

MERCADO FINANCIERO Y TUTELA DEL AHORRO¹⁾

ENTREVISTA:

GIOVANNA VISINTINI

Profesora Principal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Génova.
Organizadora del Congreso sobre Mercado Financiero y Tutela del Ahorro.

"Vivimos en la era del ahorro masivo: los recursos minúsculos de una multitud conformada por pequeños ahorristas constituyen una gran riqueza, a la cual recurren las empresas para emitir acciones y obligaciones.

Los grandes casos de insolvencia empresarial de los últimos años han puesto en peligro el equilibrio del sistema: destruyendo los ahorros de las familias, afectando la confianza de los ahorristas y corriendo el riesgo de agotar las fuentes de financiamiento de las empresas. Los remedios legislativos, desde América hacia Europa, han operado en varios niveles: potenciando las autoridades del mercado, reformando las prácticas del gobierno corporativo y responsabilizando a los intermediarios financieros".¹

En una hermosa localidad vecina al Lago de Garda, en Brescia (Italia) llamada Gardone, aposento final del genial Gabrielle D'Annunzio, tuvo lugar el Congreso sobre Mercado Financiero y Tutela del Ahorro, realizado el 10 y 11 de junio de 2005. La preocupación de los juristas estuvo centrada en las operaciones realizadas por los intermediarios financieros y sus efectos sobre la gran masa de pequeños ahorristas, hallando motivación especial en los diversos casos de insolvencia de varias empresas que perjudicaron directamente los ahorros de numerosas familias.

La importancia de los temas tratados en el evento nos sugirió aprovechar la ocasión para entrevistar a la distinguida Profesora Giovanna Visintini, a quien agradecemos su gentil disposición para absolver las preguntas planteadas por la Revista **ADVOCATUS**.

1. ¿Cuál ha sido la motivación para la elección del tema del Congreso sobre Mercado Financiero y Tutela del Ahorro?

El Congreso sobre Mercado Financiero y Tutela del Ahorro, fue sugerido por el Profesor Francesco Galgano, quien dirige la Revista "Contrato y Empresa". Esta publicación celebra, de esta manera, los 20 años desde el

inicio de sus actividades en 1985. La fórmula de la revista busca abrazar la temática del contrato como instrumento para realizar operaciones económicas con la empresa, también en su forma societaria. Se trata de una fórmula que ha encontrado una audiencia muy importante entre los estudios de abogados, los magistrados y también en estudios de comercialistas y bancos.

¹⁾ Entrevista realizada por la doctora Olerka Woolcott para la Revista **ADVOCATUS**.

²⁾ Fueron las palabras de inauguración del Congreso, dirigidas en la potencia introductiva realizada por el Profesor Francesco Galgano.

El tema del Congreso ha sido elegido tanto por la gran importancia que reviste para los miembros de la revista, como por las muchas escalas de refinanciamiento de empresas, presentados durante el último año en Italia. En el Parlamento se evalúan actualmente los proyectos de ley para la tutela del ahorro, sobretodo el concerniente al Texto Único Bancario que se quiere reformar.

2. ¿Hay una ley específica de tutela del ahorro?

En Italia no existe una ley específica para la tutela del ahorro; sin embargo, sí se norma la tutela del consumidor. Según algunas corrientes de opinión, la categoría "consumidor" podría abarcar también la del "ahorrista".

No hay una categoría, una legislación específica, que regule al ahorrista. Existe una norma programática en la Constitución italiana, en la cual se dice que la República favorece el ahorro, sobretodo el ahorro popular. Esta norma quiere incentivar en los ciudadanos el ahorro como actividad económica. Se sienta así el concepto, la directiva relativa a que el ahorro debe ser tutelado.

El Parlamento no ha elaborado ninguna ley programática sobre la tutela del ahorro. No ha cumplido este precepto constitucional. Ha dejado a la directiva comunitaria la legislación de "la tutela del consumidor".

La Constitución italiana, sin embargo, no habla de consumidores, habla de "ahorro". El legislador italiano, en la actualización del Derecho Comunitario, ha insertado en el Código Civil normas que prevén los puntos de los contratos de consumo y ha elaborado una ley regulando todo sobre el "derecho del consumidor". Estos derechos han incluido también el derecho a la información, a una adecuada información.

3. ¿Esta normativa comunitaria se refiere a las cláusulas abusivas?

