitado para conformar a su gusto, y conveniencia el contenido de los contratos, sin consideración a las normas legales. Y este poder ilimitado del que gozan los empresarios ha conseguido justamente a costa de sacrificar el interés de los consumidores. Se comprende, pues, que sea precisamente el tema de la protección de los consumidores frente a las condiciones generales de carácter ilícito uno de los que mayor interés y preocupación ha despertado dentro del movimiento que se ha desatado en los últimos tiempos, y tanto a nivel nacional como supranacional, en favor de la protección de los consumidores. La urgente necesidad de proteger a los consumidores frente a las condiciones generales de carácter ilícito ha dado lugar a que comiencen a dictarse en los países más avanzados leyes sobre las condiciones generales de los contratos. Así ha sucedido recientemente en Alemania donde se ha promulgado el 9 de diciembre de 1976 la Ley sobre las condiciones generales de los contratos que entró en vigor el 1 de abril del presente año».

Añadía entonces: «Pues bien, entre las principales medidas que se han propuesto en el Derecho comparado para tutelar debidamente el interés de los consumidores frente a las condiciones generales de carácter ilícito cabe destacar las siguientes: fomento de la competencia, creación de condiciones-tipo por comisiones especializadas, introducción de la obligación de obtener autorización previa, constitución de un Ombudsman de los consumidores, autocontrol por parte de las asociaciones, incremento del Derecho imperativo y fortalecimiento del control judicial».

De todas estas medidas, de las que se hablaba entonces, voy a detenerme brevemente en lo que decía sobre las dos últimas, pues, como vamos a ver más adelante, son las que ha resultado más efectivas para alcanzar el que entonces era un objetivo inaplazable: mejorar la protección de los consumidores.

1.1. *El incremento del Derecho imperativo o la introducción de normas semi-imperativas*

Una de las medidas que propuso la doctrina alemana[60] para combatir las cláusulas ilícitas de las condiciones generales de los contratos fue *incrementar*

[59] OTERO LASTRES, J. M. (1977), pág. 768.
[60] LOEWE, W. (1973), págs. 390 y sigs.

el derecho imperativo o *introducir normas semi-imperativas*, que son aquellas que solo puedan ser modificadas en favor de los consumidores.

Los defensores de esta medida señalaban que por esta vía se habían suprimido ya numerosas cláusulas de carácter ilícito que figuraban corrientemente en la generalidad de los contratos. Tal era el caso de las cláusulas de jurisdicción en favor de los empresarios que han sido declaradas nulas por el legislador alemán, tanto si se insertan en las condiciones generales como si se introducen en los contratos individuales.

Pero esta medida, para ser realmente eficaz, debería ir acompañada de otras medidas ulteriores como, por ejemplo, el fortalecimiento del control judicial.

1.2. *El fortalecimiento del control judicial*

La otra gran medida que se propuso para proteger a los consumidores fue el *fortalecimiento del control judicial*[61]. Sin embargo, esta medida no solucionaba satisfactoriamente el problema de las condiciones generales de carácter ilícito. Ni siquiera en el supuesto de que se introdujese una cláusula general que sirviese de base para que los tribunales controlasen con mayor rigor y severidad las cláusulas de carácter ilícito. Y es que la principal desventaja que tenía esta medida es que los tribunales solo pueden controlar casos concretos y las sentencias solo producen efectos respecto de los correspondientes casos concretos. Por lo cual, no se podría impedir que los empresarios siguiesen introduciendo en el futuro en los contratos que concluyesen con otras personas las cláusulas declaradas ilícitas por los tribunales.

Como vamos a ver seguidamente, en el Derecho español se han utilizado ambas vías para proteger a los consumidores frente a las cláusulas abusivas contenidas en los clausulados generales de los contratos. Hay una respuesta legislativa con multitud de normas de carácter imperativo y un fortalecimiento del control judicial.

