



**UNIVERSIDAD DE OVIEDO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO Y DE LA EMPRESA**

**PROGRAMA DE DOCTORADO**

**EL DERECHO FRENTE A LOS RETOS DEL  
SIGLO XXI**

**TITULO DE LA TESIS DOCTORAL**

**TRANSFORMACION Y MODERNIZACION DE  
LOS SERVICIOS DE CONTRATACION  
BANCARIA CON CONSUMIDORES Y  
USUARIOS**

**AUTOR JUAN URIARTE CASTILLO**

**Oviedo, Junio, 2015**

<b>INDICE</b> .....	1
<b>ABREVIATURAS</b> .....	13
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	15
<b>I. LA CONTRATACION BANCARIA: PRESUPUESTOS</b> .....	21
<b>1. El contrato</b> .....	21
1.1 Evolución histórica del concepto de contrato.....	22
1.1.1 Concepción moderna de contrato.....	24
1.2 El contrato como fuente de obligaciones.....	26
<b>2. Naturaleza jurídica del contrato</b> .....	27
2.1 Evolución histórica.....	27
<b>3. La contratación en la actividad comercial</b> .....	32
3.1 Introducción.....	32
3.2 Notas caracterizadoras del contrato de comercio.....	34
3.2.1 Finalidad.....	34
3.2.2 Elemento subjetivo.....	37
3.2.3 Requisitos de existencia y validez de los contratos mercantiles.....	40
3.2.3.1 Consentimiento.....	40
3.2.3.2 El objeto del contrato.....	40
3.2.3.3 La causa del contrato.....	42
<b>II. LA TIPOLOGIA DE LA CONTRATACION BANCARIA Y SUS PARTICULARIDADES</b> .....	45
<b>1. El Derecho Bancario</b> .....	45
1.1 Fuentes del Derecho Bancario.....	46
1.1.1 Texto normativo.....	46

1.1.2 Usos bancarios, usos de comercio.....	48
1.1.3 Estatutos bancarios.....	49
1.1.4 Las condiciones generales de la contratación.....	50
<b>2. Los contratos bancarios.....</b>	<b>51</b>
2.1 Concepto.....	51
2.2 Caracteres.....	54
2.2.1 Contratos de empresa.....	54
2.2.2 Contratos atípicos.....	60
2.2.3 Utilizan condiciones generales de la contratación.....	60
2.2.4 Objeto de aplicación de la normativa de transparencia bancaria.....	61
2.2.5 Contratos <i>intuitu personae</i> .....	75
2.3 Tipología básica de los contratos bancarios.....	76
2.3.1 Ámbito subjetivo.....	76
2.3.2 Ámbito objetivo.....	78
2.3.2.1 Contratos bancarios pasivos.....	78
2.3.2.1.1 El depósito de dinero.....	78
a) concepto y clases	
b) naturaleza jurídica	
c) contenido del contrato	
d) titularidad y disponibilidad del dinero depositado	
e) la extinción del contrato	
2.3.2.2 Contratos bancarios activos.....	84
2.3.2.2.1 El préstamo bancario de dinero.....	84
a) caracteres	
b) contenido del contrato	

c) tipo de interés	
2.3.2.2.2 El contrato de apertura de crédito.....	91
2.3.2.3 Contratos bancarios neutros.....	92
2.3.2.3.1 El contrato de cuenta corriente.....	93
a) concepto	
b) cuenta corriente bancaria y cuenta corriente mercantil	
c) calificación jurídica del contrato de cuenta corriente	
d) contenido	
2.3.2.3.2 El contrato de asesoramiento del mercado de valores.....	100
a) concepto y naturaleza	
b) elemento subjetivo, las partes	
c) objeto del contrato	
d) contenido del contrato	
e) extinción del contrato	
2.3.2.3.3 El contrato de gestión de carteras.....	108
a) concepto y naturaleza	
b) actividad y cometido	
c) extinción del contrato	

### **III. EL RÉGIMEN ESPECÍFICO DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR DE PRODUCTOS BANCARIOS Y FINANCIEROS**

.....113

#### **1. Concepto de consumidor en la normativa general de consumidores y usuarios**

.....113

<b>2. Concepto de cliente bancario.....</b>	<b>116</b>
<b>3. Regulación normativa del <i>deber de información</i> en la comercialización de servicios financiero</b>	
.....	118
3.1 En la legislación del mercado de valores.....	118
3.2 En la normativa sectorial de las empresas que prestan servicios de inversión	
.....	121
3.2.1 Ámbito de aplicación.....	122
3.2.2 Forma de comunicación.....	122
3.2.3 Cualidades de la información.....	125
3.2.4 Ámbito subjetivo de la información.....	126
3.2.5 Tipología de la información a facilitar al cliente.....	129
3.2.5.1 Con relación al proveedor de servicios financieros.....	129
3.2.5.2 Información sobre los instrumentos financieros, <i>swap</i> .....	130
3.2.5.3 Información en cuanto a la gestión financiera.....	133
3.3 La información y la publicidad financiera.....	135
3.4 El incumplimiento del deber de información, análisis normativo y sus efectos	
.....	136
3.5 Las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores. La información y la comunicación.....	141
3.5.1 Notas introductorias.....	141
3.5.2 Ámbito de aplicación.....	142
3.5.3 La seguridad jurídica.....	142
3.5.4 La <i>Ley 29/2009 de modificación del régimen de competencia desleal (LCD)</i> . .....	143

**4. La obligación de evaluación en el mercado financiero, la normativa de la Directiva sobre mercados de Instrumentos Financieros (MIFID)**

.....	146
4.1 Antecedentes y transposición al ordenamiento jurídico español.....	146
4.2 Clases de clientes.....	149
4.3 El <i>test</i> de idoneidad y conveniencia.....	149
4.4 Las acciones preferentes; la inadecuada evaluación de los clientes.....	153
4.4.1 Notas introductorias.....	153
4.4.2 Las acciones preferentes como instrumento de autofinanciación de la sociedad anónima bancaria .....	154
4.4.3 La información.....	155
4.4.4 Notas finales.....	157
<b>5. Las cláusulas abusivas en los contratos bancarios.....</b>	<b>158</b>
5.1 Notas introductorias.....	158
5.2 Rasgos definitorios de las cláusulas abusivas.....	161
5.3 Cláusulas predispuestas, controles de inclusión y contenido.....	163
5.3.1 Control de inclusión y contenido en el contrato.....	163
5.3.1.1 Control de inclusión.....	164
5.3.1.2 Control de contenido.....	166
5.4 Tipología de cláusulas abusivas frecuentes incluidas en los contratos bancarios.....	167
5.4.1 Cláusulas en las que el banco declara no ser responsable en los supuestos de pérdida, sustracción o manipulación de tarjetas.....	168
5.4.2 Cláusulas que facultan a la entidad bancaria para resolver anticipadamente un préstamo bien por la imposibilidad de inscribir la hipoteca en el Registro de la Propiedad, bien porque el prestatario hubiera incumplido cualquiera de sus obligaciones.....	171

5.4.3	Cláusula que prohíbe el arrendamiento de la casa hipotecada.....	173
5.4.4	Incluir el pago de las costas procesales para el supuesto de ejecución hipotecaria.....	173
5.4.5	Renuncia expresa a ser notificado por la entidad en los supuestos de cesión del préstamo.....	174
5.4.6	Compensación del crédito con saldo a favor del deudor.....	174
5.4.7	Cláusula de remisión genérica a las tarifas aprobadas por la entidad.....	175
5.4.8	Cláusula por la que se determina e impone un fuero judicial al cliente para el supuesto de litigio.....	175
5.4.9	Cláusulas en las que se establece un reparto de responsabilidad entre cliente y banco, para el supuesto pagos de cheques que han sido robados, manipulados o falsificados.....	176
5.4.10	Cláusulas abusivas por intereses de demora desproporcionados y cláusulas suelo en préstamos hipotecarios.....	177
<b>6.</b>	<b>Prácticas abusivas y prácticas comerciales desleales.....</b>	<b>187</b>
6.1	Prácticas abusivas.....	187
6.1.1	Concepto.....	187
6.1.2	Prácticas abusivas y cláusulas abusivas.....	189
6.1.3	El consentimiento.....	190
6.1.4	La abusividad de las prácticas.....	191
6.1.5	Conclusión.....	192
6.2	Prácticas comerciales desleales.....	193
6.2.1	Concepto e interrelación de la legislación competencial con la legislación de consumo.....	193
6.2.2	Los deberes de información y su trascendencia en materia competencial.....	196
6.2.3	La aplicación de la <i>Directiva 2005/29/CE de 11 de mayo</i> en la comercialización de servicios financieros.....	198

6.2.4 Conclusiones.....	201
<b>IV. LA CONTRATACION BANCARIA ELECTRÓNICA.....</b>	<b>204</b>
<b>1. Justificación.....</b>	<b>204</b>
<b>2. Canales y medios de contratación.....</b>	<b>205</b>
<b>3. Influencia de las nuevas tecnologías en la actividad bancaria. La banca electrónica.....</b>	<b>210</b>
3.1 Introducción.....	210
3.2 Evolución hacia la banca electrónica.....	211
3.3 Las operaciones bancarias neutras en la contratación bancaria electrónica.....	215
3.4 Regulación normativa.....	216
3.4.1 Aspectos generales.....	216
3.4.2 Normativa aplicable.....	219
3.5 Concepto de contrato u operación bancaria electrónica.....	233
<b>4. Elementos contractuales.....</b>	<b>237</b>
4.1 Existencia del contrato .....	237
4.1.1 Las partes.....	237
4.1.1.1 El prestador de servicios.....	237
4.1.1.2 El destinatario del servicio en el marco de la <i>Ley de Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI)</i> .....	239
4.1.2 Consentimiento y momento de perfeccionamiento del contrato.....	239
4.1.3 Forma y lugar de celebración del contrato.....	245
4.1.3.1 Forma del contrato.....	245
4.1.3.2 Lugar de celebración del contrato.....	248
4.1.4 Tipología de contratos electrónicos.....	249



4.2 Comunicación de la información contractual.....	251
4.2.1 La oferta.....	251
4.2.2 Las comunicaciones comerciales.....	259
4.2.3 Publicidad e información.....	262
4.2.4 Las declaraciones publicitarias y la integración contractual de las mismas .....	266
4.2.5 El efecto vinculante de las declaraciones publicitarias.....	269
4.2.5.1 Aspectos generales.....	269
4.2.5.2 La publicidad como elemento esencial del contrato.....	271
4.2.6 La información precontractual.....	275
4.2.6.1 Justificación.....	275
4.2.6.2 Particularidades de la información precontractual.....	279
4.2.6.3 La información precontractual y el prestador del servicio.....	281
4.2.6.4 Los medios técnicos de identificación y corrección de errores.....	282
4.2.7 La información postcontractual.....	284
4.2.7.1 Justificación.....	284
4.2.7.2 Ámbito subjetivo.....	287
4.2.7.3 Plazo.....	288
4.2.7.4 Incumplimiento del deber de acuse de recibo.....	289
4.2.7.5 Información adicional.....	290
<b>5. El contrato electrónico como contrato de adhesión.....</b>	<b>292</b>
5.1 Las condiciones generales de contratación y la contratación electrónica.....	293
5.1.1 Notas introductorias.....	293

5.1.2 Naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación. Evolución y normativa aplicable.....	295
5.1.3 Las condiciones generales de la contratación en la contratación electrónica, su regulación normativa.....	301
5.1.3.1 Regulación de las condiciones generales de la contratación en la <i>Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC)</i> .....	302
5.1.3.2 Regulación de las condiciones generales de la contratación en la <i>Ley de Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI)</i> .....	305
<b>6. La comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores</b>	
.....	306
6.1 Régimen aplicable.....	309
6.2 Regulación normativa de la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores.....	310
6.2.1 Regulación europea.....	310
6.2.1.1 Justificación de la Directiva 2002/65/CE de 23 de septiembre.....	311
6.2.1.2 Objetivo de la Directiva.....	313
6.2.2 Regulación nacional.....	315
6.2.2.1 Ámbito de aplicación objetivo.....	315
6.2.2.1.1 Los servicios financieros.....	316
6.2.2.1.2 Acuerdo inicial y operaciones sucesivas.....	316
6.2.2.1.3 Contrato celebrado a distancia.....	317
6.2.2.1.4 Sistema de venta o prestación de servicios organizado por el proveedor .....	318
6.2.2.2 Ámbito de aplicación subjetivo.....	319

6.2.2.2.1 El proveedor de servicios financieros a distancia.....	319
6.2.2.2.2 El cliente-consumidor .....	321
6.2.2.2.3 El proveedor de técnicas de comunicación a distancia .....	325
6.2.2.3 La imperatividad de la Ley .....	325
6.2.2.4 Forma del contrato.....	326
<b>6.3 El derecho de información del consumidor en la contratación a distancia de servicios financieros.....</b>	<b>327</b>
6.3.1 Justificación.....	327
6.3.2 La información precontractual.....	331
6.3.2.1 Notas previas.....	331
6.3.2.2 Contenido de la información precontractual.....	333
6.3.2.2.1 Información referente al proveedor.....	333
6.3.2.2.2 Información relativa al servicio financiero.....	334
6.3.2.2.3 Información en cuanto al contrato a distancia.....	335
6.3.2.2.4 Información en cuanto a los medios de reclamación e indemnización.....	335
6.3.2.2.5 Información en los supuestos de comunicación a través de telefonía vocal.....	336
6.3.2.2.6 Información adicional.....	337
6.3.2.3 Forma de comunicación de las condiciones contractuales y de la información previa al contrato.....	337
6.3.2.3.1 Comunicación de las condiciones contractuales y de la información previa.....	338
6.3.2.3.2 Comunicación de la información tras la celebración del contrato.....	343

6.3.2.4 Derecho a obtener la información en soporte duradero a lo largo de la vida del contrato, y a cambiar de técnica de comunicación a distancia.....	344
6.4 Momento de la perfección del contrato.....	345
6.5 El incumplimiento de los deberes de información.....	346
6.5.1 Efectos civiles por incumplimiento de los deberes de información.....	348
6.5.2 Efectos o responsabilidades administrativas por incumplimiento de los deberes de información.....	350
<b>7.- El derecho de desistimiento como mecanismo de protección del consumidor y usuario.....</b>	<b>352</b>
7.1 Notas previas.....	352
7.2 Régimen jurídico del derecho de desistimiento y la contratación a distancia.....	354
7.3 Características del derecho de desistimiento.....	357
7.3.1 Atribución y ejercicio del derecho de desistimiento.....	357
7.3.2 Plazo de ejercicio.....	358
7.3.2.1 Regulación nacional.....	358
7.3.2.1.1 En el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) .....	358
7.3.2.1.2 En la Ley de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores (LCDSFC) .....	359
7.3.2.2 Regulación europea.....	362
7.3.2.3 El <i>dies a quo</i> en la normativa europea.....	364
7.3.2.3.1 La <i>Directiva 2008/122/CE de 14 de enero de 2009</i> relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio.....	364

7.3.2.3.2 La <i>Directiva 2008/48/CE de 23 de abril</i> , relativa a los contratos de crédito al consumo.....	365
7.3.2.3.3 La <i>Directiva 2002/65/CE de 23 de septiembre</i> , del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores.....	365
7.3.2.3.4 En el <i>Proyecto Marco Común de Referencia (Draft Common Frame of Reference, DCFR)</i> .....	366
7.3.2.3.5 La <i>Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores</i> .....	368
7.3.2.3.6 En la Propuesta de ley común de compraventa europea ( <i>Common European Sales Law-CESL</i> ).....	368
7.3.2.4 El <i>dies ad quem</i> en la normativa europea.....	369
7.3.2.4.1 En las Directivas europeas especiales en materia de consumo.....	369
7.3.2.4.2 En el <i>Proyecto Marco Común de Referencia (DCFR)</i> .....	371
7.3.2.4.3 En la <i>Directiva 2011/83/UE</i> del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre sobre los derechos de los consumidores .....	371
7.3.2.4.4 En la <i>Propuesta de ley común de compraventa europea (Common European Sales Law, CESL)</i> .....	372
7.3.3 Efectos del ejercicio del derecho de desistimiento.....	373
7.3.4 La restitución de las prestaciones.....	374
7.3.5 Efectos contractuales tras el ejercicio del derecho a desistir.....	376
7.3.6 Derecho de desistimiento y contratos vinculados.....	376
<b>V. CONCLUSIONES</b> .....	378
<b>VI. BIBLIOGRAFIA</b> .....	391

## **ABREVIATURAS**

<b>BOE</b>	Boletín Oficial del Estado
<b>CC</b>	Código Civil
<b>CCo</b>	Código de Comercio
<b>CE</b>	Constitución Española
<b>CEE</b>	Comunidad Económica Europea
<b>CECA</b>	Confederación Española de Cajas de Ahorro
<b>CV</b>	Convención de Viena de 1980
<b>DCFR</b>	Marco Común Europeo de Referencia ( <i>Draft Common Frame of Reference</i> )
<b>DGRN</b>	Dirección General de los Registros y del Notariado
<b>DCD</b>	Directiva relativa a las prácticas comerciales desleales
<b>EHA</b>	Orden del Ministerio de Economía y Hacienda
<b>ICO</b>	Instituto de Crédito Oficial
<b>LCC</b>	Ley de Crédito al Consumo
<b>LCD</b>	Ley de Competencia Desleal
<b>LCDSFC</b>	Ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores
<b>LCGC</b>	Ley de Condiciones Generales de la Contratación
<b>LDIEC</b>	Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito
<b>LEC</b>	Ley de Enjuiciamiento Civil
<b>LGDCU</b>	Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios
<b>LGP</b>	Ley General de Publicidad
<b>LISI</b>	Ley de Impulso de la Sociedad de la Información
<b>LMISI</b>	Ley de Medidas de Impulso de la Sociedad de Información
<b>LMPCU</b>	Ley de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios
<b>LMV</b>	Ley del Mercado de Valores
<b>LOB</b>	Ley de Ordenación Bancaria
<b>LOCM</b>	Ley de Ordenación del Comercio Minorista
<b>LOPD</b>	Ley Orgánica de Protección de Datos

<b>LSSI</b>	Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico
<b>LSP</b>	Ley de Servicios de Pago
<b>MIFID</b>	<i>Markets in Financial Instruments Directive</i> . Evaluación de clientela
<b>RDBB</b>	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
<b>RDMV</b>	Revista de Derecho del Mercado de Valores
<b>RDNT</b>	Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías
<b>RDP</b>	Revista de Derecho Privado
<b>RDM</b>	Revista de Derecho Mercantil
<b>RDMV</b>	Revista de Derecho del Mercado de Valores
<b>RDL</b>	Real Decreto Ley
<b>RJ</b>	Repertorio de Jurisprudencia
<b>SAP</b>	Sentencia de la Audiencia Provincial
<b>SJPI</b>	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia
<b>SSTS</b>	Sentencias del Tribunal Supremo
<b>STS</b>	Sentencia del Tribunal Supremo
<b>TJCE</b>	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
<b>TRLGDCU</b>	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
<b>UE</b>	Unión Europea

## **INTRODUCCION**

1.-La irrupción en la actividad comercial de los medios telemáticos, ha obligado a nuestro legislador a iniciar de manera, podemos decir urgente, un proceso de adaptación de la materia regulatoria existente, a las exigencias de la contratación electrónica en todas las áreas de la actividad comercial, no solo del comercio minorista, sino también, en el ámbito de la contratación bancaria.