Las cláusulas abusivas son cláusulas que deben ser consideradas junto con las cláusulas vejatorias previstas en el Código Civil, con referencia a la relación entre un profesional y un consumidor. Dentro del concepto de

consumidor, la jurisprudencia ha colocado también a los ahorristas, tanto así que la ABI (Asociación de la Banca Italiana), al elaborar las cláusulas estándar para los contratos que pueden celebrarse entre bancos y ahorristas, ha incluido la legislación sobre cláusulas vejatorias, tras revisar una serie de cláusulas en las NUBA (Normas Uniformes Bancarias), que son las cláusulas estándar que la ABI predispone, y que los bancos incorporan cuando realizan contratos individuales con sus clientes. No son estas cláusulas de obligatoria inclusión para los bancos, pero cuando algún banco las inserta en un contrato con algún cliente devienen en obligatorias. Algunas de las cláusulas de las NUBA no eran favorables al ahorrista; eran cláusulas que podían ser consideradas nulas a la luz de las normas sobre tutela del consumidor. Los jueces han sostenido que bajo las normas de tutela del consumidor se encuentran también los contratos entre los bancos y sus clientes, del tipo que estos sean.

4. ¿Cuál es la situación del ahorrista en Italia?, ¿es tutelado?

Podemos decir que vivimos en la era del ahorro en masa. Todos los minúsculos recursos de una multitud de pequeños ahorristas forman una gran riqueza, con la cual la empresa asume una enorme relación de obligaciones. Esto invade la realidad italiana.

La gran empresa ha encontrado un ahorro en masa conformado por pequeños ahorristas. La gran crisis que ha afrontado el equilibrio del sistema bancario este año ha sacudido la confianza de los ahorristas, creando el riesgo de agotar las fuentes de financiamiento de las empresas en Italia. Los remedios que son sugeridos por otros países de América y Europa se dan en varios niveles: repotenciando la autoridad del mercado, mediante una autoridad administrativa independiente, reformando el gobierno y la dirección y responsabilizando al intermediario financiero.

En Italia hay una ley sobre intermediación financiera que prevé una serie de obligaciones a cargo del intermediario financiero. Asimismo, la reciente reforma del Sistema del Derecho Societario ha sido

adoptada previendo, por ejemplo, la regla de la diligencia específica a cargo de los administradores, reforzando el sistema de la responsabilidad.

Por otro lado, existe la posibilidad de adoptar los instrumentos de tutela de la empresa colectiva, de la masa de los ahorristas. No es posible recurrir a instrumentos como las *class actions*. Esta es una dificultad propia del sistema de tutela italiana. De allí que la única posibilidad de defensa de los intereses de los pequeños ahorristas está en la apoyo de las situaciones del consumidor, considerando consumidor también al ahorrista, apoyando la iniciativa individual ahorrista y creando una solidaridad de grupo, (de una colectividad de ahorristas) que los ayude en sus relaciones consensuales.

5. ¿Cuál es la posición de la jurisprudencia con respecto a la tutela del ahorrista?

La jurisprudencia se ha expresado a favor del ahorrista y en contra de los bancos sobre la base de lo dispuesto por el Código Civil, pero sobretudo por el principio de la buena fe, de la confianza entre el cliente y el banco. Todos los ahorristas ameritan una tutela contra la carencia de información; existen en Italia sentencias que han condenado a los bancos que no han informado a sus clientes sobre los riesgos de sus inversiones. Las sanciones del incumplimiento pueden llevar a la nulidad del contrato por acción de los obligados. Estas sanciones son previstas por la legislación especial, con el fin de sancionar incluso penal y administrativamente el comportamiento incorrecto del intermediario.

El juez, para fundamentar una nulidad de contrato y consentir la restitución del capital invertido, ha tenido en cuenta la contrariedad del contrato celebrado por los bancos con las gestiones financieras del capital de los clientes. De allí que el cliente debe estar enterado de todo, porque, de lo contrario, el contrato de adquisición podría considerarse nulo. Buena parte de la doctrina y las sentencias encuadran esta problemática en el ámbito de la responsabilidad contractual o precontractual; en el incumplimiento de la obligación de cortesía y protección del cliente.

Esta es la mejor solución a la luz del Código Civil. Es difícil argumentar la nulidad por violación de un principio de orden público económico no previsto por ninguna norma imperativa. El comportamiento correcto se inserta en una actividad de promoción para incentivar las adquisiciones. El incumplimiento, si hay un contrato de gestión financiera entre el cliente y el banco, acarrea responsabilidad contractual, por la obligación de protección y de buena administración que se origina de dicho acuerdo.

Por ejemplo, el funcionario que abusa de la confianza del cliente que ha invertido todo su patrimonio, si hay conflicto de intereses –de los intereses del cliente con los intereses de los bancos– deberá responder a título personal por los daños causados y el banco deberá responder también por el comportamiento incorrecto. El legislador deberá regular a través de una ley el límite de la responsabilidad y del resarcimiento en estas situaciones.