2. Las respuestas legislativas para controlar las cláusulas generales abusivas

Aunque la respuesta legislativa se contiene en diversos textos normativos, los más interesantes son los siguientes:

— La Ley 50/1980, de 8 de octubre, en cuyo artículo 3 se establece:

> «Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito.
>
> Las condiciones generales del contrato estarán sometidas a la vigilancia de la Administración Pública en los términos previstos por la Ley.

[61] Von Hippel, E. (1974), pág. 73.

> Declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración Pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas».

Como puede observarse, las medidas principales que introdujo el legislador español, ya en 1980, eran las tres siguientes. La primera era una medida de control de la «inserción» de las condiciones generales en el contrato: tenían que ser incluidas necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. La segunda era una medida de control de «conocimiento y consentimiento», en el doble sentido: compresión de su contenido y advertencia de su carácter limitativo de derechos: se redactarán de forma clara y precisa y se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito». Finalmente, hay un intento de reforzar la eficacia del control judicial: declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración Pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas.

— El segundo gran paso de tipo legislativo que hay que mencionar es la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

De esta Directiva, además de reseñar que es una norma armonizadora del carácter abusivo de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores, interesan especialmente, las definiciones del artículo 2 y las previsiones del artículo 3 con respecto al carácter abusivo de las cláusulas.

Así, el artículo 2 establece:

> A efectos de la presente Directiva se entenderá por:
>
> *a)* «cláusulas abusivas»: las cláusulas de un contrato tal como quedan definidas en el artículo 3;
>
> *b)* «consumidor»: toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional;
>
> *c)* «profesional»: toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada.

Por su parte, el artículo 3 dispone:

> «1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.
>
> 2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.
>
> El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión.

El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba.

3. El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas».

De la regulación de la Directiva, interesa destacar, de una parte, la importancia esencial que da a la actividad profesional de los implicados: es consumidor persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional; y es «profesional»: toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada. Y, de otra, el concepto de «abusividad» en el que influye notablemente la falta de negociación individual y el desequilibrio de las prestaciones.

— La Ley española 7/1998, de 13 de abril, regula específicamente las condiciones generales de la contratación. De esta ley, presentan particular interés para el tema que analizamos el artículo 1, que determina cunado se está ante una condición general de la contratación, el artículo 2, que se refiere al ámbito subjetivo de aplicación de la Ley y el apartado 5 del artículo 5 que afecta al modo en que deben ser redactadas dichas cláusulas.

En efecto, dispone el artículo 1:

«1. Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión».

Por su parte, el artículo 2 establece:

«1. La presente Ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional —predisponente— y cualquier persona física o jurídica —adherente—.

2. A los efectos de esta Ley se entiende por profesional a toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada.

1.3. *El adherente podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad*

Finalmente, el apartado 5 del artículo 5 señala que:

«La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho».

— Finalmente, del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, interesan especialmente el apartado 1 del artículo 82 y el artículo 83.

El artículo 82, apartado 1, del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios dispone que:

> «Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato».

Por su parte, el artículo 83 prevé que: «Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas».

Pues bien, como se verá seguidamente, las soluciones que dio nuestro Tribunal Supremo en los conflictivos asuntos de las cláusulas suelo tuvieron como base la interpretación de estas normas.

2. Examen especial de las cláusulas «suelo»

2.1. *Doctrina General sobre tales cláusulas se configura básicamente en la sentencia 214/2013, de 9 de mayo*

Aunque hubo con anterioridad diversas sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que resolvieron reclamaciones de préstamos hipotecarios con interés variable y cláusulas suelo, lo cierto es que la doctrina jurisprudencial actualmente vigente sobre tales cláusulas se configura básicamente en la sentencia 214/2013, de 9 de mayo y en otras seis posteriores, cuya doctrina puede sintetizarse del siguiente modo.