La contratación electrónica, en cualquier ámbito, que duda cabe supone para el proveedor un excelente medio para ampliar su mercado de servicios, pudiendo acceder a mayor numero de potenciales clientes. Igualmente, al desarrollarse sin la presencia física de las partes, el proveedor reduce costes de instalaciones y personal, permitiéndole ajustar las comisiones y gastos de los servicios que comercializa de manera atractiva para el consumidor, y competitiva en el mercado en el que participan otros proveedores.

Si bien las bondades de la contratación a distancia son evidentes para ambas partes, proveedor y consumidor, nos encontraremos en la mayor parte de las ocasiones con contratos de adhesión integrados con cláusulas predispuestas redactadas por el proveedor y en los que el consumidor poco, o nada, ha tenido ocasión de intervenir, generándose de hecho una situación clara de desequilibrio entre las partes en la relación contractual.

Dada la situación de desequilibrio en la relación contractual, se hace preciso un seguimiento puntual del cumplimiento por parte del proveedor de los deberes de información precontractuales en torno al servicio o bien que se comercializa, así como de la tutela del derecho desistimiento, uno de los principales medios del Derecho de consumo para defender los derechos de los consumidores.

Especial relevancia cobra este deber de información precontractual, y también el derecho de desistimiento, cuando la materia a la que nos referimos es la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores, a la contratación bancaria en suma, en la que interviene un consumidor.

Debemos ser conscientes que la entidad bancaria tiene acceso a información relevante y anticipada que le permite actuar en el mercado con ventaja frente al consumidor, y en ciertas situaciones, frente a otras entidades, esto es, cuenta con mayor volumen de datos a la hora de lanzar un nuevo producto al mercado. El consumidor recibirá la información tasada por la norma, y dese luego, nunca menos.

En consecuencia, la situación de asimetría informativa y negocial en la contratación electrónica, trasladada a la actividad bancaria, entraña determinados



riesgos en perjuicio del consumidor que es preciso minimizar perfilando y determinando los mecanismos de protección de los derechos del consumidor, siendo este el motivo por el que se plantea esta investigación.

Es evidente, que la contratación electrónica en general y la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores, en particular, supone un gran paso y mejora en la actividad comercial en todos los sentidos, no solo de ventas, sino de ahorro de costes a los proveedores y abaratamiento de costes para los consumidores, pero nos obliga a ser rigurosos en el control de cumplimiento de los deberes de información, así como de los mecanismos de protección del consumidor frente a las cláusulas y prácticas abusivas desleales..

El legislador debe ser cauto y vigilante en todo momento, pues la laxitud en la aplicación de los textos regulatorios que determinan las obligaciones informativas, dan al traste con las bondades de este modo de contratar, suponiendo un riesgo tal que el consumidor acabe por evitar la contratación a distancia.

En la coyuntura socioeconómica moderna, y en particular en la contratación privada donde se incardina el Derecho patrimonial, los pilares sobre los que se sustenta la decisión de contratar son la información, los deberes de información que el proveedor de servicios debe facilitar al consumidor, y el derecho de desistimiento, derecho que aparece en el derecho contractual como figura novedosa, y que permite a quien lo ejercita, desvincularse de la relación contractual sin justificación alguna, y que deviene en la ineficacia contractual.

Conforme a lo anteriormente expuesto, el desarrollo de este trabajo mantiene como objetivo común la protección del consumidor en la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores. La protección y tutela de los derechos del consumidor encuentra su máxima manifestación en el cumplimiento del deber de información precontractual por parte del proveedor, así como en el derecho de desistimiento como un mecanismo de protección más del consumidor, y siempre, desde la órbita de un Derecho de consumo parejo al Derecho competencial.

**2.-** Como objetivo general de la presente tesis doctoral, me he propuesto investigar la contratación electrónica en sentido amplio como un nuevo modo de contratar en el área de consumo y de la contratación bancaria, otorgando especial relevancia a la necesaria interrelación entre Derecho de Consumo y Derecho Competencial.

Dentro de este cometido general, se aborda especialmente el estudio de las particularidades de la contratación electrónica; el desarrollo y estudio de los mecanismos de protección de los derechos del consumidor: los deberes de información

precontractuales y el derecho de desistimiento como máxima expresión del carácter tuitivo de la normativa de consumo y regulaciones específicas, así como el desarrollo normativo en el ámbito nacional y europeo.

A mayor abundamiento entendemos era necesario el estudio e investigación de la contratación bancaria en la actividad comercial, sus notas caracterizadoras; la dependencia y relación entre Derecho Mercantil y Derecho Común como materias integradoras del Derecho patrimonial. Por ser materias plenamente actuales, y por su gran trascendencia en las relaciones con clientes, en los apartados finales de esta tesis se realiza un análisis teórico y práctico de los mecanismos de protección del consumidor de productos bancarios y financieros; el desarrollo y análisis de las prácticas abusivas, y las eventuales prácticas comerciales desleales que la acompañan en la contratación bancaria, así como el estudio e investigación de las nuevas tecnologías en la contratación bancaria, como es la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores.

**3.-** Conforme lo expuesto, este estudio sobre la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores, se ha dividido en cuatro capítulos. Los dos primeros capítulos se han planteado siguiendo un orden, o criterio introductorio, en la materia de la contratación bancaria en general, abordando sus rasgos característicos desde la base del concepto general de la teoría del contrato y, tras tratar lo general, se acomete la especialidad de la contratación bancaria estudiándose y pormenorizadamente los diversos tipos de contratos bancarios, así como las peculiaridades que cada uno presenta tanto desde el enfoque teórico como el práctico, pues el conocimiento pormenorizado de los mismos nos permite tomar razón en cuanto a la trascendencia e implicación que en los mismos tienen la normativa aplicable en cuanto a información y cláusulas abusivas.

Tras el planteamiento y desarrollo de la contratación bancaria y sus particularidades, se acomete el estudio e investigación de los mecanismos de protección del consumidor de productos bancarios y financieros, haciendo hincapié en la normativa aplicable a la contratación bancaria con consumidores en cuanto al deber de información al consumidor, deber de información que es tratado en profundidad tanto desde el punto de vista doctrinal, como desde su regulación normativa, y en particular la normativa europea, la Directiva sobre mercados e instrumentos financieros (MIFID) referida a los deberes de evaluación de la clientela. Asimismo, como cierre de este capítulo tercero, se acomete el estudio e investigación pormenorizada en cuanto a las cláusulas y prácticas abusivas incluidas en los contratos bancarios, así como de las prácticas comerciales desleales, desde un planteamiento regulatorio, doctrinal y jurisprudencial.

Una vez abordada la materia previa y necesaria para el desarrollo final de estas tesis, se estudia e investiga sobre el campo de la contratación bancaria electrónica, como un novedoso modo de contratar, estudiando el contrato electrónico desde la óptica del derecho de contratos con las particularidades que presenta la contratación electrónica, haciendo referencia a sus rasgos más característicos como la de ser contratos de adhesión; estar integrado por condiciones generales de la contratación. Asimismo particularizamos en los deberes de información tanto precontractuales como posteriores a la celebración del contrato, así como a la trascendencia jurídica de la información en la formación de la voluntad contractual, y en consecuencia en la manifestación del consentimiento.

Por último, y dentro de este capítulo de cierre, abordamos la materia específica que da título a esta tesis, la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores. Se profundiza de forma específica en este campo, partiendo de la regulación normativa en esta área, tanto europea como nacional, y en particular de la Ley de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores (LCDSFC). Igualmente se aborda el tratamiento del derecho de desistimiento como mecanismo de protección del consumidor y usuario en la normativa aplicable, así como en los actuales trabajos entorno al Proyecto Marco Común Europeo de Referencia (Draft Common Frame of Reference-DCFR) y a la propuesta de Ley Común de Compraventa Europea (Common European Sales Law-CESL).

**4.-** Para la elaboración de esta tesis me he servido de la metodología propia llamada del método histórico básicamente identificable en el devenir doctrinal y legislativo que experimenta la figura de contrato en el Derecho privado, partiendo de los pilares asentados por nuestro Código Civil, hasta la evolución del contrato electrónico.

Asimismo he seguido la metodología comparativa en cuanto al análisis y puesta en común de los diversos textos normativos nacionales y europeos, que atañen a la contratación electrónica, la contratación con condiciones generales de la contratación y el empleo de cláusulas y prácticas abusivas desleales. A mayor abundamiento, y a tenor de esta metodología comparativa, se pormenoriza a lo largo de este trabajo en el tratamiento legislativo comparativo de los deberes de información precontractuales, y del derecho de desistimiento, teniendo siempre en consideración los principales proyectos que son base del futuro acervo comunitario de consumo, como son el Marco Común Europeo de Referencia (Draft Common Frame of Reference-DCFR) y a la propuesta de ley Común de Compraventa Europea (Common European Sales Law-CESL).

La argumentación de esta tesis parte del estudio e investigación en profundidad de la contratación bancaria, partiendo de una línea argumental esencial y general, para abordar necesariamente las peculiaridades y características de la extensa casuística contractual bancaria. Al ser el consumidor, cliente, parte esencial en la relación jurídica relativa a la comercialización de productos bancarios y financieros, se ha analizado y estudiado la normativa aplicable tanto nacional como transnacional relativa a los deberes de información en la comercialización de servicios financieros; el régimen específico de protección del consumidor de productos bancarios y financieros, así como el impacto y trascendencia de las prácticas comerciales desleales, prácticas abusivas y las cláusulas abusivas.

Tras la argumentación inicial en la que se ha estudiado e investigado profusamente con relación a la contratación bancaria en general, su tipología, casuística y régimen de protección del consumidor, en especial el deber de información por parte de los proveedores de productos bancarios y financieros, he acometido el estudio y análisis de la especificidad de la contratación bancaria, la contratación bancaria electrónica, que no es un contrato nuevo, sino un nuevo modo de contratar donde irrumpen las nuevas tecnologías. He tratado toda la normativa que le es aplicable a la contratación bancaria electrónica, buscando puntos de encuentro entre estas normas y argumentando y concluyendo sobre la necesidad de evitar en la medida de lo posible la dispersión legislativa, haciendo hincapié en los mecanismos de protección del consumidor que se edifican sobre dos pilares esenciales: el derecho de información del consumidor de productos bancarios y financieros, con el correlativo deber de información del proveedor, y el derecho de desistimiento, analizado este derecho tanto desde la normativa nacional como transnacional.

**5.-** En cuanto a la técnica empleada en esta tesis se ha optado por acudir a la búsqueda y examen de doctrina, normativa y jurisprudencia nacional, así como de aquellos proyectos de unificación legislativa europea ya citados. Asimismo se han traído a colación los proyectos normativos que dentro de nuestro ámbito nacional supondrán un importante paso para la modernización del Derecho Civil (Propuesta de modificación del Código Civil en materia de obligaciones y contratos), y del Derecho Mercantil (Propuesta de Código Mercantil).

Los textos utilizados lo han sido prácticamente en su totalidad, en versión impresa, acudiendo a revistas especializadas, monografías o bien artículos insertos en obras recopilatorias o generalistas. Las referencias o notas de internet, son escasas, y toda consulta es recogida con un pie de página identificativos de su procedencia y fecha de consulta, al objeto determinar la actualidad del texto.

La determinación de la materia, obliga a definir, estudiar e investigar la contratación bancaria en general y en particular así como el empleo del clausulado en los contratos de adhesión, las cláusulas abusivas y prácticas desleales, así como la incidencia que el empleo de las mismas tienen en la validez del contrato, para lo que hemos acudido a la doctrina que de manera más específica aborda este planteamiento.

Tras el estudio e investigación de la materia contractual bancaria y electrónica, hemos acudido a la normativa aplicable específica sobre la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores, así como a la doctrina que sobre el particular se ha publicado. Lo anterior nos ha permitido plantear diversas cuestiones de estudio y planteamiento de dificultades encontradas, así como la sugerencia de mejoras, aunque sea a título académico.

Dado que a lo largo de este trabajo, la referencia al cliente, al consumidor, es continua y esencial, he seguido el recurso técnico de tratar de formar un criterio único referido a la figura del cliente-consumidor. Asimismo, se ha estudiado e investigado sobre los puntos de encuentro existentes en la dispersa normativa aplicable, de tal forma que los planteamientos y propuestas que se hacen en esta tesis, van técnicamente dirigidos a plantear la necesidad de la efectiva protección de los derechos del consumidor, partiendo de la normativa aplicable específica, pero teniendo siempre por referente el texto normativo esencial en materia de consumo, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU).

## **I. LA CONTRATACION BANCARIA: PRESUPUESTOS**

La actividad contractual bancaria viene regulada especialmente en el CCo<sup>1</sup>, independientemente de sus rasgos caracterizadores e informadores que recibe del CC como fuente supletoria.

Se hace preciso examinar previamente al estudio de la contratación bancaria en particular, los rasgos caracterizadores, y la evolución histórica del concepto de “contrato”, que ha venido adaptándose a la evolución de los mercados y a la actividad profesional de las personas.

### **1. El contrato**

La habitualidad en la utilización del término “contrato” requiere acometer el sentido y concepto del mismo, al objeto presentarlo como la institución jurídica esencial en las relaciones humanas en cualquiera de sus múltiples y diversas actividades negociales.

El contrato es una institución capaz de producir efectos jurídicos efectivos entre las partes que lo suscriben, y frente a terceros<sup>2</sup>, y así lo dispondrá el ordenamiento jurídico obligando a los que lo suscriben a atenerse a lo pactado<sup>3</sup>.

No solo se circunscribe el contrato al ámbito jurídico privado, sino también al ámbito jurídico público.

Las diversas Administraciones Públicas en su hacer negocial de competencias recurren a la figura contractual como medio y modo de desarrollar su actividad en sus relaciones con particulares, con los administrados, siendo dichos contratos, plasmación de acuerdos de voluntades, no acto administrativo imperativo dispuesto por la Administración<sup>4</sup>, y prueba de ello, de la recurrencia al contrato como medio habitual en la actividad administrativa pública es la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público (LCSP), y la Ley 31/2007 de 30 de octubre que regula los diversos procesos de contratación en los sectores del agua, energía, los transportes y los servicios postales.

---

<sup>1</sup> Cfr. Arts. 177 a 183 del CCo; «Bancos de emisión y descuento»; arts.199 a 211 «Compañías o bancos de crédito territorial»; Art. 212 «De las reglas especiales para los bancos y sociedades agrícolas.».

<sup>2</sup> Cfr. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L; «Derecho mercantil de obligaciones», 2010, Tomo I, p.509.

<sup>3</sup> Cfr. Art. 1254 del CC

<sup>4</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.; p.1339 en GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.; «Derecho Mercantil de Obligaciones», 2010, Tomo I, p.512.

La LCSP no es sino expresión de la voluntad de regular la contratación en todo el sector público, garantizando que las relaciones entre las partes se ajusten a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato con, y para los candidatos, y optando en su caso por la oferta u opción que resulte más ventajosa para la Administración, en el sentido de organismo que representa el conjunto de intereses del Estado, de los ciudadanos.

### **1.1 Evolución histórica del concepto de contrato**

El Derecho romano no consideraba el contrato como vínculo que surge por libre voluntad de los contratantes y que esta destinado a regir la relación entre las mismas, sino como reglamentación de una particular situación de intereses surgida de las relaciones entre las partes.

El Derecho romano hace hincapié en la sociedad política, en el Derecho, donde el individuo es su columna vertebral, integrado en dicha sociedad con un determinado *status* y unas reglas de convivencia compartida<sup>5</sup>.

El individuo, sí tiene, una esfera amplia de libertad, pero siempre orientada a reglamentar sus intereses de forma concreta y determinada, estableciéndose contratos determinados para cada situación donde se conocen que intereses deben ser regulados.

Se distingue en Derecho romano entre contratos y préstamos, representando categorías distintas<sup>6</sup>.

Como contratos, se hacía referencia a un determinado número de situaciones reglamentadas, desconociéndose el contrato como categoría general. El Derecho romano, establecía en consecuencia un *numerus clausus* de contratos nominados en coexistencia con los que se denominaban préstamos, entendidos estos como fuente de obligaciones surgidas por la recepción de una cosa y cuyo receptor venía obligado a devolverla.

Hasta el periodo republicano romano, no se consideraba vinculante jurídicamente el acuerdo de voluntades entre ciudadanos libres, y solo respecto a tipos contractuales sancionados por la buena fe, así, contrato tenía un significado de vínculo obligacional no de negocio.

---

<sup>5</sup> Cfr. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L; «Derecho mercantil de obligaciones», 2010, Tomo I, p. 514.

<sup>6</sup> Cfr. GARCÍA GARRIDO, M. J.; «Derecho privado romano», 1985, Tomo I, p.263; en GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L; «Derecho mercantil de obligaciones», 2010, Tomo I, nota pie de página 1344, p. 514.

Posteriormente surgirán los contratos literales, consistentes en la inscripción o registro del débito en los libros de contabilidad doméstica, pero aún todavía sin entenderse la categoría general del contrato, esto es, manteniendo el *numerus clausus*, y también nos encontraremos con los contratos reales surgidos por la entrega de una cosa que generaba la obligación de restituirla.

En la Edad Media si se había formado un concepto general de contrato, pero la influencia del Derecho romano es patente y la figura de los *pacta* no representaba sino la existencia de meras relaciones obligacionales naturales.

Es a raíz del Derecho canónico cuando realmente nace el contrato como concepto general. Inspirado el Derecho canónico en la defensa de la Verdad, proclamaba los valores de buena fe y veracidad como fundamentales en las relaciones humanas, por lo que todo aquel que conviniera en obligarse, venía en consecuencia obligado a cumplir lo comprometido, incumplir lo prometido para el Derecho canónico tenía una sanción adicional, como era ser considerado pecado<sup>7</sup>.

La práctica comercial medieval, su agilidad y flexibilidad, se impondrán a viejas estructuras y esquemas civiles, introduciendo también un concepto de respeto a los pactos establecidos en las relaciones entre comerciantes, encontrándonos y también con las oportunas sanciones y tutela en los tribunales a través de las sentencias judiciales.

Esta suma de corrientes van perfilando el concepto que tenemos de “contrato” en la contratación moderna, destacándose ya los pilares de la contratación como son el consensualismo y la generalidad del concepto de contrato, dejándose de un lado aquel estricto *numerus clausus* romano.

La influencia del Derecho canónico ha sido decisiva en cuanto a dotar al compromiso veraz y voluntario de las partes en su relación jurídica, de fuerza obligacional indiscutible, generándose la correspondiente acción para hacer cumplir lo prometido.

Esta idea se extiende a todos los ámbitos jurídicos, y especialmente al Derecho mercantil donde cobra especial relevancia la actividad e influencia la jurisdicción Consular que tutelaré y sancionará jurisprudencialmente la actividad de las corporaciones de los mercaderes.

---

<sup>7</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, L.; «Fundamentos de Derecho civil patrimonial», 1970, Tomo I, p.87.



Las relaciones comerciales, el carácter mercantil de la sociedad y de la burguesía de los siglos XVII y XVIII, motivarán que esta parte del Derecho patrimonial que es el Derecho de contratos, se oriente al servicio de la actividad mercantil<sup>8</sup>.

La posición iusnaturalista entiende que el Hombre, su libertad individual, sus derechos son considerados como innatos en él, no otorgados por el ordenamiento jurídico, y por eso el contrato se entiende como una categoría general y abstracta, abierta, resultando ser el contrato un acuerdo, o convenio libre entre personas libres, que gozan de plena autonomía de voluntad para obligarse y pactar.

#### 1.1.1 Concepción moderna de contrato

La denominada autonomía de la voluntad será en definitiva lo que conformará la concepción moderna de contrato, así de los textos de nuestro derecho positivo se extrae esta posición como reza el artículo 1254 del CC en el sentido de considerar que el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosas o prestar algún servicio, es en definitiva un acuerdo de voluntades.

El Derecho no es sino un conjunto de figuras contractuales, el contrato es el pilar, y su ausencia, es también la del Derecho<sup>9</sup> y partiendo siempre de la libertad en el acuerdo de voluntades de las partes intervinientes, iguales en la relación contractual con los únicos límites de no ser contrarios a la ley, la moral y el orden público<sup>10</sup>.

No es reducible el concepto moderno de contrato a un esquema, o axioma rígido, pues el contrato tiene una vocación expansiva en todo nuestro ordenamiento jurídico, y desde esta perspectiva podemos considerar varios conceptos de contratos, así nos planteamos:

a) Un concepto global, o supra-contrato<sup>11</sup>, aplicable a todas las áreas del Derecho, tanto Público como Privado e Internacional que englobaría los Tratados internacionales, los contratos de obras de las Administraciones con particulares, los acuerdos entre Autonomías, los contratos administrativos y los contratos entre particulares.

---

<sup>8</sup> Cfr. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.; «Derecho mercantil de obligaciones», 2010, Tomo I, p.517.

<sup>9</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, L.; «Fundamentos de Derecho civil patrimonial», 1970, Tomo I, p.88.

<sup>10</sup> Cfr. Art. 1255 del CC

<sup>11</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, L.; «Fundamentos de Derecho civil patrimonial», 1970, Tomo I, p.89.

b) Un concepto estricto de Derecho Privado, donde la bilateralidad es el rasgo denominador común, así consideraríamos los contratos de compraventa, arrendamiento, y también aquellos contratos de Derecho de familia y Derecho de sucesiones.

El criterio de bilateralidad a que hacemos mención, no es seguido por el Derecho anglosajón que mantiene la figura del contrato unilateral<sup>12</sup>, pues los ingleses no reconocen ese concepto de negocio jurídico de nuestro entorno, aunque no obstante, se va extendiendo en la cultura anglosajona la idea de contrato como acuerdo de voluntades (*agreement*).

La promesa unilateral de contrato anglosajona, en Derecho inglés y Derecho escocés, es aceptada, siempre y cuando la misma se lleve a cabo formalmente, en documento solemne (*under seal*).

c) Un concepto patrimonialista, aplicado por la doctrina civilista que entiende el contrato como aquellos negocios jurídicos bilaterales que inciden sobre relaciones jurídicas de naturaleza patrimonial, siendo en definitiva estos presupuestos su rasgo definitorio: negocio jurídico patrimonial de carácter bilateral.

El contrato es acto jurídico y es norma, reglamentación, acuerdo.

Es acto jurídico en cuanto a acción de los interesados a la que el ordenamiento jurídico le atribuye efectos jurídicos; y es norma, o revestimiento normativo, en cuanto las voluntades de las partes se plasman en el acuerdo, acuerdo que será la ley reguladora de esta relación jurídica, la reglamentación contractual o *lex contractus*.

La relación jurídica contractual, no debe confundirse con el concepto de contrato, el contrato es acto jurídico y norma, y la relación jurídica contractual es la nueva situación que se crea tras ese acto y esa conformación de la norma que regirá sus relaciones, esto es, es la posición en que las partes se sitúan después de haber firmado el contrato, pues una cosa es el negocio jurídico en sí de la compraventa, el contrato de compraventa, y otra distinta la relación jurídica que se crea, modifica o extingue con relación a la compra y venta del bien.

El contrato, en su concepto moderno de contrato, requerirá para convertirse en una realidad negocial de la concurrencia de los elementos que lo revisten de la categoría de negocio jurídico, y que se determinan en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 1261 del CC, estimando que no hay contrato si no concurren las circunstancias de consentimiento de los contratantes, objeto cierto del contrato (definir

---

<sup>12</sup> Cfr. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.; «Derecho mercantil de obligaciones», 2010, Tomo I, p. 520.

en suma cual es la materia del contrato), y que exista causa de la obligación que se establezca. Tres son en suma, los elementos determinantes del contrato: consentimiento, objeto y causa.

## **1.2 El contrato como fuente de obligaciones**

El porqué obligan los contratos, porqué son fuente de obligaciones, no se reduce al acuerdo de voluntades.

Desde un punto de vista individualista, los hombres, libres e iguales se someten a un poder político por un acuerdo, por un contrato social, de tal modo que asumen las obligaciones que de tal acuerdo se derivan, contrato como generador de obligaciones.

En la relación establecida entre las partes, existe voluntariedad y disposición, buen fe, no se entiende de otra manera si lo que se pretende es establecer expectativas razonables para el compromiso que se crea.

El componente ético, no es suficiente, los simples pactos o acuerdos, no son dotados por nuestro ordenamiento jurídico de acción efectiva para hacerlos valer, tanto es así que se exige por nuestro ordenamiento jurídico determinados requisitos con los de determinada forma para la eficacia del contrato<sup>13</sup>, pues no olvidemos que el fin del contrato no es otro sino el de conseguir fines concretos con trascendencia jurídica en las relaciones entre las partes.

Desde una perspectiva positivista, la obligatoriedad del contrato radica en que una norma de grado superior, la ley, la costumbre, dota a ese acuerdo de voluntades de fuente generadora de derecho otorgándose a las partes la capacidad de reglamentar sus intereses económicos y particulares.

Faltaría un elemento complementario a los ya citados ético y positivista, como es el de la autonomía de la voluntad.

El contrato es la forma y manera en que las personas se relacionan en nuestra sociedad civil cuando quieren crear situaciones con trascendencia jurídica, regular sus intereses, su acuerdo de voluntades es sancionado por la ley, es en consecuencia un modo de autogobierno, la autonomía privada pero que trasciende al concepto de ser una auténtica institución, un fenómeno establemente regulado, en contraposición a arbitrario, y que al estar dotado de este carácter institucional le confiere el fundamento de su obligatoriedad.

---

<sup>13</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, L.; «Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial», 1970, Tomo I, p. 91.

El contrato como acto jurídico, es un compromiso, compromiso contractual que independientemente de su capacidad generadora de obligaciones, tiene un efecto coactivo: «Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos» (art. 1091 del CC) como acto jurídico que es, de tal suerte que se acude voluntariamente a la contratación y una vez formalizado el contrato, se crea un efecto coactivo entre las partes de tal manera que podemos hablar de la intangibilidad unilateral del contrato: «La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes» (art.1256 del CC), de tal forma que las partes que lo suscriben se prohíben poner en duda la situación jurídica creada. Se crea un deber de conducta y sujeción, del que no se puede desvincular unilateralmente, salvo las excepciones previstas como es el derecho de desistimiento regulado específicamente en los supuestos en que pudiere acontecer<sup>14</sup>.

## **2. Naturaleza jurídica del contrato**

### **2.1 Evolución histórica**

Da lugar a intenso estudio cual es el criterio que determinará la íntima relación entre los aspectos civiles, propiamente regulados por el CC, y los rasgos que lo circunscriben en el CCo

El Derecho mercantil de contratos se engloba en el Derecho privado patrimonial, donde encuentra sus fuentes mayoritariamente, y donde se haya su regulación, el Código Civil de 1889 y el Código de Comercio de 1885.

No existe noción específica de contrato mercantil, pues este descansa sobre la del contrato civil, del contrato en general, entendido contrato como un supra concepto de la ciencia jurídica, siendo el concepto de contrato mercantil el mismo que el de contrato civil, y los presupuestos los mismos: consentimiento, objeto, causa, además del requisito formal<sup>15</sup>, siendo también los mismos, los presupuestos subjetivos, pudiendo diferir en cuanto a las obligaciones al revestir estas peculiaridades significativas.

El contar con una normativa civil y otra mercantil para contratos determinados, contar con un Código de Comercio y un Código Civil, y en cierto modo una doble

---

<sup>14</sup> Cfr. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L; «Derecho mercantil de obligaciones», 2010, Tomo I, p. 523.

<sup>15</sup> Cfr. VICENTE Y GELLA, A.; «Curso...», cit.Tomo II, pp. 29 y ss., GÓMEZ CALERO, J.; «El contrato mercantil: Nociones generales», en JIMÉNEZ SÁNCHEZ y otros, Tomo II, pp.212 y ss.; *ídem*; «El contrato mercantil: Nociones generales», *ibidem*, p. 216 en GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L; «Derecho mercantil de obligaciones», 2010, Tomo I, nota pie de página 1391, en p.528.

regulación de la misma figura jurídica, nos hace plantearnos cual es elemento distintivo, cuando podemos hablar de contrato civil, o de contrato mercantil y en consecuencia, en base a ese elemento diferenciador, porqué deberán ajustarse a principios jurídicos especiales<sup>16</sup>.

De la lectura del Código de Comercio y del Código Civil, observamos como la misma figura contractual que se regula en el Código de Comercio, encuentra su contrafigura en el Código Civil, excepción hecha de los contratos puramente bancarios que cuentan con peculiaridades distintas.

A título de ejemplo, el contrato de mandato regulado en el art. 1709 del CC, encuentra su institución pareja en el art. 244 del CCo definido como comisión mercantil:

”Se reputará comisión mercantil el mandato, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio, y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista”.

El rasgo diferenciador es el objeto (acto u operación de comercio) y el sujeto que interviene (comerciante o agente mediador el comitente).

En puridad, la esencia del negocio es la misma, y divergen en el elemento subjetivo y objeto.

El préstamo, tal y como se contempla en el CC en su art. 1740, una de las partes entrega a la otra alguna cosa no fungible para que haga uso de ella por cierto tiempo, con la obligación de devolverla, en cuyo caso se llama comodato. Si se entrega dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, simplemente conserva el nombre de préstamo. El préstamo puede ser gratuito, o con pacto de intereses; el comodato es esencialmente gratuito.

En el CCo el préstamo adquiere matices diferentes. En el art. 311 del CCo se “identifica” el préstamo en función de quien intervenga en la relación jurídica:

“Se reputará mercantil el préstamo concurriendo las circunstancias siguientes: 1ª Si alguno de los contratantes fuera comerciante y 2ª Si las cosas prestadas se destinaren a actos de comercio”.

Ambas notas caracterizadoras, objetiva y subjetiva, vuelven a estar presentes y diferenciar la figura contractual.

---

<sup>16</sup> Cfr. DORAL GARCÍA, J.A.; «El contrato como fuente...» cit. p. 55; en GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.; «Derecho mercantil de obligaciones», 2010, Tomo I, p. 528.

En la Propuesta de nuevo código de comercio, no se hace hincapié en la intervención de un comerciante, haciendo referencia genérica al “prestamista” y haciendo más próxima al CC la definición de préstamo:

“Por el contrato mercantil de préstamo el prestamista se obliga a entregar al prestatario una determinada suma de dinero, para que éste le devuelva, dentro del plazo pactado, la cantidad recibida, incrementada con el correspondiente interés” (Capítulo III, Del contrato de préstamo mercantil, Sección primera, del Préstamo de dinero, art. 573-1, Noción)<sup>17</sup>.

El calificar a un contrato como mercantil, implica que va a estar sometido a un régimen especial, el del código de comercio, y subsidiariamente por los usos mercantiles, usos, que son considerados como elemento diferenciador y de personalidad en cuanto a la mercantilidad de los contratos, incluso por encima del Derecho Civil escrito siempre y cuando sean usos normativos y no meramente interpretativos<sup>18</sup>.

Es de señalar, que en parte, la diferenciación contrato civil/contrato mercantil es un tanto discutida si tenemos en cuenta lo dispuesto en el artículo 50 del CCo al establecer como marco de referencia al Código Civil, en cuanto a aquellas particularidades de los contratos mercantiles que no estén contempladas en el Código de Comercio o en las leyes especiales.

La especialidad del Derecho Mercantil va unida a su agilidad y vinculación con los rasgos procesales, procedimentales, de aplicación desde la órbita del Derecho romano dándose en cierto modo un trasvase de instituciones entre el derecho de gentes (*ius Pentium*) y el derecho civil romano (*ius civile romanorum*) propiciado por la intervención del Magistrado romano.

En el Derecho romano, no existe frontera de separación entre Derecho Civil y Derecho Mercantil. La práctica comercial, la actividad de la sociedad básicamente agraria y feudal, dará lugar a la necesidad de resolver conflictos de intereses de manera ágil y con una decisión ecuaníme, siendo este iter de actuaciones no otra cosa sino actividad procesal.

---

<sup>17</sup> Cfr. Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia, Madrid 2013, p.537.

<sup>18</sup> Cfr. RUIZ MUÑOZ, M.; «Introducción...» cita pp.787 y ss., en GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L.; «Derecho mercantil de obligaciones», 2010, Tomo I, p. 530.

El Derecho mercantil nació como un Derecho procesal especial<sup>19</sup>, con vocación transfronteriza, caracterizado por la agilidad, ausencia de formalismos y basado en la equidad, de tal forma que la aplicación del Derecho a la práctica, a los modos de regular la actividad de la sociedad influida por un Derecho procesal de origen germánico, con matices religiosos acusados, con la equidad como fundamento en sus decisiones, será el motor de la aparición de un Derecho nuevo y autónomo como es el Derecho mercantil.

El Derecho mercantil, no es atrevido decir, en cierto modo lo conforman los mercaderes, que de alguna manera se autorregulan, invistiendo al Derecho mercantil de esta época del medievo en especialmente privado o gremial.

Las corporaciones de mercaderes (gildas) ejercían un doble cometido, legislativo y judicial, con unos tribunales especiales (consulados) que dieron lugar a un Derecho propio, básicamente consuetudinario. Estos tribunales, ausentes de ritualismo, se inspiran en la buena fe y la equidad para emitir sus fallos en los procesos en los que son competentes <sup>20</sup>.

El Derecho mercantil en su nacimiento se presenta como un Derecho de clase, autónomo, de los comerciantes, y cuya aplicación e interpretación se confía también a una jurisdicción particular o especial, y con el tiempo, no solo se aplica la citada jurisdicción exclusivamente a los comerciantes sino también a personas ajenas a los mismos<sup>21</sup>.

Se conforma el Derecho mercantil, en la época medieval, como un Derecho de clase, por y para los comerciantes, con unas normas conformadas por ellos, consuetudinario y profesional<sup>22</sup>, y con unos tribunales y jueces, por ellos elegidos.