2.1.1. Delimitación del concepto de consumidor en los contratos de préstamos hipotecarios con cláusulas suelo

Desde el punto de vista subjetivo, la doctrina jurisprudencial sobre las cláusulas suelo aquí examinada afecta exclusivamente a los prestatarios consumidores. Pues bien, lo más relevante en este sector es que el concepto de consumidor es objetivo, en el sentido de que prescinde por completo del nivel de conocimientos y del grado de formación del consumidor. Y se toman como datos para objetivar el concepto los dos siguientes: i) ser prestatario de un préstamo hipotecario con condiciones generales predispuestas por el prestamista a las que tuvo de adherirse aquel; y ii) que tal contrato sea ajeno a la actividad empresarial del consumidor-prestatario.

2.1.2. El ámbito de aplicación de la nueva doctrina jurisprudencial el Tribunal Supremo

A) El control de incorporación y el de comprensión real

Configurada legalmente la transparencia de las cláusulas de las condiciones predispuestas como un requisito de incorporación, ya que la falta de transparencia produce, en principio, el efecto de que las cláusulas no transparentes no quedan incorporadas al contrato, lo primero que deben resolver los tribunales es el control de transparencia: si las cláusulas incluidas en los contratos de préstamo con consumidores son transparentes.

Pero la citada sentencia 241/2013 no se contenta con el control de transparencia formal, sino que para determinar la abusividad de las cláusulas no negociadas individualmente extiende el control de transparencia a la que denomina «comprensividad real». La sentencia habla, por ello, de un «doble filtro» de transparencia: el formal para su incorporación y el de accesibilidad que «tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado (esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener), como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo».

En la elaboración de la nueva doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre las cláusulas suelo, la sentencia 138/2015, de 24 de marzo, avanza un nuevo paso. Al requisito de la posibilidad del conocimiento real del contenido de la cláusula en cuestión, se añade el de la no utilización de otras cláusulas que, mediante un enmascaramiento subrepticio, impliquen una alteración del objeto del contrato.

B) La retroactividad absoluta de la sentencia 194/2019, de 27 de marzo

El punto final fue, como no era difícil de sospechar, el tema de la retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas. La sentencia de 21 de diciembre de 2016 dictada por la Gran Sala del TJUE (asuntos acumulados 154/15, 307/15 y 308/15) declaró que: el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva. Siguiendo, como no podía ser de otro modo, el criterio de esta sentencia la sala de lo civil del Tribunal Supremo declaró en la citada sentencia 194/2019, de 27 de marzo, que el banco prestamista tenía que devolver a los consumidores demandantes la totalidad de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de dicha cláusula suelo desde la fecha de celebración del contrato de préstamo. Todo lo cual ha supuesto que en mayo de este año la banca española había devuelto cerca de dos mil trescientos millones de euros.

VI. REFLEXIONES FINALES

Todo lo hasta aquí expuesto respecto de la evolución de la protección de los consumidores en los últimos cuarenta años, permite sentar, a mi juicio, las siguientes conclusiones:

La *primera* es que la protección de los consumidores en el ámbito de los intereses económicos protegidos por el Derecho mercantil parece haber desembocado en dos sistemas diferentes. En efecto, en lugar de haber una protección jurídica uniforme construida en torno a una figura única de «consumidor», actualmente hay dos: una, «subjetiva», que es la clásica o tradicional, y que sigue vigente en el ámbito de la publicidad ilícita; y otra, más reciente, «objetiva», que es la que rige en el caso de las cláusulas abusivas de los contratos de préstamos hipotecarios.