Esta caracterización se mantiene hasta inicios del siglo XIX, primeras etapas de la codificación, cuando por influjo de la revolución francesa se proclama la libertad de ejercicio del comercio, y se termina con el monopolio de los gremios y corporaciones.

El primer Código de Comercio, el francés de 1807 se inspira en criterios objetivos, regula actos de comercio objetivos independientemente del sujeto que los realice, sea o no comerciante, lo que se extiende al resto de países y nos lleva a buscar

---

<sup>19</sup> Cfr. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L.; «Derecho mercantil de obligaciones», 2010, Tomo I, p.534.

<sup>20</sup> Cfr. GALGANO, F.; «Publico e privato...», cit. p.4. BROSETA PONT, M.; «La empresa...», cit. p. 34; en GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.; «Derecho mercantil de obligaciones», nota pie de página 1411, 2010, Tomo I, p.535.

<sup>21</sup> Cfr. FERRI, G.; «Manuale di Diritto commerciale», 1985, p.7; GALGANO, F.; «Storia del diritto commerciale», 1980, p.37 en GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.; «Derecho mercantil de obligaciones», nota pie de página 1414, 2010, Tomo I, p.536.

<sup>22</sup> Cfr. URÍA, R.; «Derecho mercantil», 1976, p.5.

y concretar el concepto de acto de comercio, tarea ésta que no resultó pacífica en absoluto, más bien, todo lo contrario pues resultaba insuperable la labor de definir y objetivar la esencia de los distintos actos que son regulados al amparo de la ley mercantil, teniendo siempre la sensación de anclarnos en una posición doctrinal, creando más dudas, o haciéndolas cada vez más irresolubles.

Debido a estas circunstancias, se vuelve a una concepción subjetivista del derecho mercantil, concepción que actualmente no ofrece mayores dudas, pues el comercio ha sido siempre desarrollado por profesionales, y su actividad, ordenada y regulada por el Derecho mercantil.

La actividad comercial, la actividad de los comerciantes como profesionales, tiene un rasgo identificador como es el de la habitualidad, o encadenamiento de unas operaciones mercantiles y otras, no hechos o circunstancias aisladas, y siempre considerado desde el presupuesto de una estructura conformada por el comerciante y adecuada para el fin que se propone.

Es evidente, en consecuencia, el paralelismo entre la antigua identificación de comerciante como profesional del comercio, y la de empresario actual, persona capaz de desarrollar su actividad económica de forma organizada en el tráfico mercantil.

Volviendo a la concepción subjetivista, es como podemos dar las notas identificativas del Derecho mercantil como ordenador de la actividad económica de empresa.

Desde esta posición subjetivista, podemos considerar el Derecho mercantil como Derecho ordenador y regulador de la actividad de los empresarios, actividad que se concretará en los actos de comercio esencialmente contractuales que ejecuta y desarrolla el empresario dentro de su actividad, de manera estructurada y organizada de manera habitual.

Esta caracterización de los actos de comercio con la actividad profesional del empresario, es el rasgo que le otorgará a ese acto el carácter de mercantil, y por ende, bajo la órbita del Derecho mercantil.

El Derecho mercantil, en su concepción moderna, ordena y se ocupa de la actividad económica organizada en empresa sin distinción de la dimensión de empresa, y ya no solo eso, sino que también amplía su campo de aplicación en cada vez más diversos sectores de la actividad económica nacional<sup>23</sup>, llegando a afirmar que el Derecho mercantil es el Derecho privado de la actividad económica desarrollada por los

---

<sup>23</sup> Cfr. URÍA, R.; «Derecho Mercantil», p.7; undécima edición Madrid 1976.



empresarios. No obstante, no es ajeno a otros sectores de la sociedad con trascendencia económica, no vive aislado de actividades con trascendencia socioeconómica y laboral.

La evolución del concepto de Derecho mercantil, la caracterización personalista, no se queda ahí, y por vivir inmerso en una sociedad cada vez menos individualista en lo económico, que no en lo personal, y en la que cada vez el Estado juega mayor papel en la vida económica nacional, se hace exigible sacrificar en parte intereses individuales, personales del empresario, y atender intereses económicos generales, lo que de alguna manera desfigura ese carácter personalista o individualista del Derecho mercantil, marcándose un notorio cambio hacia un concepto o sentido social de sus instituciones.

La expansión del concepto de empresario individual, por el de societario, se confirma al observar los diferentes tipos de organización empresarial imperantes en la actividad mercantil, como es la sociedad anónima; así también como la actividad bancaria, bursátil, en las que la tutela e intervención del Estado es manifiesta en aras a la protección de intereses generales que trascienden del vínculo empresario y actividad.

### **3. La contratación en la actividad comercial**

#### **3.1 Introducción**

Derecho Mercantil y Derecho Civil son disciplinas íntimamente ligadas, y en el desarrollo de la contratación mercantil no es baladí (antes de acometer las especialidades) ahondar en sus concomitancias y divergencias, o rasgos diferenciadores, que nos servirán de gran ayuda a la hora de comprender la coexistencia necesaria entre el Código de Comercio y el Código Civil.

En la exposición de motivos de la Propuesta de nuevo código mercantil<sup>24</sup>, en su expositivo V, “De las obligaciones y de los contratos mercantiles en general”, se hace hincapié en la necesidad de modernización de este sector del Derecho mercantil, iniciándose la reforma por las normas que han de aplicarse a las obligaciones y contratos mercantiles, de tal modo que de esta manera se entiende que la legislación mercantil cumple con la función de asegurar la unidad de mercado en el ámbito jurídico-privado.

---

<sup>24</sup> Cfr. Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia, Madrid 2013.

Esta propuesta de código mercantil se inspira en esta materia de obligaciones y contratos mercantiles en general, en los trabajos ya realizados a nivel internacional<sup>25</sup> para unificar las reglas que han de ser aplicadas al tráfico mercantil.

El Derecho mercantil como Derecho especial, en absoluto se opone al Derecho común, ni se desvía de él<sup>26</sup>. El nuevo Código propuesto, plantea principios reconocidos en la legislación civil, perfectamente asumibles en la práctica, favoreciendo además a los participantes el mercado y asegurando su aplicación en todo el territorio nacional.

El Derecho mercantil es informador del Derecho común en su especialidad, lo que permite al juzgador contar con dos instrumentos que se solapan, de tal forma que puede encontrar respuesta a relaciones contractuales que beben de ambos Códigos, recurriendo de facto a dos tipos de reglas consuetudinarias: la costumbre y los usos del comercio.

La interrelación entre ambas disciplinas y su complementariedad, resulta evidente de la lectura de los artículos 2 y 50 del Código de Comercio, pues el artículo 2 del Código de Comercio se refiere al Derecho Común, como Derecho subsidiario a falta de ley mercantil escrita y a falta de costumbre mercantil, y el artículo 50 del Código de Comercio atribuye a las reglas de Derecho Común un carácter concurrente con las del Derecho mercantil<sup>27</sup> y en plano de igualdad.

No parece que podamos establecer una categoría especial e independiente de contratos mercantiles, sino que debemos tener en cuenta las circunstancias y finalidad que con la contratación se pretenden, al objeto ubicar en una regulación u otra sus requisitos, modificaciones y excepciones; no podemos decir que existe un concepto general de contrato mercantil, diferente del concepto general de contrato.

De la lectura del art. 573-1 de la Propuesta de nuevo código mercantil, es evidente la prácticamente idéntica definición de “préstamo”, con la contenida en el CC

---

<sup>25</sup> Cfr. Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa de mercaderías de 11 de abril de 1980, que es de derecho vigente en nuestro país, así como los Principios sobre los contratos comerciales internacionales para la Unificación del Derecho privado (UNIDROIT), y los trabajos de la Comisión Landó sobre el Derecho europeo de los contratos, en Exposición de motivos de la «Propuesta de Código Mercantil», Ministerio de Justicia, 2013.

<sup>26</sup> Cfr. DORAL GARCÍA, J. A.; «El contrato como fuente», cit., p.44, en GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L; «Derecho mercantil de obligaciones», 2010, Tomo I, nota pie de página 1425 en p.542.

<sup>27</sup> Cfr. VICENTE Y GELLA, A.; «Curso...», cit., Tomo I, p.44, GONDRA ROMERO, J.M, cit., Tomo I, p.144; LAGUNA, E., cit., p. 443 y ss. EN GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L; «Derecho mercantil de obligaciones», 2010, Tomo I, nota pie de página 1429 en p.544.

en su art. 1740, no haciendo mención a quien es el prestamista, si entidad financiera, o profesional dedicado a esta actividad<sup>28</sup>.

La proximidad e íntima conexión entre ambas disciplinas, Derecho Civil y Derecho Mercantil, integradas en el “Derecho privado patrimonial”, es obligada dada la situación de unidad de mercado. El tráfico económico no puede esperar, y la unidad de mercado es un hecho que demanda seguridad jurídica.<sup>29</sup>

En este proceso de unificación, no debemos de olvidarnos que en nuestra nación, junto con un único Derecho mercantil, coexisten distintos Derechos civiles, y debido a esta circunstancia, existen ciertos riesgos que debemos tener presentes:

a) El riesgo de “apropiación” y el riesgo de la “ocupación”.

Las fronteras entre Derecho civil y Derecho mercantil, no son científicas, son históricas. Los territorios históricos, autonomías, se han modificado a lo largo del tiempo y recibiendo competencias que o tenían, y en cierto modo invadiendo parcelas de ambas disciplinas que antes no tenían.

Igualmente, se han descodificado materias del CCo que pasan a ser reguladas por leyes específicas, como es la Ley del Seguro de 1980, eliminándose la dualidad que existía entre seguro civil y seguro mercantil

b) El riesgo de la “fuente supletoria”, pues si el Derecho mercantil tiene como fuente supletoria al Derecho civil (art. 2 del CCo), y este Derecho civil como ya hemos indicado no es único en todo el territorio nacional, la solución a un mismo problema jurídico puede ser distinta depende de en que lugar nos encontremos, o donde hubiere de cumplirse la obligación<sup>30</sup>.

### **3.2 Notas caracterizadoras del contrato de comercio**

#### 3.2.1 Finalidad

El Derecho mercantil actual se orienta hacia la posición de basar la mercantilidad sobre básicamente dos presupuestos: comerciante y actividad, empresa, de tal forma que un contrato será mercantil si se enmarca en la actividad de un comerciante, pero actividad constitutiva de empresa, del tráfico de una empresa.

---

<sup>28</sup> Cfr. PRATS ALBENTOSA, L.; «Contratación bancaria. Doctrina, jurisprudencia y formularios», «Contratos bancarios en particular. Las garantías de la contratación bancaria. El contrato de préstamo», Tomo I, p.120.

<sup>29</sup> Cfr. ROJO, A.; «El Derecho mercantil y el proceso de unificación del derecho privado», RDM Enero-Marzo 2014, p.132.

<sup>30</sup> Cfr. ROJO, A.; «El Derecho mercantil y el proceso de unificación del derecho privado», RDM, Enero-Marzo 2014, p.135.

En el Derecho alemán, al referirse a los actos de comercio lo hace con relación a los negocios jurídicos que lleva a cabo el empresario con finalidad comercial, de intercambio empresarial o mercado, dejando de lado aquellos otros actos, comportamientos o relaciones que difieren de su actividad como puede ser las relaciones laborales, contratos laborales en general, aunque se podría exceptuar supuestos determinados en que ese contrato laboral fuera esencial en su actividad para un supuesto de hecho concreto.

Es determinante, en la calificación de mercantilidad, que no solo sea comerciante quien la realiza, sino que como añadidura esencial, esa actividad debe estar enmarcada dentro del ejercicio o explotación de empresa<sup>31</sup>, de tal suerte que serán mercantiles todos aquellos contratos que se establezcan en este marco, quedando excluidos aquellos que lleve a cabo el comerciante pero que pertenecen a su esfera privada, ni no tienen un destino directo hacia la obtención de ganancias para la empresa, hacia el crecimiento y desarrollo de la misma.

Si tendrían la consideración de mercantiles aquellos contratos preparatorios para el inicio de la actividad, al igual que los destinados a la liquidación de la misma. Debemos seguir atendiendo a criterios objetivos, no solo subjetivos, pues la intervención de un comerciante no hace *per se* que el contrato o negocio sea mercantil.

La modalidad de ejercicio empresarial a medio de sociedades anónimas o de otra índole mercantil, plantea menos problemas a la hora de la calificación de los contratos como mercantiles, pues prácticamente toda su actividad pertenece y va destinada al desarrollo de la empresa.

En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 2 del Código de Comercio parte de un criterio formal, se refiere a los actos de comercio y a aquellos otros de naturaleza análoga como determinantes de la mercantilidad de los contratos.

Evidentemente no es suficiente, no se despejan dudas, se crean, pues al hacer referencia nuestro Código de Comercio en el artículo 2, a los actos de comercio que estén, o no, especificados en éste Código, nos obliga a un ejercicio necesario de encontrar un elemento diferenciador que nos permita determinar la mercantilidad de los contratos.

Ese criterio, o elemento diferenciador, debe ser de índole material, de tal forma que está presente en todos los supuestos, incluso los no regulados específicamente por

---

<sup>31</sup> Cfr. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L.; «Derecho mercantil de obligaciones», 2010, Tomo I, p.566.

el Código de Comercio, y que permita identificar como mercantiles a todos los contratos.

En nuestro ámbito jurídico el elemento material diferenciador y determinante será el que sean contratos de empresa, entendida esta como actividad destinada al comercio y ejercida por un comerciante como se desprende de aquellos preceptos que nuestro Código de Comercio dedica a la sociedad mercantil, en la que no se conciben otros contratos en los que no intervenga la empresa como parte del contrato, comerciante y empresa serán dos rasgos que invariablemente irán de la mano.

Que intervenga un comerciante, presupone que interviene la empresa, organización de capital y trabajo, entendida como actividad organizada que interviene en el mercado, en la sociedad, con finalidad de producción y venta de mercaderías, de tal suerte que el contrato mercantil será el que realiza el empresario con la intención de cumplir a la finalidad de su empresa.

Este elemento material, o relación, que determina la mercantilidad de los contratos y negocios jurídicos como aquellos que son fruto de la actividad constitutiva de empresa, se desprende de alguna manera de la exposición de motivos del Código de Comercio al hacer referencia a las ventas de los objetos que fabrican industriales y artesanos, pues no parece tener sentido la producción por crear almacenaje, sin destinarlo a la circulación en el mercado.

El empresario, la empresa esencialmente, pretende vender en el mercado lo que produce, o lo que gestiona, y sus compras, mayoritariamente estarán destinadas a mejorar o incrementar sus medios de producción y siempre con la misma finalidad productiva y negocial.

La Exposición de motivos del CCo de 1885, al referirse al contrato de compraventa mercantil, se refiere a que las ventas hechas por los artesanos e industriales de los productos de su trabajo, merecen la calificación de mercantiles: compran inicialmente productos para luego revender, adquieren materiales que les son necesarios para el desarrollo de su actividad, lo que nos hace afirmarnos en que nuestro legislador, sin pretenderlo en esa época, adelanta el elemento material diferenciador para determinar la mercantilidad de los contratos: comerciante y actividad.

Si bien esto es así, el legislador amplía y diferencia el criterio en función de cual es el fin y el modo de desarrollar su actividad, refiriéndose para calificar como mercantiles o no, a quienes en su quehacer, las ventas de sus productos son el medio

indispensable para el ejercicio de su industria, y para otros, la venta de sus productos no tiene más fin que obtener un lucro.

De igual manera, se identifica este tipo de contrato como propio de la actividad regulada por el CCo cuando quienes ejercen la actividad, la llevan a cabo por medio de obreros retribuidos al objeto llevar a cabo la producción de gran número de objetos para ponerlos a disposición del público, considerando esas ventas como mercantiles. Se distinguirían de los artesanos, que se limitan a fabricar por si mismos, por sus propias manos los objetos de su industria y a media que se los encargan, no como producción en masa.

### 3.2.2 Elemento subjetivo

Debemos partir de la posición de entender los contratos de comercio, mercantiles, como aquellos que realiza un empresario en el marco jurídico de la actividad de empresa, dicha perspectiva de conjunción de ambos elementos, empresario y actividad, son aplicables a nuestro Código de Comercio sin que surja quiebra alguna ni dogmática ni jurídica, aunque si existirán matizaciones en cuanto a la “mercantilidad” de ciertas figuras contractuales.

No obstante, los contratos mercantiles no son exclusivos de empresarios<sup>32</sup> pudiendo participar en ellos otros sujetos en la relación jurídica que no sean empresarios, aunque bien es cierto que para poder hablar en puridad de contratación mercantil, al menos debe participar un empresario en ejercicio de su actividad.

La actividad empresarial básicamente se desarrolla desde tres pilares básicos<sup>33</sup>:

- a) la organización, estructura de medios para el desarrollo de la actividad, que a su vez supondrá la realización de importante y minuciosa actividad contractual, accesoria y necesaria, evidentemente mercantil
- b) de otra parte se hará necesaria la adquisición de mercaderías y medios productivos para el servicio al mercado, y
- c) por último, una labor, intermedia entre ambas, como es la adquisición de aquellos bienes o mercadería que posteriormente se van a vender con lucro y antes de la reventa final, pues el empresario no adquiere los bienes para si, su objetivo es obtener ese beneficio o lucro en el momento en que adquiere bienes y mercaderías para de

---

<sup>32</sup> Cfr. PILOÑETA ALONSO, L. M.; «Curso de Derecho mercantil de la contratación», 2013, p. 33.

<sup>33</sup> Cfr. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L.; «Derecho mercantil de obligaciones», 2010, Tomo I, p.572.

alguna manera transformarlos, ponerlos en el mercado para su posterior reventa, que incluso puede llevarse a cabo bajo su propia empresa.

En síntesis, el proceso productivo podemos dividirlo en tres fases interrelacionadas: compra de mercaderías o materia prima, transformación y venta, bien a consumidores directamente, bien a otras mercantiles cuyo finalidad empresarial es la reventa posterior.

Desde este inicial análisis, y en función de en qué momento de la actividad del empresario se incardine el contrato, nos encontraremos con tres grandes grupos de contratos mercantiles.

Un primer grupo de contratos de índole económica, con unos rasgos o características de índole económica, jurídica y técnica.

El contrato de índole económica, esencialmente supone la puesta a disposición en el mercado por el empresario de los productos que fabrica para su adquisición por los consumidores, e incluso por otros empresarios.

Los contratos de índole económica, no siempre se desarrollan en el seno de la empresa, por ejemplo venta fuera de establecimientos mercantiles, y no por ello dejan de tener esa característica de mercantilidad como así manifiesta el propio CCo en el artículo 83 que no duda en calificarlos de auténticos contratos de compraventa.

La presencia del empresario no es indiferente, y así lo manifiesta nuestra legislación mercantil en el artículo 81 y siguientes del CCo, como es manifiesto en la venta de mercaderías en establecimiento mercantil en la que el empresario/vendedor, y consumidor/comprador establecen una relación jurídica en la que lo que acota la mercantilidad de ese contrato es la presencia e intervención del empresario, y en consecuencia la regulación según lo dispuesto en el CCo

El mismo rasgo diferenciador, subjetivo, además del objetivo, o delimitador de la mercantilidad del contrato se plasma en artículo 311 del CCo, al reputarse como mercantil el préstamo cuando concurre un empresario, y si las cosas prestadas se destinan a actos de comercio.

La vinculación empresario, empresa, con mercantilidad de la actividad, expresamente se extrae de la lectura del artículo 464 del CC al referirse a la posesión de los bienes adquirida en Bolsa, feria o mercado.

La característica jurídica de los contratos de índole económica, será aquella en que la existencia de la empresa, como concepción organizativa económica y productiva,

genérica, será un presupuesto de hecho en la relación jurídica o relaciones negociales que van a tener lugar.

En determinados supuestos, como por ejemplo los supuestos de compraventa fuera de establecimiento mercantil en ferias y mercados, encontraremos matizaciones y particularidades que darán lugar a la intervención de distinta normativa o regulación jurídica en función de la concurrencia de circunstancias especiales, que puede dar lugar a la necesidad de someterse a una actividad regulatoria determinada.

En la actividad bancaria, que nadie duda de su mercantilidad, encontraremos que el préstamo bancario regulado en el CCo viene regulado como propio de la actividad de un determinado tipo de empresario, sin importar la condición de la contraparte, que puede ser un consumidor u otro empresario.

También en la actividad bancaria, se da la misma circunstancia con la figura del depósito bancario de efectivo, que se incardina en un determinado tipo de empresa, la bancaria cuya actividad y finalidad es recibir ese depósito bancario, y en lugar de mera custodia, tiene facultad de disponibilidad y obligación o sentido de un deber prudente en las inversiones, viéndose obligado en cada supuesto a los pactos que hubiera suscrito con el depositante.

En definitiva, es la existencia de esa organización económica productiva y estructurada como supuesto hecho, lo que supondrá u otorgará el rasgo de mercantil a todos aquellos contratos que desde este posicionamiento se lleven a cabo, con las matizaciones a que hubiere lugar como hemos anotado.

El rasgo o característica técnica, en los que hemos convenido en llamar grupo de contratos de índole económica, es la consideración de la empresa como un presupuesto técnico del acto jurídico, de tal suerte que resultan del todo inconcebibles los actos jurídicos que se desarrollen fuera de ese presupuesto del marco de la empresa como actividad económica empresarial y organizada<sup>34</sup>.

Tras este primer grupo de contratos de índole económica, encontramos un segundo y tercer grupos de contratos que tienen como finalidad de organizar la estructura y medios de producción de la empresa, así como la adquisición de mercaderías para posteriormente enajenarlas o distribuir las, transformadas o no, en el mercado.

---

<sup>34</sup> Cfr. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L.; «Derecho mercantil de obligaciones», 2010, Tomo I, p. 575.



Estos contratos tienen como fin hacer posible que la empresa se desarrolle y cumpla con su finalidad y actividad en el mercado, y para esta finalidad tendrá que adquirir mercaderías y materias primas en su caso, sirviéndose o bien de medios propios, tesorería, o acudiendo a la contratación de préstamos si no la tuviere.

El préstamo mercantil sería el medio técnico a través del cual puede dotarse de estos recursos. El préstamo mercantil es siempre un acto de empresa, bien sea concedido por una entidad bancaria a un cliente no comerciante, o bien sea concedido a una empresa como medio para obtener recursos con que desarrollar su actividad.

### 3.2.3 Requisitos de existencia y validez de los contratos mercantiles

Los contratos que podemos denominar mercantiles conforme a lo expuesto, no son sino expresión de una relación negocial, y como tal contrato debe tener los elementos esenciales que el Código Civil establece en el artículo 1.261: consentimiento, objeto y causa.

El CCo en los artículos 50 y 51 hace mención al régimen aplicable, siendo las disposiciones del Código de Comercio, y las leyes especiales, las aplicables en todo lo relativo a la constitución del contrato mercantil y en su defecto, las reglas generales del Derecho común; y el artículo 51, expresión de la autonomía de la voluntad y libertad de forma, siendo válidos y produciendo obligaciones, los contratos mercantiles cualquiera que sea la forma e idioma en que se hubieran celebrado, otorgándoseles plena eficacia procesal.

#### 3.2.3.1 Consentimiento

Como manifestación libre de la voluntad de las partes con capacidad jurídica suficiente, o subsanable por los medios legales de representación, para obligarse, en un negocio jurídico.

El consentimiento es la estructura fundamental del negocio, sea de índole civil o mercantil, de tal suerte que conviniendo con nuestro Código Civil, será nulo el consentimiento prestado por error, violencia o dolo, y por lo tanto afectará de manera radical a la validez del contrato<sup>35</sup>.

#### 3.2.3.2 El objeto del contrato

Igualmente, el CC exige para que haya contrato, que exista objeto cierto, y la determinación de cual es, o que es el objeto del contrato, entraña no pocas

---

<sup>35</sup> Cfr. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L.; «Derecho mercantil de obligaciones», 2010, Tomo I, p.586.

dificultades, incluso partiendo de la literalidad de la palabra “objeto” que no siendo un término jurídico, si es constantemente aplicado a las realidades jurídicas<sup>36</sup> .

El objeto del contrato debe ser posible, lícito y determinado, así lo establecerá nuestro CC en el art. 1271 al referirse a que pueden ser objeto de contrato, todas aquellas cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, y el art. 1273 del CC hace alusión a la determinación de la cosa objeto del contrato, en cuanto a su especie, siendo la determinación de la cantidad un elemento no esencial siempre y cuando se pueda determinar sin necesidad de un nuevo convenio entre los contratantes. Lo esencial es la determinación del objeto del contrato.

El CC al tratar el objeto del contrato hace referencia a las cosas y servicios, pero no define el texto normativo qué es “objeto” del contrato, y no es pacífica esta definición en la doctrina.

Al entenderse el contrato como realidad jurídica, como negocio jurídico bilateral con un contenido económico, por objeto del contrato podríamos entender aquella realidad o materia social afectada en la que incide objeto del contrato.

Desde esta perspectiva, objeto de contrato pueden ser no solo las cosas u objetos temporales, sino también la energía, el suministro de energías; la propiedad intelectual; el comportamiento de las personas en cuanto situación generadora de utilidad económica entre otras.

También podemos entender como objeto del contrato las obligaciones que se crean o se pretenden hacer nacer con el negocio jurídico, pero si tenemos en cuenta que puede contratarse sin interés puramente obligacional, sino jurídico-real, el objeto del contrato sería la relación jurídico patrimonial, por lo que no parece poder asumirse plenamente esta posición de objeto del contrato la generación de obligaciones, que las crea en determinadas situaciones, pero que no es el objeto del contrato<sup>37</sup>.

La contratación persigue un fin, se persigue un interés, o se pretende establecer con la relación jurídica una armonización de los intereses que las partes legítimamente pretenden, pero la idea de interés es difusa, pues no encontramos determinación en cuanto al objeto del contrato pudiendo ser tanto la relación objetiva del interesado con la cosa objeto del contrato, como la finalidad, interés personal que se tiene en la relación jurídica.

---

<sup>36</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, L.; «Fundamentos de derecho civil patrimonial», 1970, Tomo I, p.130.

<sup>37</sup> Cfr. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L.; «Derecho mercantil de obligaciones», 2010, Tomo I, p. 589.

Más adecuado parece sustituir la idea de interés por la de “bien” susceptible de utilidad y a su vez de interés<sup>38</sup>, pues en el ámbito del derecho patrimonial, los contratantes se orientan hacia bienes con trascendencia económica, con el ánimo de establecer una relación acorde con sus intereses.

Sí podemos afirmar, que para ser objeto de contrato, las cosas deben ser posibles, deben existir, o posibilidad de hacerlo.

La contratación sobre cosas que al tiempo de contratar, y por ignorancia de las partes, han dejado de existir, no tiene sentido, por no ser capaz de generar intereses económicos de ningún orden, y en este caso el contrato es nulo por falta de objeto y por error común de las partes a la hora de contratar.

Tampoco existirá contrato por falta de objeto, cuando las partes acuden a la relación negocial, ignorando una de ellas la inexistencia de la cosa objeto del contrato, siendo nulo el contrato por falta de objeto, amén de la responsabilidad por la mala fe de una de las partes que vendrá obligada al resarcimiento de los daños y perjuicios que se hubieren generado.

De igual forma, será nulo el contrato que suscriben las partes conscientes de la imposibilidad del mismo, de la imposibilidad del objeto.

Si bien estamos refiriéndonos a objeto en sentido material, también se deben incluir se los servicios, y para que exista el contrato el servicio contratado debe poder iniciarse y desarrollarse a tenor de lo pretendido y dentro de un marco comúnmente aceptado, de razonable realización comúnmente aceptada.

### 3.2.3.3 La causa del contrato

Es elemento esencial de los contratos, y su ausencia, o ilicitud, ser opuesta a las leyes o a la moral, determinará la ineficacia del contrato<sup>39 40</sup>.

De la lectura del art. 1274 del CC obtenemos un posicionamiento inicial de la idea de causa del contrato, entendemos con un sentido u orientación finalista, del fin que se pretender conseguir, así en los contratos onerosos la causa será para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa comprometida; en los contratos

---

<sup>38</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, L.; «Fundamentos de derecho civil patrimonial», 1970, Tomo I, p.135.

<sup>39</sup> Cfr. Art. 1275 del CC

<sup>40</sup> Cfr. STS, Sala 1ª de lo Civil, de 23 de octubre de 2000; Ponente Sr. González Poveda, en AC, 2001, núm. 7, 12 de febrero de 2000 al 18 de febrero de 2000, marg. 167, p. 439, en GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.; «Derecho Mercantil de Obligaciones», 2010, Tomo I, p. 591.

remuneratorios, la causa será el servicio o beneficio a remunerar, y en los contratos de beneficencia, la causa será la mera liberalidad del bienhechor<sup>41</sup>.

Qué debamos entender por causa, no es un concepto unívoco, pues nos encontraremos con diferentes acepciones en función de qué papel desarrollará en el contrato que se suscribe o va a suscribir.

Se debe entender por causa, la finalidad económica del contrato, la razón o motivación que lleva a las partes a asumir determinados compromisos o sacrificios patrimoniales.

A tenor del espíritu del texto normativo (art. 1261 del CC), parece lo más adecuado, contemplar la causa como el motivo de la obligación que se establezca<sup>42</sup>, pues el objeto del contrato estará bien definido. Las partes, desde su motivación negocial, asumen a partir de un objeto contractual dar lugar al compromiso obligacional que se regirá a tenor de la ley contractual.

Es perfectamente asumible entender por causa, la función económica que el contrato deba cumplir, causa objetiva, y asimismo al referirnos a la causa de la obligación que se establezca, hacemos referencia al motivo, a la causa, que lleva a las partes contratantes a asumir ese sacrificio patrimonial.

Podríamos entender que la idea de causa tiene un sustrato íntimo subjetivo, en el ámbito o intención de quienes acuden a la relación negocial, toda vez que se conformará un contrato singular y específico, no un tipo genérico contractual, y que dará lugar al establecimiento de obligaciones.

La dimensión, objetiva y subjetiva de la causa, es apreciable en los supuestos contemplados en el art. 1275 al atender la ineficacia de los contratos por ilicitud de su causa.

La contratación como ya hemos analizado, es un iter con clara función negocial y económica, iría contra la esencia del contrato, el acuerdo de voluntades sin función económica alguna, y a mayor abundamiento, sin que hubiera una pretensión, voluntad, de establecer un vínculo que tendiera a provocar el nacimiento e una obligación.

Un contrato puede ser ilícito por una causa objetiva ilícita, como podría ser la constitución de una sociedad cuyo objetivo es la adquisición de objetos sin control

---

<sup>41</sup> Cfr. Art. 1724 del CC

<sup>42</sup> Cfr. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L.; «Derecho mercantil de obligaciones», 2010, Tomo I, p. 591.

sanitario para la venta en determinados sectores alimentarios, independientemente del ilícito penal que supone.

La ilicitud de un contrato por motivo de causa ilícita, desde la órbita de lo subjetivo, estaría determinada en aquellos contratos o negocios, cuya auténtica finalidad no se identifica a tenor de lo establecido, sino que deviene en ilegal o inmoral por la intención y o finalidad que tuvieron las partes, o una de ellas, al suscribirlos.

Serían ilícitos los contratos de agarrotamiento económico<sup>43</sup> en el que una de las partes en situación de desventaja con respecto a la otra, por falta de medios o capacidad de recursos activos, tiene que asumir sacrificios económicos de tal forma que su libertad económica queda sacrificada en beneficio de la de la otra parte.

Causa ilícita, con finalidad espuria, tendrá el denominado pacto de silencio, ocultando hechos o circunstancias provenientes de un hecho delictivo, aunque no confundir este supuesto, con el legítimo de guardar silencio que se imponen las partes que suscriben un contrato con respecto a las circunstancias que ambas han conocido una de la otra y que deben quedar al margen de la relación contractual, pues su manifestación y conocimiento público supondría el fracaso del negocio pactado, aunque subyacen en la motivación de acercamiento contractual.

También consideraremos con causa ilícita, aquellos otros contratos en que una de las partes, desarrolla una conducta en la relación negocial, con una finalidad puramente de engaño, sin ningún objetivo económico y con la única obtención de obtener un resultado totalmente alejado de función económica alguna, como puede ser el concurrir a un concurso de obra (con evidentes bajas sobre los precios de concurso), con la intención (no económica, sino que por promesas o pactos inmorales, contrarios a las buenas costumbres y a la leal competencia) de que la obra en disputa sea adjudicada a una parte con la que de algún modo se ha pactado ese resultado.

El artículo 6, n.º.4, del CC en cierto modo atiende a la causa del contrato cuando hace referencia a aquellos actos que pretendan al amparo del texto de una norma obtener resultados prohibidos por el ordenamiento jurídico, y en consecuencia se consideran ejecutados en fraude de ley, no evitarán la aplicación de aquella norma que pretendieron eludir, y con relación a este precepto, el art. 1275 del CC, declararía la ilicitud de la causa de esos supuestos, en los que no existe otra motivación que eludir el cumplimiento de una norma jurídica, desde otra norma jurídica.

---

<sup>43</sup> Cfr. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L; «Derecho mercantil de obligaciones», 2010, Tomo I, p.593.

Así pues, la causa del contrato esta revestida de un carácter objetivo, aquella función económica que cumple y es motivo de su consumación, así como de un aspecto o matiz subjetivo, la voluntad, intención o finalidad de hacer nacer de esa relación negocial la obligación que se establezca y que no sea contraria al ordenamiento jurídico ni a la moral.

## **II. LA TIPOLOGIA DE LA CONTRATACION BANCARIA Y SUS PARTICULARIDADES**

### **1.-El Derecho Bancario**

Por Derecho Bancario entendemos el conjunto de normas jurídicas que se refieren a la actividad de los bancos.

Estas normas serán, de un lado de Derecho público, en cuanto a la regulación de la actividad de las entidades, y de otro de Derecho privado, en cuanto a las relaciones patrimoniales, contratos, que se formalizarán entre bancos y sus clientes.

El Estado regulara coactivamente el ejercicio de la profesión de banquero, estableciendo una serie de garantías a favor de la clientela.

Estas normas son, básicamente, exigencias patrimoniales para poder ejercer la actividad de banquero, exigencias de equilibrio en balances, y otras de muy diversa índole que no vamos a acotar para no extendernos sobre este particular.

El Derecho contractual bancario se ha considerado tradicionalmente como una parte del Derecho mercantil. El Código de Comercio se ocupará de los Bancos en alusión a la actividad que desarrollan<sup>44</sup>.

En el Derecho bancario se integran contratos que escapan a la formulación clásica del código de comercio, así el contrato en cuenta corriente, pues se desfigura el concepto jurídico de custodia.

De otra parte destacan en el Derecho bancario, las exigencias de la contratación en masa, con el consiguiente recurso a la contratación tipo, y formularios bancarios , mecanismos jurídicos como denomina la doctrina francesa, creados por los prácticos más que por juristas, por técnicos económicos, dando lugar a contratos de tal complejidad que no solo constan de una relación o figura jurídica en el mismo acto,

---

<sup>44</sup> Cfr. Arts. 177 a 183 CCo, «Bancos de emisión y descuento»; arts.199 a 211 «Compañías o bancos de crédito territorial»; art. 212, «De las reglas especiales para los bancos y sociedades agrícolas».

aunque así se presenten, sino de varios actos jurídicos independientes y autónomos cada uno con su propia causa.