El sistema de protección, que podríamos llamar «clásico», se caracteriza porque la protección de los consumidores sigue siendo fiel a su origen y fundamento. Como se recordará, el plus protección que se reclamaba a mediados de los años sesenta del siglo pasado para los consumidores obedecía, no al hecho de que fueran consumidores sin más, sino a la desventajosa posición jurídica que ocupaban en el mercado frente a los empresarios. En congruencia con tal fundamento, la protección se organizó inicialmente en torno a un determinado prototipo de consumidor, razón por la cual decimos que se trata de una protección «subjetiva». O, dicho de otra manera, en sus orígenes no se reclama la protección para todo consumidor, ni tampoco para el consumidor ignorante, poco consciente o distraído, sino solo para un tipo determinado que se toma como paradigma y al que se considera especialmente necesitado de esa protección «reequilibradora»: el consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.

Pues bien, frente a esta concepción subjetiva o tradicional de la protección, se ha ido abriendo paso, a nivel legislativo y, consiguientemente, también jurisprudencial, otra «objetiva», en la que, para perfilar el concepto de consumidor, se prescinde por completo de las notas subjetivas relativas a su nivel de formación y conocimientos. La protección reforzada se justifica por razones objetivas: simplemente porque el consumidor ocupa la posición de prestatario en un contrato de préstamo hipotecario, cuya celebración no forma parte de su actividad profesional, en el que hay condiciones generales a las que tiene que adherirse, lo que significa que es el contratante más débil.

Pues bien, a la vista de la concepción objetiva, uno no puede menos que preguntarse, en primer lugar, si con esta «objetivación» de la figura del consumidor la protección específica que recibe no ha dejado de responder a su fundamento originario. Y es que, al ser irrelevantes las condiciones personales, se generaliza la protección a todos los consumidores, desde los más preparados a los más descuidados, lo cual pone en duda la premisa de partida de la necesidad de protección basada en el desequilibrio por la posición desventajosa del consumidor.

La *segunda pregunta* es si esta doctrina jurisprudencial no acaba por arrojar sombras de sospecha sobre las «condiciones generales» que figuren en los préstamos hipotecarios. La situación de inferioridad que se presume en el prestatario no profesional frente al predisponente de las condiciones generales de obligada

adhesión implica que cuando hay condiciones generales hay siempre una parte contractual débil, que es el consumidor, sea cual sea su nivel de formación.

La *tercera y última pregunta* es si verdaderamente tiene sentido que la jurisprudencia exija, no ya el control formal, sino el control real de transparencia de las cláusulas generales de los préstamos hipotecarios. Como se recordará, la jurisprudencia exige que el consumidor en el caso de los préstamos hipotecarios comprenda no solo formalmente lo que dice la cláusula suelo en cuestión, sino que esté informado también de las consecuencias «económicas y jurídicas» que se derivan para él de la misma o, lo que es lo mismo «la comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato». Pues bien, si el concepto de consumidor es objetivo y lo determinante es su adhesión cuando no hay posibilidad de negociar a las cláusulas predispuestas, ¿tiene algún sentido elucubrar sobre el control real y formal de las cláusulas suelo? ¿Qué importa si el banco cumplió a no con su labor de información si lo determinante es únicamente que el consumidor prestatario sea un sujeto que actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión?

Las respuestas a las preguntas planteadas inducen a concluir que la sobreprotección resultante de la objetivación del concepto del deudor hipotecario parece haber llevado las cosas al extremo contrario. De tal suerte que si hubiera que responder a la pregunta final de si hay desequilibrio contractual la respuesta podría ser afirmativa, pero al revés: ahora la balanza parece inclinarse hacia el consumidor prestatario.

Por otra parte, la objetivación del concepto de consumidor ha supuesto tal extensión de la protección que obliga a averiguar por qué se ha llegado a la misma. Una visión desapasionada de lo sucedido en el sector financiero durante los últimos quince años permite afirmar que, en materia de préstamos hipotecarios, la banca, en general, no fue demasiado diligente: ni a la hora de seleccionar a los deudores, ni a la hora de tasar, casi siempre al alza, los inmuebles que estos daban en garantía. No debe extrañar, por eso, que la pérdida de ingresos de las familias que tuvo lugar durante la última crisis económica con el inherente al aumento del desempleo provocara un crecimiento inesperado del impago de los préstamos. Lo cual desembocó en las correspondientes ejecuciones hipotecarias por parte de los bancos acreedores con los dolorosos lanzamientos de los ocupantes de sus viviendas.

Por otro lado, tampoco están exentas de responsabilidad aquellas entidades bancarias —no fueron todas— que comercializaron entre sus clientes más modestos, agresivamente y aquí con una manifiesta falta de información, las participaciones preferentes y otros productos bancarios similares, que convirtieron lo que eran meros depósitos de dinero en las cuentas de los clientes en otros productos que mejoraban el nivel de capitalización de las entidades bancarias a los efectos de los test de estrés, y que se incorporaban a títulos representativos de deuda perpetua de casi imposible devolución.

Cuando, ya en plena crisis, empezaron a llegar a los juzgados los primeros litigios sobre las ejecuciones hipotecarias, la legislación entonces vigente y su interpretación jurisprudencial favorecían a la banca. Pero el incremento del impago de los préstamos hipotecarios (la morosidad bancaria pasó del 1,09 por 100 en enero de 2003, hasta llegar al 10,7 por 100 en agosto de 2012, subiendo vertiginosamente desde junio de 2008) produjo un crecimiento alarmante del

número de litigios, y debido a ello se hizo evidente para la generalidad de la ciudadanía la indiscutible desigualdad en el proceso de ejecución entre la banca y el cliente. Cuestión que llegó incluso a reconocer el Tribunal de Justicia de la UE en su conocida sentencia de 14 de marzo de 2013 en el caso *Aziz*.

Todo esto, unido a las airadas y a veces tumultuosas reacciones callejeras de los afectados, hizo que el legislador dictara nuevas medidas para reforzar legalmente la posición de los deudores hipotecarios, reestructurar las deudas y prever alquileres sociales. De tal suerte que, con esta mejora de la débil posición de los deudores hipotecarios, se intentó una especie de «reequilibrio» entre la posición jurídica de los bancos prestamistas y los consumidores prestatarios.

Con la Constitución en la mano, uno no puede más que felicitarse por la reacción de los poderes legislativo y judicial, al intensificar el sentido social de las normas mercantiles en momentos de grave dificultad económica. Y es que, en su Preámbulo, nuestra Carta Magna recoge la voluntad de la Nación española de garantizar la convivencia democrática dentro del ordenamiento jurídico conforme a un orden económico y social justo, consolidando un Estado social y democrático de Derecho.

Ahora bien, conviene recordar que el Estado de Derecho que consolida la Constitución asegura el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular y que, al regular el poder judicial, nuestra Ley de Leyes encarga a los jueces y magistrados que administren justicia sometidos únicamente al imperio de la ley. Y es que, al igual que en los estados democráticos más avanzados, en el nuestro corresponde al poder legislativo elaborar la ley y al poder judicial aplicarla y hacer cumplir sus decisiones.

Pues bien, en la práctica diaria de los juzgados se viene produciendo en los últimos tiempos un fortalecimiento, más allá del texto de la ley, de la posición del consumidor hipotecario en perjuicio de la banca prestamista. Los jueces, olvidando muchas veces el principio dispositivo que rige en el proceso civil, así como su obligación de mantener el equilibrio procesal entre las partes, suplen las numerosas deficiencias en las que incurren los abogados de los consumidores, que en la mayoría de las ocasiones utilizan, demandas pre-redactadas al modo de las condiciones generales por el carácter masivo de las reclamaciones.