La regulación de la contratación bancaria como vemos, no se circunscribe exclusivamente al Código de Comercio, donde se contienen operaciones mercantiles, pero no operaciones esencialmente de Derecho bancario, el legislador nos remite a los propios estatutos de los bancos, al Código de Comercio y al Código Civil, así pues el Derecho bancario se desenvuelve principalmente al margen del Código de Comercio y al amparo de la libertad de contratación, la autonomía de la voluntad, típicos de la legislación liberal.

Ocurre que cuando se suscitan contiendas judiciales se trata de encajar los contratos bancarios en moldes clásicos del Derecho mercantil y el Derecho civil (depósito, préstamo, mandato, comisión, prenda, arrendamiento, fianza...) pero el problema surge cuando nos encontramos con contratos bancarios atípicos que no encajan en estos modelos; así el contrato en cuenta corriente bancaria, el depósito de dinero en cuenta corriente, el alquiler de cajas de seguridad.

En estos supuestos, y a falta de legislación, las relaciones entre banco y cliente se modulan a voluntad de los bancos según sus propios usos y formularios.

## **1.1 Fuentes del Derecho Bancario**

### 1.1.1 Texto normativo

Los contratos bancarios no están regulados de forma expresa en los Códigos del siglo XIX (Código Civil y Código de Comercio).

En el Código de Comercio de 1885 se encuadrarían en el artículo 2 al referirse a los actos de comercio que se regirán por lo dispuesto en el texto legal; en su defecto por los usos del comercio, y a falta de ambas reglas, por las del Derecho común.

Dada la especialidad de esta materia, su regulación será el resultado de una armonización continúa de las normas de Derecho civil y mercantil, así como de los propios estatutos de los bancos, que aunque redactados por la entidad, no escapan de la oportuna supervisión del Estado mediante la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (LDIEC), considerándose normas de ordenación y disciplina las leyes y disposiciones administrativas que específicamente atiendan los aspectos y materias referidas a las entidades de crédito, y que serán de obligada observancia por las mismas<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> Cfr. Art. 1.5 LDIEC

Esta ausencia de regulación específica motivará que las relaciones entre bancos y particulares se articulen básicamente mediante contratos tipo, usos y formularios bancarios que mayoritariamente serán contratos de adhesión, donde la autonomía de la voluntad evidentemente existe, pero en cierto modo limitada al ser predispuesto el contrato por unas de las partes, la que mayor peso o fuerza tiene en la relación contractual como es el Banco.

El Estado ha controlado y tutelado la actividad bancaria mediante las Leyes de Ordenación Bancaria de los años 1921, 1946 y 1962.

El derecho bancario se mueve en el principio de la autonomía de la voluntad, con contratos de adhesión redactados por los propios bancos partiendo de sus propios estatutos, y bajo el control del Estado a través de la LDIEC, que tiene un objetivo claro de regulación y control de las entidades financieras, así su art. 48.2 faculta al Ministerio de Economía y Hacienda a establecer unas pautas de comportamiento en cuanto a las relaciones de las entidades financieras con sus clientes.

Debemos tener en cuenta la Circulares del Banco de España y determinar la eficacia normativa de las mismas, en las relaciones contractuales entre los bancos y sus clientes, y determinar que efectos jurídicos tendrá el incumplimiento de las mismas por parte de las entidades financieras.

Las circulares tienen evidente valor normativo, pero nuestro legislador más bien les otorga un carácter de policía de la actividad con consecuencias puramente administrativas, sanciones, para la entidad que las incumple, sin efectividad plena en el contrato, sin que este devenga nulo por el incumplimiento de lo dispuesto en las circulares del Banco de España, aunque en sede judicial se pueda plantear, y encontremos jurisprudencia en cuanto a consecuencias civiles por el incumplimiento de determinadas cláusulas contractuales, redactadas o impuestas contraviniendo lo dispuesto en Circulares del Banco de España.

Nuestro legislador debe articular el modo de darle a estas Circulares un mayor peso en la relación contractual, con unas consecuencias jurídico-privadas claras, pues aún aceptando que en este ámbito contractual nos movemos en el campo de la autonomía de la voluntad, proclamado por el artículo 1.255 del CC, las posiciones de las partes en la misma no son iguales, el mayor peso de la entidad financiera en la relación jurídica, las necesidades de financiación en su caso para el cliente bancario que se ve en la necesidad de decir “sí, a todo”, hacen que sea necesaria una tutela y control efectivo de la actividad, con consecuencias jurídico-privadas determinadas para el supuesto de infracción de lo dispuesto en las citadas normas, la Circulares del Banco de España.



### 1.1.2 Usos bancarios, usos de comercio

De innegable trascendencia y peso en cuanto a las fuentes del Derecho contractual bancario son los usos bancarios, máxime en materia de Derecho Mercantil en el que la costumbre impera en su creación como se desprende del artículo 2 del CCo

Los usos bancarios, que llegan a serlo por ser la forma habitual de proceder de los comerciantes en los mismos supuestos de hecho, vienen operando como complemento a la declaración de voluntad de las partes para el supuesto del silencio de las mismas antes determinados detalles en un contrato, vienen a interpretar la voluntad de las partes, y prevalecen sobre leyes que tengan carácter dispositivo, los usos bancarios, de comercio, no son un mero uso de hecho, sino un uso con esencia jurídica<sup>46</sup>.

A medida que nuestro legislador se ocupa y preocupa por la regulación del tráfico mercantil, completando aquellas lagunas que en ausencia de Derecho objetivo suplían los usos de comercio, el uso de comercio, en el rango de fuentes del Derecho escrito, pasa a ocupar el segundo lugar (art. 2 del CCo) al ser aplicable en defecto de Ley.

No obstante, la evolución del tráfico mercantil es superior en cuanto a innovación, con relación a la agilidad de nuestro legislador en cuanto a su regulación, por lo que el uso de comercio, en todos sus sectores, sigue conservando y cumpliendo un determinante papel en cuanto a fuente del Derecho mercantil.

Los usos podrán tener un carácter general, para todo tipo de comercio, y otros revestirán el carácter de especial en cuanto al sector o materia que ocupan, así pueden encontrarse plasmados en la redacción de determinadas condiciones contractuales del sector en que se apliquen, así se manifiesta en la contratación bancaria y para llegar ahí, el uso se ha constituido a través de su práctica continuada y aceptada por los comerciantes y contratantes de forma consuetudinaria, para abocarse a ser una norma de objetiva, asumida y aceptada que se impone a los contratantes salvo pacto en contrario.

El estudio de los usos bancarios como fuente, plantea muy diversos y asumibles supuestos, pues los usos bancarios vienen impuestos por los bancos con carácter obligatorio para el cliente, sin que podamos determinar claramente si estos usos son costumbre a los efectos de considerarlos fuente o simplemente vienen a ser normas de conducta en la relación contractual.

---

<sup>46</sup> Cfr. URÍA, R.; «Derecho mercantil», 1976, p.19.

Si consideramos los usos como costumbre, tendrán consideración de fuente a efectos del artículo 1 del CC, pero con aplicación supletoria, de no tener ley específica aplicable.

Si solo los consideramos informadores de la voluntad, serán un elemento clarificador en cuanto a la voluntad de los contratantes.

Si son considerados como fuente, tiene su trascendencia práctica en sede judicial, pues será recurrible en casación su incumplimiento por infracción de Ley.

Siendo el uso expresión de Derecho objetivo, debe aplicársele el mismo principio que a las demás normas jurídicas, en el sentido que el Derecho no se prueba<sup>47</sup> siendo competencia del juzgador el conocimiento del Derecho objetivo y aplicar el uso cuando le conste su existencia y práctica.

### 1.1.3 Estatutos bancarios

No nos referimos a los estatutos establecidos en la Ley de Sociedades Anónimas que rigen la sociedad en cuanto a estructura y funcionamiento, así como obligaciones de obligado cumplimiento, sino a los Estatutos del Banco, que regirá sus relaciones contractuales con terceros, sus clientes, como claramente indica nuestro Código de Comercio en el art. 310 al referirse al depósito mercantil, relación contractual en la que primará lo dispuesto en los estatutos de la entidad, en segundo lugar lo dispuesto en el Código de Comercio y por último, por las reglas de derecho común aplicables a los depósitos.

Igualmente como para el supuesto de los usos bancarios, hay trascendencia práctica en sede judicial para el supuesto que le otorguemos carácter de fuente del Derecho a los estatutos bancarios, recurrible en casación su incumplimiento por infracción de Ley.

Los Estatutos obligan porque así lo han decidido los socios de la entidad, y porque así lo aceptan los clientes contratantes con la entidad bancaria, dentro del pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes.

Si, en cambio, los poderes públicos, el Estado, les da una eficacia *erga omnes*, como modelo de obligado cumplimiento, entonces si tendrá la categoría de de fuente de Derecho objetivo.

---

<sup>47</sup> Cfr. URÍA, R.; «Derecho mercantil», 1976, p.22.

Los estatutos de entidades privadas, tendrán el carácter de Derecho contractual puramente, no así los Estatutos y Reglamentos de los Bancos y entidades oficiales de Crédito, que tendrán el carácter de Derecho objetivo.

#### 1.1.4 Las condiciones generales de contratación

La contratación bancaria es singular en cuanto a la ausencia clara de normas de Derecho público que regulen sus tipos contractuales.

Las relaciones entre las partes se establecen con finalidad económica, donde el objeto y finalidad de la contratación versa sobre el dinero, lo que será motivo más que suficiente como para que las entidades financieras pongan el máximo interés en la necesidad que la claridad e información predomine en sus relaciones con los clientes.

Las condiciones generales son distintas de las condiciones particulares del contrato, las primeras, predispuestas por la entidad financiera, las particulares, las dispuestas virtud de la negociación entre las partes.

El planteamiento de considerar las condiciones generales como fuente del Derecho, no resulta pacífico, pues debemos tener en cuenta el cómo y porqué esas condiciones generales se encuentran en el contenido del contrato.

Serán normas de Derecho objetivo aquellas condiciones generales que vienen impuestas por los organismos públicos competentes para ello, las impuestas por delegación de estos entes públicos a favor de determinados empresarios, así como las delegadas a determinadas asociaciones de profesionales legalmente reconocidas.

Esta imposición de condiciones, directa por el organismo público, o bien delegada, no tiene otro fin sino el de regular las relaciones entre las partes intervinientes: banco y cliente.

Diferentes serán aquellas condiciones resultado de acuerdos o convenios entre los empresarios del sector y que aplican de manera idéntica en sus relaciones con los clientes, no pudiendo darle el calificativo de normas de Derecho objetivo. Aquellas condiciones impuestas en el contrato, y que gocen de la más amplia difusión y aplicación, si podrían considerarse como norma de Derecho objetivo, y más bien por la indiscutible aceptación, norma impuesta, que ambas partes le otorgan, y aceptan.

El sector bancario es singular, las condiciones generales integradas en el contrato, predispuestas por el banco solo aspiran a regular las relaciones contractuales con sus clientes.

Las condiciones generales de la contratación, no solo bancaria, tienen otra aspiración, normativa, de Derecho objetivo de obligado cumplimiento y aceptadas por ambas partes como medio unificador de voluntades.

## **2. Los Contratos bancarios**

### **2.1 Concepto**

Cuando nos referimos al contrato bancario, el empleo del calificativo “bancario”, está plenamente justificado dada su especialidad en tanto instrumenta operaciones del mercado bancario en las que interviene una entidad regulada por Derecho público que establece unos requisitos de acceso y ejercicio de actividad, así como el sometimiento a los controles tanto del Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores y Ministerio de Economía y Hacienda.

Podemos entender, y con matizaciones, que el contrato bancario es aquel que se inserta en la actividad típica y específica de la intermediación crediticia, teniendo en cuenta que no todo contrato concertado por entidades de crédito puede denominarse bancario<sup>48</sup> (ni todas las entidades de crédito se pueden denominar Banco), ni todos los utilizados por las entidades de crédito en el desarrollo de su actividad son de exclusiva utilización por las mismas.

Desde una postura subjetivista el contrato bancario será el concluido por una entidad de crédito en el desarrollo de su actividad<sup>49</sup>, en el que confluirá un acuerdo para constituir, modificar y extinguir la relación que tenga por objeto una operación bancaria<sup>50</sup>.

Desde una postura objetivista, lo que primará será la causa, como finalidad del contrato<sup>51</sup>.

Evidentemente en no pocas ocasiones ambas circunstancias confluyen, aunque es determinante la intervención de la entidad de crédito, dado que el día a día de la

---

<sup>48</sup> Cfr. Disposición Adicional 1ª de Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero, así como RD 692/1996, de 26 de abril sobre el régimen jurídico de establecimientos financieros de crédito.

<sup>49</sup> Cfr. CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J.; «Lecciones de contratos y mercados financieros», 2004, p.85.

<sup>50</sup> Cfr. GARRIGUES, J.; «Contratos bancarios», en TAPIA HERMIDA, A.J., «La contratación bancaria», 2007, p.133 y ss.

<sup>51</sup> Cfr. BONET SÁNCHEZ, J. I.; «El contrato bancario», 1998, Capítulo II: “Contratos bancarios y para bancarios”, p.85 y ss. La posición subjetivista viene siendo defendida por GARRIGUES, FERRI Y GARCÍA VILLAVARDE; la postura objetivista, viene siendo defendida por SANTOS.

actividad bancaria, prácticamente la totalidad de los contratos suscritos por las entidades de crédito lo son con sus clientes en operaciones activas, pasivas y neutras, aunque obviamente también suscriban con sus proveedores contratos de suministros y obras entre otros, necesarios para el mantenimiento de estructuras informáticas y administrativas.

La finalidad no es tan determinante en la calificación de bancario para un contrato, dado que el préstamo de dinero puede suscribirse entre particulares, mientras que la cuenta corriente como operación neutra, solo esta pensada para ser abierta en una entidad bancaria.

Lo que caracterizará a un contrato bancario es la intervención de una entidad de crédito, pero no cualquier entidad de crédito<sup>52</sup>, debiendo seguir el régimen jurídico que a tal efecto establece la LDIEC y legislación concordante<sup>53</sup>.

Los cambios legislativos en este campo son consecuencia de la agilidad de nuestro legislador, acometiendo un importante cambio en esta materia, como es el R.D 14/2013, de 29 de noviembre de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras.

Este R.D 14/2013 de 29 de noviembre, tiene clara vocación intervencionista ante la profunda situación de crisis financiera en que se ha visto inmersa la estructura financiera nacional, y ante la gravedad de la disparidad de nuestra legislación con las exigencias de solvencia exigidas a la entidades financieras por parte del legislador comunitario<sup>54</sup>, de tal suerte que cuando nos referimos a los contratos bancarios debemos hacerlo en sentido estricto, como los desarrollados o utilizados por los Bancos, las Cajas de Ahorros y la Confederación Española de Cajas de Ahorros(CECA), las Cooperativas de Crédito, y el Instituto de Crédito Oficial (ICO), habiendo sido suprimido el apartado e) de este artículo 1.2 del R.D 1298/1986, por el art. 2.1 del R.D 14/2013 de 29 de noviembre, que consideraba también entidad de crédito a los establecimientos financieros de crédito.

El ICO y CECA, son entidades un tanto atípicas, dado que no desarrollan actividades crediticias en sentido estricto, toda vez que el ICO no puede captar fondos

---

<sup>52</sup> Cfr. TAPIA HERMIDA, A. J; ob. cit. p. 132 y ss., en PETIT LAVALL, M.V; «Tratado de contratos», 2013, Tomo V, p.5831.

<sup>53</sup> Cfr. Art. 39 LDIEC, art. 1.1 del RD Legislativo 1298/1986, modificado por la Ley 44/2002 de 22 de noviembre de Medidas de Reforma del Sistema Financiero.

<sup>54</sup> Cfr. Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras.

del público, y la CECA desarrolla una labor de representación de las Cajas de Ahorro y de prestación de servicios<sup>55</sup>.

En Derecho Comunitario, las entidades de crédito son definidas en el art. 4.1 de la Directiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de julio de 2006, entendiéndose por entidad de crédito aquella empresa cuya actividad principal consiste en la captación de depósitos del público, u otros fondos reembolsables, y en conceder créditos; y también, aquella empresa cuya actividad sea la de dinero electrónico conforme a la Directiva 2000/46/CE del parlamento europeo y del consejo de 18 de septiembre, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio así como la supervisión cautelar de dichas entidades .

En el Derecho español, el marco definitorio de la actividad será el del art. 1.1 del R.D 1298/1986 de 28 de junio, de acuerdo con la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de marzo, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y su ejercicio, entendiéndose por entidad de crédito:

“Aquella empresa cuya actividad típica y principal fuere la captación de fondos del público en cualquiera de las formas aptas para este fin, y que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicando estos fondos captado a la concesión de préstamos u otras operaciones de naturaleza análoga”<sup>56</sup>.

Dos características esenciales identificarán al contrato bancario: la intervención de una entidad de crédito, banco o caja de ahorros, y actividad no solo de préstamo, sino también de captación de pasivo.

En consecuencia, podemos afirmar que contrato bancario será aquel acuerdo de voluntades que se lleva a cabo mediante una operación de intermediación indirecta en el crédito u operaciones accesorias a la misma<sup>57</sup>, y en la que necesariamente interviene una entidad bancaria de las descritas como tales en los textos normativos, y el particular, o cliente, que en unos supuestos serán particulares o consumidores, y en

---

<sup>55</sup> Cfr. Art. 28 a 31 Ley 31/1985, de 2 de agosto, de regulación de las normas básicas sobre órganos rectores de las Cajas de Ahorros, modificados por el Real Decreto Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros; en PETIT LAVALL, M.V; «Tratado de contratos», 2013, Tomo V, p.5831.

<sup>56</sup> Cfr. Art. 1.1 Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, por el que se adaptan las normas legales en materia de establecimientos de crédito al ordenamiento jurídico de la Comunidad Económica Europea, así como R.D 14/2013 de 29 de noviembre de de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras.

<sup>57</sup> Cfr. CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J; «Lecciones de contratos y mercados financieros», 2004, p.86, en TAPIA HERMIDA, A.J., «La contratación bancaria», 2007, p.134 y ss.

otros supuestos, serán empresas lo que supondrá la aplicación necesaria de regímenes jurídicos específicos, como es la legislación de consumo.

A tenor de estos rasgos, los contratos bancarios se han venido a clasificar en dos grandes grupos:

- a) contratos de captación de pasivo, fondos del público o clientela, y
- b) contratos de activo, financiación, riesgo crediticio.

En un tercer grupo sería el denominado de operaciones neutras, que no siendo específicamente de captación de pasivo, o de activo, préstamos y créditos, englobaría aquellas figuras contractuales relativas a la actividad de prestación de servicios de las entidades de crédito en beneficio de sus clientes.

Si bien, los grupos citados son los identificadores de la actividad bancaria, debemos poner el acento en el mayor peso que en volumen general diario de actividad bancaria representan las operaciones neutras. Como operaciones neutras habituales en la práctica bancaria destacar a la cuenta corriente bancaria, los servicios de transferencias tanto nacionales como internacionales, la operatividad en el mercado del seguro, el denominado “confirming” y el alquiler de cajas de seguridad entre otros.

Parece en consecuencia más acorde con el desarrollo y actividad bancaria actual, hablar de tres grandes grupos de contratos bancarios: contratos de captación de pasivo; contratos de activo, y los contratos que vienen definiéndose como neutros que incorporan una pluralidad de actos o negocios que no son típicamente ni de activo ni de pasivo<sup>58</sup>.

## **2.2 Caracteres**

Los contratos bancarios, tienen pese a su diversidad unos rasgos comunes que nos permite afianzar el concepto de contrato bancario.

### **2.2.1 Contratos de empresa**

Necesariamente deben celebrarse por una entidad de crédito, y en consecuencia deben ser considerados como contratos mercantiles<sup>59</sup>.

La ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946, formuló por primera vez en nuestro Derecho positivo un concepto de banco al decir que ejercen el

---

<sup>58</sup> Cfr. CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J.; «Lecciones de contratos y mercados financieros», 2004, p.86.

<sup>59</sup> Cfr. CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J.; «Lecciones de contratos y mercados financieros», 2004, p.86.

comercio de banca, las personas naturales o jurídicas que con habitualidad y ánimo de lucro (características de la actividad que se dan necesariamente) reciben del público, en forma de depósito irregular o en otras análogas, fondos que aplican por cuenta propia a operaciones activas de crédito y a otras inversiones, con arreglo a las leyes y usos mercantiles.

Estas operaciones descritas, no son excluyentes o limitativas de la actividad de los bancos, sino que prestan también por regla general a su clientela servicios de giro, transferencia, mediación y otros con relación a los anteriores, propios de la comisión mercantil<sup>60</sup>.

En definitiva el banco es la empresa mercantil que tiene por objeto la mediación en las operaciones sobre dinero y sobre títulos, entendido esto en términos generales.

El término “entidad de crédito” y “banco”, frecuentemente se utilizan de manera indistinta.

Por entidad de crédito entendemos aquella empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público en forma de depósitos u otros fondos reembolsables, esto es, llevando aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos, tal y como se define en art. 1.1 del R.D 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del Derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades europeas<sup>61</sup>.

Esta terminología esta en armonía con la idea o concepto que de entidad de crédito se quiere adoptar en el marco del espacio común europeo, así la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de marzo de 2000, relativa al acceso y actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio.

Para la Directiva 2000/12/CE de 20 de marzo, la actividad de la entidad de crédito consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables, y en

---

<sup>60</sup> Cfr. Art. 37 LOB.

<sup>61</sup> Cfr. Art. 2.1 del R.D 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras; en consonancia con la Directiva 2013/36/UE de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y la Directiva 2006/49/CE; así como debemos tener en cuenta la definición de entidad de crédito contenida en el art.4, apartado 1, punto 1 del Reglamento UE/575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por el que se modifica el Reglamento nº 648/2012.



conceder créditos por cuenta propia<sup>62</sup>, y es un concepto y definición comúnmente aceptado y sin fisuras, lo que vemos esta en sintonía con el art. 37 de la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946.

Es un concepto amplio, describe una actividad de flujo y movimiento continuo de recepción de fondos reembolsables e inversión crediticia por cuenta propia, de operaciones de intermediación pasivas y activas sin detenerse en la estructura jurídica de la entidad<sup>63</sup>.

Encontraremos también entidades de crédito, que siéndolo legalmente, son un tanto atípicas como es el Instituto de Crédito Oficial<sup>64</sup> (en adelante ICO) y la Confederación de Cajas de Ahorro (en adelante CECA).

Es trascendente la definición legal de entidad de crédito, toda vez que supondrá el sometimiento a un régimen jurídico común para todas las entidades que tienen cabida en el mismo y que cumplan esos presupuestos, independientemente de la normativa específica aplicable a cada caso o clase de entidad.

Las Cajas de ahorro gozan de un régimen jurídico establecido por la comunidad autónoma en su Estatuto de Autonomía, además del régimen jurídico estatal.

Las Cajas de ahorro nacieron como entidades de beneficencia orientadas al fomento y protección del ahorro, generalizando el acceso al crédito a las clases más desfavorecidas<sup>65</sup>, entidades con un profundo arraigo en las provincias y municipios.

La primera norma que las reguló fue la Orden de 3 de Abril de 1835, y las posteriores regulaciones se justifican por su cada vez mayor similitud con lo bancos, así el R.D 2290/1977 de 27 de agosto, para la regulación de los órganos de gobierno y de las fusiones de las cajas de ahorros, permitió a las cajas de ahorros realizar las mismas operaciones que los bancos.

Tras la aprobación de la Constitución Española en 1978, las Cajas tendrán expansión en las comunidades autónomas, lo que ha supuesto una profunda transformación en cuanto a dimensiones organizativas como de desarrollo financiero.

---

<sup>62</sup> Cfr. Art. 1 Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de marzo de 2000, relativa al acceso y actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio.

<sup>63</sup> Cfr. TAPIA HERMIDA, A. J.; en GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C.; «Contratos mercantiles, contratos bancarios del mercado de valores y de seguro», 2001, p.79.

<sup>64</sup> Cfr. Art. 2, nº 10 de la Directiva 2013/36/UE, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, que excluye de la aplicación de la Directiva al Instituto de Crédito Oficial (ICO).

<sup>65</sup> Cfr. Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias.

La Ley 31/1985 de 2 de agosto de regulación de las normas básicas sobre Organos Rectores de las Cajas de Ahorros, desarrollada por el R.D 798/1986 de 21 de marzo, y por el R.D 302/2004 de 20 de febrero sobre cuotas de participativas de Cajas de Ahorro, serán los textos normativos que regularán su actividad.

La expansión de las cajas de ahorros, su cada vez mayor red de oficinas y competencia con otras cajas adscritas a la Comunidad autónoma, así como los momentos de crisis financiera, motivará la participación y creación de bancos a través de los cuales desarrollarán su actividad bancaria y así se articulará en el R.D 11/2010 de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros.

La Ley 26/2013 de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, sigue un esquema similar al de la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de regulación de las normas básicas sobre Organos Rectores de las Cajas de Ahorros, haciendo hincapié en el tamaño de las Cajas, en su dimensión y expansión, de tal forma que se pueda garantizar la estabilidad del sistema financiero.

Se vincula la entidad con la Comunidad Autónoma, donde se centrará su actividad. El texto normativo tiene vocación de continuidad con los textos anteriores, insistiendo en la finalidad de las Cajas de Ahorros como vehículo para facilitar el acceso a los servicios financieros a las pequeñas y medianas empresas, así como a los clientes considerados minoristas o con más ajustados recursos económicos y de acceso a servicios financieros.

Es de destacar el profundo cambio que se contempla en cuanto a los órganos de gobierno de las cajas de ahorros, exigiéndose que todos sus miembros, y no la mayoría como hasta la fecha de promulgación de la Ley, tengan conocimientos y experiencia suficientes para ocupar tal puesto, dado que hasta la fecha, la composición de los consejos se integraba por consejeros designados sin constatación de su formación para tomar decisiones de hondo calado económico; se incluye la figura de un consejero independiente que reportará al Consejo y deliberará desde una óptica de independencia y neutralidad.

Los representantes de los impositores tendrán un porcentaje de participación en el Consejo de entre un 50 y 60%.

La regulación de las fundaciones bancarias, se inspira en el R.D 11/2010 de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros.

El concepto de “Banco” es más concreto, y hará referencia a una entidad de crédito organizada bajo la fórmula de sociedad anónima<sup>66</sup>, y quizá sea este el rasgo diferenciador, pues en puridad el legislador tanto europeo como nacional, evita el término Banco.

El banco como empresa, sociedad anónima, se dedicará a la actividad bancaria típica consistente en la captación de depósitos, unas veces esos depósitos se convierten en modalidades de ahorro de los clientes, y otras veces en depósitos a la vista, y con un destino como será el de invertirlos por cuenta propia en operaciones crediticias haciendo así productivo ese ahorro que de lo contrario resultaría improductivo y antieconómico.

El banco concede el crédito directamente al cliente que lo solicita, no intermedia entre ahorrador y peticionario de crédito, remunera el ahorro y cobra interés por el dinero concedido a préstamo, su beneficio se encuentra en la diferencia entre intereses remuneratorios del ahorro y cobro de intereses por el préstamo.

El banco, establece los mecanismos de control y vencimientos con la suficiente antelación y garantía de poder devolver al ahorrador sus recursos cuando vengzan los plazos de ahorro, y también en los depósitos a la vista, de tal forma que nunca se posiciones en deuda con los clientes si estos le requieren los depósitos, teniendo también en cuenta que nunca los ahorradores y cuenta corrientistas van a disponer al unísono de los recursos; concede préstamo pero coordinando los vencimientos de los mismos, la devolución, con los vencimientos de los depósitos de los clientes.

La actividad bancaria esta regulada por el RD 1245/1995 de 14 de julio, sobre creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito, con relación al artículo 37 de la LOB, pero teniendo en cuenta cierto anacronismo de éste artículo con la actividad actual de los bancos que no se circunscribe a esa literalidad.

El objeto de la actividad bancaria no se circunscribe a la literalidad básica descrita, se incluye también en su actividad la posibilidad de emitir medios de pago en forma de dinero electrónico; asimismo debemos tener en cuenta que también puede la entidad de crédito en el marco de su actividad conceder créditos por cuenta ajena, no

---

<sup>66</sup> Cfr. Art. 2.1 a) del RD 1245/1995 de 14 de julio, sobre creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito.

cerrándose el círculo en cuanto a sus posibilidades de actividad empresarial, obviamente deberá atenerse a la legislación, prolija, que tutela esta actividad<sup>67</sup>.

Asimismo la actividad bancaria es exclusiva y excluyente, solo los bancos la pueden ejercer y llevar a cabo, cualquier otra actividad debe ser complementaria o accesoria de la principal<sup>68</sup>.

Los establecimientos financieros de crédito, no son bancos en puridad, ni considerados entidades de crédito pues la reserva de la actividad bancaria implica la de reserva legal de la denominación<sup>69</sup>, lo que nos hará distinguir los bancos de los denominados establecimientos financieros de crédito que sin ser entidades bancarias, desarrollan su actividad con dedicación exclusiva a las denominadas operaciones activas o de crédito, como el crédito al consumo, créditos hipotecarios, descuento comercial de efectos, así como las operaciones financieras de factoring y leasing, emisión y gestión de tarjetas de crédito, concesión de avales y garantías, entre otras.

Los establecimientos financieros de crédito<sup>70</sup> se rigen por un estatuto jurídico común a todas ellas y es el que se desarrolla en el R.D 692/1996, de 26 de abril, que limita el objeto al que se pueden dedicar estas entidades y establece a su favor una reserva legal en cuanto al mismo<sup>71</sup>, lo que supone un acierto del legislador, lo que evitará la presencia en el mercado de entidades, sociedades con pretensión y apariencia de entidades financieras de crédito, cuando en puridad no son sino intermediarios en el mercado financiero, que facilitan el contacto entre el cliente y la entidad financiera de crédito legalmente constituida.

El objeto de la sociedad deberá ser exclusivo y excluyente, debiendo tener cualquier otra actividad el carácter de accesoria de la principal. La infracción de esta norma supuso infracción muy grave o grave a tenor de lo dispuesto en los artículos 4, d) y 5, c) de la Ley 26/1988 de 29 de julio de disciplina e intervención de entidades de crédito.

---

<sup>67</sup> Cfr. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L.; «Las entidades de crédito y sus operaciones bancarias neutras», 2006, p.46 y ss.

<sup>68</sup> Cfr. GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C.; «Contratos mercantiles, contratos bancarios del mercado de valores y de seguro», 2001, p.101.

<sup>69</sup> Cfr. Arts. 28 y 29 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e intervención de las entidades de crédito.

<sup>70</sup> Cfr. GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C.; «Contratos mercantiles, contratos bancarios del mercado de valores y de seguro», 2001, p.121.

<sup>71</sup> Cfr. Art. 28 de la LDIEC, en relación con art. 1.2 del R.D 1298/1986 de 28 de junio.

### 2.2.2 Contratos atípicos

Pese a estar mencionados en el CCo<sup>72</sup> no se encuentren regulados en el mismo, salvo el contrato de préstamo regulado tanto en el CCo como en el CC

Por el hecho de ser mencionados en el Código de Comercio, quedarán sometidos a su imperio, formarán parte del Derecho mercantil, el cual no permanece inalterable a la evolución de la economía y flujo bancario, lo que permite podamos hablar del nacimiento de ramas autónomas del Derecho mercantil como es el Derecho bancario.

En el Derecho bancario encontraremos nuevos tipos de relaciones y negocios jurídicos como es el contrato de cuenta corriente a la vista, y el depósito en cuenta corriente, que reúnen características mixtas, pues, de un lado, existe la figura jurídica del depósito, y de otro, nos encontramos con las necesidades de la industria y actividad mercantil que obliga al banco a negociar y acceder a la figura de la cuenta disponible, corriente a la vista.

### 2.2.3 Utilizan condiciones generales de la contratación

Son predisuestas por la entidad, que si bien resultan del todo inexcusables por la funcionalidad de la actividad, si es menester prestar especial atención en las operaciones de activo, especialmente en el crédito al consumo.

En virtud de la existencia de condiciones generales de la contratación serán de aplicación y seguimiento las normas de control en esta materia<sup>73</sup> como es la LCGC, y si el cliente es consumidor, será de aplicación el TRLDCU, así como la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (LCC) dado que será operación habitual en la actividad bancaria, y manifiesta este texto legal, así como el TRLGDCU, un afán proteccionista del consumidor dado el desequilibrio que se da en la relación jurídica entre las partes, así el artículo 5 de la LCC declara nula la renuncia de los derechos de los consumidores, declarándose el carácter imperativo de la norma.

Son frecuentes los supuestos de condiciones generales de la contratación, empleadas en la actividad bancaria de índole claramente abusiva, entendiendo por tales las descritas en el TRLGDCU arts. 82 y siguientes, y siendo abundante la jurisprudencia declarando nulas estas cláusulas contenidas en los contratos<sup>74</sup>, anulándose la cláusula o cláusulas que resultaren abusivas.

---

<sup>72</sup> Cfr. Art. 175 y ss. del CCo

<sup>73</sup> Cfr. PETIT LAVALL, M. V.; «Tratado de contratos», 2013, Tomo V, p. 5831.

<sup>74</sup> Cfr. STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 16.12.2009 (RJ 702); SJM nº 9 de Madrid de 8.9.2011 (JUR 322193).

Con relación a este supuesto, es de señalar la STS de de fecha 9 de mayo de 2013, que declara la nulidad por abusiva de la cláusula suelo en cuanto a determinación del tipo de interés en los préstamos hipotecarios. Esta sentencia es de trascendencia en la actividad bancaria y en la defensa de los consumidores, toda vez que unifica una jurisprudencia provincial contradictoria en este sentido, pues unas instancias la consideraban abusiva y otras no.

Otra cuestión es si la cláusula abusiva se refiere a condiciones esenciales del contrato como son el consentimiento, objeto y causa en los que la consecuencia de su impugnación es la nulidad del contrato, como así se ha venido a manifestar en numerosos contratos “swap” o permuta financiera, y fondos de inversión por vicio del consentimiento, y así lo entienden nuestros tribunales en reiterada jurisprudencia<sup>75</sup>.

#### 2.2.4 Objeto de aplicación de la normativa de transparencia bancaria

Repercutirá su empleo en el ámbito de protección de la contraparte en la contratación bancaria, en el cliente, o consumidor en su caso.

Las normas de transparencia tienen como objetivo lograr que los clientes de las entidades de crédito consigan comprender sin género de dudas y sin ambigüedades, hasta donde llegan sus derechos y obligaciones en la relación con la entidad.

Insistentemente, el deber de información, es el cauce obligado para conseguir en la relación contractual una auténtica protección de la clientela, que no solo beneficia al usuario, sino favorece la libre competencia entre las distintas entidades financieras, permitiendo la usuario de las mismas comparar entre unas y otras, optando libremente contratar con aquella que le ofrezca mayor confianza y se ajuste a sus necesidades financieras reales.

A partir del artículo 48.2 de la LDIEC, se desarrolla un complejo y amplio repertorio legislativo, de ordenes ministeriales y circulares del banco de España, en materia de transparencia bancaria, que en definitiva expresan la voluntad del legislador por garantizar en las relaciones negociales entre los bancos y sus clientes las máximas cotas de información y transparencia posibles<sup>76</sup>.