En estos casos aparece muchas veces el «juez-protector» y suple los numerosos defectos procesales en los que se incurre en las demandas masivas. Como ejemplos de la excesiva protección por el juez al deudor-consumidor bancario al que me refiero, citaré las siguientes actuaciones judiciales: se admite al demandante deudor bancario la subsanación de defectos importantes en las demandas que en otros litigios provocarían automáticamente el archivo del caso; se concede al cliente bancario un verdadero trámite de réplica que no está previsto en la ley, gozando de este modo de una nueva posibilidad de hacer alegaciones; se admite al deudor bancario la presentación de documentos después de la demanda aun cuando sean de fecha anterior a esta; no se permite aportar prueba a las entidades de crédito; y hasta en algún tribunal se calificó verbalmente a los abogados de la banca como profesionales de mala fe.

Por eso, tal vez hay que recordar, aunque no debería hacer falta, que la banca intermedia en la circulación del dinero: toma dinero de unos ciudadanos a cambio de una remuneración para prestárselo a otros que pagan un interés más

alto que el que recibe el depositante. Por eso, para el sistema económico general es vital que la banca recupere el dinero dado a préstamo, porque de lo contrario no podrá reintegrar a sus depositantes el dinero recibido y la remuneración pactada, ni dispondrá de fondos para seguir prestando.

Se debe, por tanto, tener en cuenta —y esto es fundamental— que los clientes están en los dos lados de la relación bancaria: son clientes los que depositan su dinero y lo son también los que piden dinero a préstamo. De aquí que proteger en exceso por vía judicial al cliente-consumidor de préstamos hipotecarios, además de violentar en algunos casos la letra de la ley, supone desequilibrar esas inestables y complejas relaciones trilaterales entre los depositantes, la banca como intermediaria, y los solicitantes de dinero a préstamo. Y con ello el sistema financiero en general. Tal vez convendría no olvidar este aspecto del problema.

A lo dicho cabe añadir, por si alguien hubiera tenido la tentación de hacer con esta cuestión «progresismo» judicial, que los intereses afectados en esta materia son los de los consumidores contratantes de préstamos con esas cláusulas abusivas incumplidores, de un lado; y los de los accionistas, los de los demás clientes de la banca no firmantes de préstamos hipotecarios, el interés de los trabajadores y el interés económico general en tener saneado el sector bancario, de otro. Razón por la que no veo cómo se puede ser «progresista» amparando exclusivamente a una parte de la clientela bancaria, los consumidores de préstamos bancarios con garantía hipotecaria, en perjuicio de todos los demás interesados. Porque estoy convencido de que «todo» lo que haya de devolver la banca a tales consumidores —insisto, solo una parte y no la más numerosa de la clientela de la banca— se lo habrá de cobrar a los demás clientes a través de las comisiones que generen las otras operaciones bancarias.

Finalmente, cuando reflexiono sobre la situación actual de los prestatarios con garantía hipotecaria, me viene inevitablemente a la cabeza la obra clásica del *Lazarillo de Tormes*. Y es que tengo para mí que si Lázaro de Tormes acabó siendo pícaro fue porque sus amos lo forzaron a ello, desde el ciego inicial al alguacil al que sirvió antes de conseguir su empleo de pregonero municipal, gracias a la protección del Arcipreste de San Salvador.

Con esto quiero decir que es posible que los consumidores deudores de préstamos bancarios hayan recibido, al igual que Lázaro, malos tratos por parte de algunas de las entidades bancarias con las que contrataban. Pero si esto es cierto también lo es que ha habido bastantes consumidores que se han vuelto tan pícaros con sus bancos como Lázaro con sus amos. Y es que se han estado haciendo pasar ante nuestros tribunales, con la aquiescencia de estos, como «consumidores materialmente necesitados de protección» por no entender lo que es una cláusula de interés variable con un tope fijo mínimo, ciudadanos de profesiones tan relevantes como economistas, abogados especialistas en mercados financieros, notarios, jueces, arquitectos, ingenieros, licenciados en matemáticas, peritos mercantiles, auditores de cuentas y hasta algún jefe de grupo del Tribunal de Cuentas de España. Y eso habrá podido ser legal, ¿pero era ético exigir la devolución de las cuotas de un préstamo, cuyas consecuencias hemos soportado el resto de la ciudadanía? Con esta «picaresca» hipotecaria es difícil estar de acuerdo, por muy progresista que se sea.

VII. BIBLIOGRAFÍA

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (1971), «Notas sobre el origen histórico del Derecho mercantil», en AAVV, *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, Tecnos, Madrid.

BERNITZ, U. (1974), «Der Verbraucherschutz in Schweden», *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftrecht* 138.

BRETAL VÁZQUEZ, J. M. (1979), «La actividad del Consejo de Europa en el ámbito de la protección del consumidor», *Crónica Administrativa*.

DE CALUWE, A.; DELCORDE, A. C., y LEURQUIN, X. (1973), *Les pratiques du commerce* I, 1, Larcier, Bruxelles.

DE CASTRO Y BRAVO, F. (1961), «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *Anuario de Derecho Civil* 2.

FERNÁNDEZ-NÓVOA, C. (1968), «La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias», *Revista de Derecho Mercantil* 107.

GARCÍA AMIGO, M. (1969), «Condiciones generales de los contratos», *Anuario de Derecho Civil* 1.

GARCÍA MARTÍNEZ, A., «Sinopsis artículo 51», Constitución española (disponible para consulta en *www.congreso.es*).

GIRÓN TENA, J. (1954), «Concepto de Derecho Mercantil en el Derecho español», *Anuario de Derecho Civil* 4.

GÓMEZ-FERRER, R. (2016), «La Unión Europea y el Estado Social», *Revista de la Administración Pública* 200.

LASARTE, C. (2018), *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Dikynson, Madrid.

LEMA DEVESA, C. (2018), «Tendencias actuales del derecho de la publicidad: la problemática de la autorregulación publicitaria en España», *Methaodos. Revista de Ciencias Sociales* 1.

LOEWE, W. (1973), «Der Schutz des Verbrauchers von Allgemeinen Geschäftsbedingungen-Eine Aufgabe für den Gesetzgeber», en PAULUS, G.; DIEDERICHSEN, U., y CANARIS, C.-W., *Festschrift für KARL LARENZ*, Beck, München.

OTERO LASTRES, J. M. (1977a), «La protección de los consumidores contra la publicidad ilícita», *ADI* 4.

— (1977b), «La protección de los consumidores y las condiciones generales de la contratación», *Revista Jurídica de Cataluña* 4.

REYES LÓPEZ, M. J. (2012), *Manual de Derecho Privado de Consumo,* La Ley, Madrid.

SCHNEIDER, T. (1974), «Der begriff des Verbrauchers in Recht», *Betriebsberater*.

SCHRICKER, G. (1976), «Verbraucherschutzrecht- ein neues Rechtsgebiet?, *GRUR Int*.

— (1972), «Wettbewerbsrecht und Vebraucherschut», *Rabels Zeitschriff für ausländisches und internationalen Privatsrecht*.

SIMITIS, K. (1976), *Verbraucherschutz, Schlagwort oder Rechtsprinzip*, Nomos, Baden-Baden.

TATO PLAZA, A. (2017-2018), «Obligaciones específicas de información, engaño por omisión y principio de integridad de la campaña publicitaria», en *ADI* 38.

— (2019), «Aspectos jurídicos de la publicidad a través de los líderes de opinión en redes sociales (*influencers*)», *RDM* 311.

TATO PLAZA, A.; FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., y HERRERA PETRUS, C. (2010), *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, La Ley, Madrid.

URÍA, R. (1956), «Reflexiones sobre la contratación mercantil en serie», *RDM* 62.

— (1976), *Derecho Mercantil*, Marcial Pons, Madrid.

VON GIERKE, O. (1889), «Die soziale Aufgabe des Privatsrecht», conferencia pronunciada en Viena, en la que criticaba el Proyecto de Código civil alemán.

VON HIPPEL, E. (1974), *Verbraucherschutz*, Mohr, Tubinga.