En cuanto a las normas de transparencia bancaria propiamente dicha, encontraremos de una parte, normas de información contractual obligatoria que las entidades de crédito deben facilitar a los clientes, y de otra parte, la exigencia de

---

<sup>75</sup> Cfr. SAP de Jaén, Sección 3ª de 27.3.2009 (AC 1604); SAP Zaragoza, Sección 5ª de 206.2011 (JUR 245705); SAP Las Palmas, Sección 5ª de 11.6.2010 (AC 1757); SAP de Salamanca, Sección 1ª de 21.06.2011 (JUR 278647), y SAP de Barcelona, Sección 19ª, de 9.5.2011 (JUR 259263).

<sup>76</sup> Cfr. PETIT LAVALL, M. V.; «Tratado de contratos», 2013, Tomo V, p.5831.

información precontractual que debe facilitarse a cualquier persona que lo solicite a la entidad, se tenga intención, o no, de concluir un contrato con la entidad bancaria, esto es, para clientes potenciales y para los actuales.

Esta información precontractual versará sobre los tipos de interés aplicables, las comisiones y gastos que se aplican a los servicios y operaciones, criterios sobre fechas de valoración entre otros.

Las normas de información contractual, serán las que determinan la obligatoriedad de entrega de la documentación que acredita y refleja la relación negocial establecida entre las partes, así como la obligación de entregar toda la documentación adicional y complementaria que acompaña al contrato.

Por último, debemos hacer mención a las denominadas normas de ejecución contractual, que son las que hacen referencia a la liquidación de intereses, debiendo ser claras, comprensibles y accesibles, y deben facilitarse al cliente en cualquier operación que se convenga, y no solo de activo, sino de pasivo también.

El régimen normativo que conforma la que hemos venido a denominar régimen de transparencia bancaria, parte del artículo 48.2 de la LDIEC<sup>77</sup> que faculta al ministro de Economía y Hacienda para que con la finalidad de proteger los intereses de los clientes de las entidades de crédito, establezca todas aquellas obligaciones específicas aplicables a las relaciones contractuales entre una parte y otra, y se exija la comunicación de las condiciones de ciertas operaciones a las autoridades administrativas encargadas de su control<sup>78</sup>.

Parte el desarrollo de este régimen normativo de una pluralidad de normas, debiendo hacer hincapié en su origen, en la OM de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés, comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, completada por la OM de 5 de mayo de 1994, para los préstamos en los que la garantía recaiga sobre una vivienda, y modificada a su vez por la OM de 1 de diciembre de 1999, sobre fórmula de cálculo del tipo de interés del mercado interbancario a un año (MIBOR)<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> Cfr. La modificación de este artículo por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre por el que se modifica la Ley 2/1981 de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, modificándose la letra a) y añadiendo un nuevo apartado h).

<sup>78</sup> Cfr. Circular 5/2012, de 27 de junio del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad de la concesión de préstamos.

<sup>79</sup> Cfr. PETIT LAVALL, M. V.; «Tratado de contratos», 2013, Tomo V, p.5835.

La normativa sobre transparencia bancaria ha sido prolija y dispersa, dictándose órdenes y circulares incompletas, sin atacarse por parte del legislador de manera efectiva la regulación de la actividad de las entidades bancarias y las exigencias de información que deben facilitarse a la clientela en sus relaciones contractuales, en parte por el importante factor mediático y político que aúna el sector financiero.

Nuestro legislador ha acotado finalmente esta materia de la transparencia bancaria con dos disposiciones esenciales, la EHA/2899/2011, de 28 de Octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, y la Circular 5/2012 de 27 de junio del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

Hasta la promulgación de estas disposiciones en materia de transparencia bancaria, el devenir de la normativa sectorial no ha permitido mantener una línea de estabilidad jurídica, produciéndose continuos cambios y modificaciones que en nada han favorecido a la seguridad jurídica.

Los antecedentes de la normativa de transparencia y protección de la clientela, se perfilan desde un intenso y disperso elenco de diferentes disposiciones normativas de diversa índole, como son la:

-Ley 26/1988, de 29 de julio de disciplina e intervención de las entidades de crédito, art.48.2.

-Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España. Entidades de crédito. Transparencia de las operaciones y protección de la clientela (derogada por la Circular 5/2012, de 23 de junio).

-Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, medidas fiscales, administrativas y del orden social, art. 178.

-Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

-Real Decreto 2660/1998, de 14 de diciembre, sobre cambio de moneda extranjera en establecimientos abiertos al público distintos de las entidades de crédito.

-Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios. Art.40.

-Orden de 16 de noviembre de 2000, de regulación de determinados aspectos del régimen jurídico de los establecimientos de cambio de moneda y sus agentes.

-Circular nº 6/2001, de 29 de octubre, del Banco de España.

-Circular nº 4/2002, de 25 de junio, del Banco de España, entidades de crédito, estadísticas de los tipos de interés que se aplican a los depósitos y a los créditos frente a los hogares y las sociedades no financieras.



-Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, art. 30, de medidas de reforma económica.

-Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades.

-Circular nº 2/2005, de 25 de febrero, del Banco de España, sobre ficheros automatizados con datos de carácter personal gestionados por el Banco de España.

-Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

-Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

-Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo. Art. 7 a 9.

-Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

-Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago.

-Circular 1/2010, de 27 de enero, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre estadísticas de los tipos de interés que se aplican a los depósitos y a los créditos frente a los hogares y las sociedades no financieras.

-Real Decreto 712/2010, de 28 de mayo, de régimen jurídico de los servicios de pago y de las entidades de pago.

-Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago.

-Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios.

-Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios.

-Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Arts. 29, 31 y DT 5ª.

-Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.

-Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

-Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos

-Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos

-Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones

del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

-Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

-Real Decreto-ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero. DA 2ª.

-Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el 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.

-Resolución de 10 de abril de 2014 , de la Secretaría de Estado de Economía y apoyo a la empresa, por la que se publica la lista de entidades que han comunicado su adhesión al código de buenas prácticas y de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Estas órdenes ministeriales han sido desarrolladas por diferentes Circulares del Banco de España<sup>80</sup>, siendo la que inicia esta continua elaboración normativa la Circular 8/1990 de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, y por último, será la Circular 5/2012, de 27 de junio del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad de la concesión de préstamos.

Esta Circular 5/2012, de 27 de junio, que sustituye a la Circular 8/1990 de 7 de septiembre tiene como finalidad la de desarrollar de manera ordenada y unificada los mandatos contenidos en la esencial Orden del Ministerio de Economía y Hacienda EHA/2899/2011 de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, dictada en el marco de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

Debemos de considerar también, dentro de la que venimos a denominar normativa de transparencia, la Orden EHA/1608/2010 de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios

---

<sup>80</sup> Cfr. Circular del Banco de España 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, modificada por la Circular 13/1993, de 21 de diciembre, ; Circular 4/1994, de 22 de Julio, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, Circular 3/1996, de 27 de febrero, Circular 4/1998, de 27 de enero, Circular 3/1999, de 24 de marzo, Circular 1/2000, de 28 de enero, Circular 3/2001, de 24 de septiembre, Circular 4/2002, de 25 de junio.

de pago, y la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios.

En consecuencia, y así se manifiesta en la Exposición de Motivos, expositivo primero, de la EHA/2899/2011, la normativa común, que en cuanto a transparencia bancaria veníamos aplicando en nuestro entorno nacional (órdenes ministeriales de 1989 y 1995, así como la Circular 8/1990 del Banco de España que las desarrolla), han quedado obsoletas debido, entre otros motivos, a:

- la comercialización de nuevos tipos de productos y servicios bancarios

- el incremento del acceso minorista a los servicios bancarios

- la aplicación de las nuevas tecnologías a la contratación bancaria

- la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores entre otros, y a

- la situación de crisis financiera muy unida al espectacular desarrollo del sector de la construcción en España.

La situación normativa actual en cuanto a transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, se edifica sobre dos pilares fundamentales: la EHA/2899/2011 de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios ( en adelante la Orden), y la Circular 5/2012, de 27 de junio del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad de la concesión de préstamos ( en adelante la Circular).

La Orden nace con un triple objetivo:

- a) unificar y concentrar en un texto único, toda la normativa básica de transparencia, mejorando en claridad de exposición y facilitando su acceso al ciudadano de manera sencilla y comprensible.

- b) actualizar el conjunto de las previsiones relativas a la protección del cliente bancario, racionalizando y aumentando las obligaciones de transparencia y conducta de las entidades de crédito, especialmente en materias como los servicios de asesoramiento en el que se incide debe ser prestado en interés del cliente, valorando su situación y su capacidad inversora, y asimismo, la Orden reconocerá definitivamente los medios electrónicos como mecanismos equiparables al soporte en papel en sus relaciones con los clientes.

c) desarrollar los principios contenidos en la Ley 2/2011 de 4 de marzo de economía sostenible en lo referente al préstamo responsable de tal forma que en beneficio de los clientes y de la sostenibilidad del sistema financiero, la concesión de préstamos se conduzca por el criterio de realidad y no de oportunidad, valorándose tanto la capacidad crediticia del cliente como el análisis responsable en cuanto a su concesión por parte de la entidad financiera.

Las pautas a seguir contenidas en la Orden, serán desarrolladas por la Circular 5/2012, de 27 de junio del Banco de España, que sustituye a la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, con la que nuestro legislador ha conseguido establecer unas pautas de conductas únicas y claras.

La Orden, dedica prácticamente todo su articulado a dos objetivos claros: la información y la protección del cliente bancario.

La información supone acercar al cliente a aquellos aspectos de los contratos y servicios bancarios que hasta la fecha se le encontraban ocultos o vedados, inmersos en farragosas cláusulas con una tipografía y formato de letra indescifrable.

Junto con la información, y como medio de suministrarla, la publicidad es objeto de mención en el art. 5 de la Orden, así como en las EHA/1717/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de servicios y productos de inversión, y en la EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, exigiéndose sea clara, objetiva y no engañosa.

Será la Circular la que desarrolle ampliamente los criterios a seguir establecidos en la Orden, dictando las normas necesarias y determinantes para ejecutar las disposiciones de la Orden, haciéndose extensiva esta voluntad en cuanto a dictar las normas que tutelen el cumplimiento de las obligaciones de información por parte de los proveedores de servicios de pago que ofrezcan los servicios de cambio de divisa, de conformidad con lo previsto en la Orden EHA/1608/2010 de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago.

Sin ánimo de ser exhaustivos en el análisis, si debemos destacar los aspectos más relevantes y novedosos del texto normativo.

El ámbito de protección preferente en ambos textos es el mismo: la persona física, el cliente bancario como consumidor, que actúa como actividad ajena a su vida profesional o empresarial, siendo usuario o contratante de servicios bancarios tanto de activo, pasivo, como operaciones neutras.

Para el supuesto contrario, cuando la persona física o jurídica actúa en el ámbito de su actividad profesional o empresarial, las partes, entidad financiera y cliente, pueden acordar la no aplicación total o parcial de lo previsto en la Circular.

Los deberes de información son rasgo dominante de esta Circular, que el legislador ha pretendido sea un texto unificador de la extensa normativa ya citada, y podemos congratularnos por contar con un punto de referencia global sobre el que poder orientar la actividad bancaria y su relación con los clientes.

El sentido proteccionista hacia el cliente bancario, consumidor, es evidente a lo largo del texto normativo, así destaca desde el Capítulo II hasta el Capítulo V, su objeto será exclusivamente la información: información general al público (Capítulo II), información precontractual (Capítulo III), e información contractual e información posterior al contrato (Capítulo IV). El Capítulo V, atenderá las normas a seguir en cuanto al préstamo responsable, el Capítulo VI atenderá las normas a seguir en cuanto a tipos de interés y el Capítulo VII, establecerá las normas en cuanto a la información que se debe facilitar al Banco de España.

Si bien la Circular 8/1990 de 7 de septiembre, suponía un intento claro de unificación de las anteriores circulares, es cierto que nuestro legislador era consciente de su falta de adecuación a la actividad bancaria real, y evidentemente en esas fechas, internet y las nuevas tecnologías no habían irrumpido todavía en la actividad, no solo bancaria, sino en la vida cotidiana, por lo que, podemos afirmar, se adecuaba parcialmente al momento en el que se desarrolla.

La Circular 5/2012, de 27 de junio, contempla no solo el nuevo escenario de servicios bancarios múltiples, sino además la incidencia y utilización de la contratación a distancia y nuevas tecnologías en la contratación bancaria.

Así en el Capítulo II, al referirse a la información general al público, según la norma tercera que se ocupará de la información en cuanto a los tipos de interés y comisiones, esta información deberá ser completa y clara, obligando a las entidades a publicar, tanto en soporte de papel, exponiéndose en lugar visible de las sucursales bancaria, como en las páginas de internet mediante vínculos de fácil acceso, destacados y vivibles que puedan ser localizados en la primera página oficial de la entidad de tal forma que el cliente bancario pueda de forma sencilla y rápida conocer las condiciones, tipos de interés, y gastos de todas las operaciones bancarias que son potencialmente contratables.

Es significativo dentro de este Capítulo II de la Circular, la norma quinta que bajo el título de “explicaciones adecuadas y deber de diligencia” de las entidades de

crédito con los clientes, antes de iniciar cualquier relación contractual, se remite al art. 9 de la Orden<sup>81</sup>, exigiéndose a las entidades de crédito que faciliten de forma comprensible y adecuada los términos esenciales del servicio bancario ofertado, explicación de las consecuencias que para el cliente tiene la contratación de derivado servicio.

En las operaciones de préstamo, se debe informar al cliente en cuanto los tipos de interés, las cuotas a satisfacer, el plan de pagos, las comisiones directas e indirectas, así como de todas aquellas incidencias que pudieran surgir a lo largo de la relación contractual.

Para el supuesto de que suscriban el contrato avalistas, estos deben ser informados de las obligaciones que asumen junto con el deudor principal.

En los productos o servicios bancarios que impliquen riesgo, como son las operaciones con “swaps”, acciones preferentes, opciones de futuros, obligaciones convertibles, y todas aquellas que pueden dada su complejidad y volatilidad llegar incluso a la pérdida total de la inversión, el cliente debe ser informado de esta circunstancia antes de contratar, así como de la posibilidad de desistir y de las comisiones y consecuencias que este desistimiento implica.

De igual manera, esta misma norma quinta determina que el deber de diligencia al que se refiere el artículo 13 de la Orden, comprende facilitar el acceso a la situación bancaria de los clientes cuando se abre el proceso testamentario; informar a los clientes de las cuentas que pudieran tener inactivas y de los gastos y perjuicios que esto les podría suponer; y facilitar a los clientes las gestiones y trámites para traspasar a otra entidad financiera sus posiciones, cuando estos así lo han decidido, exigiéndose a la entidad un deber de diligencia facilitador y no obstructor.

Se exige en definitiva a la entidad financiera un comportamiento leal, adecuado a las exigencias del principio de buena fe objetiva<sup>82</sup>, que debe ser rector en el devenir de las relaciones contractuales entre las partes, y en este apartado, el comportamiento leal también debe ser exigido al cliente como comportamiento inspirado en la buena fe objetiva.

---

<sup>81</sup> Cfr. Norma quinta de la Circular 5/2012, de 27 de junio del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad de la concesión de préstamos, con relación al art. 9 de la EHA/2899/2011 de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

<sup>82</sup> Cfr. Art. 4 de la Ley 29/2009 de 30 de diciembre, por el que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

En el Capítulo III de la Circular, en su extensa norma sexta dedicada a la información precontractual, nuestro legislador en cierto modo repite literalmente la Orden, pero es a todas luces una norma suficientemente ilustrativa y garantista en las relaciones entidad de crédito y cliente.

Se exige en esta norma sexta, que la entidad facilite al cliente de forma gratuita toda la información que sea precisa para que pueda comparar ofertas similares.

Si bien es cierto que supone un importante cambio para las relaciones entre entidades y clientes, la redacción no parece muy acertada, quizá por un exceso garantista de nuestro legislador, dado que determinar que se entiende por “suficiente” información, y por “precisa” información para valorar ofertas similares, da lugar a interpretaciones diversas e inseguridades que van contra el propio espíritu de la norma.

El aspecto determinante es la exigencia clara de que la información facilitada debe ser clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa, debiéndose entregar la misma en soporte de papel, o cualquier otro soporte duradero con la debida antelación al tipo de contrato que se fuera a suscribir, que el cliente pueda conocer y formar su voluntad en cuanto a la decisión de contratar el servicio o producto bancario ofrecido.

Se contempla en esta norma sexta, la más extensa y básica de la Circular, las exigencias de información para prácticamente la totalidad de servicios bancarios más habituales a los que puede acceder el cliente, como depósitos a la vista, depósitos en los que existe en parte o en su totalidad retribución en especie, donde debe indicarse el valor que tiene el bien que se le entrega, y que compensación supone en la reducción de intereses por el depósito; las comisiones y gastos de todo tipo que llevan aparejados estos servicios conceptuados como de pasivo.

Se contemplan en esta misma norma sexta de la Circular, las exigencias de información relativas a las operaciones de activo, préstamos hipotecarios, créditos al consumo, de forma exhaustiva, exigiéndose la información relativa a tipos de interés, comisiones, gastos que llevan aparejados los préstamos hipotecarios, así como las condiciones de amortización del préstamo, y las condiciones especiales que se dan en los préstamos en que intervienen avalistas.

Consecuencia de lo farragoso y de la dificultad de poder si quiera leer las cláusulas y condiciones que figuran en los contratos de adhesión que facilitan las entidades financieras al celebrar un contrato, nuestro legislador acertadamente

determina en la norma séptima de la Circular, las informaciones que se deben resaltar<sup>83</sup>, y en particular las recogidas en el Anejo 3 de la Circular y no otras.

Deben resaltarse la información esencial que será la relativa a: los tipos de interés, plazo, derecho de desistimiento o no, comisiones, riesgos de los depósitos estructurados, referencia al Fondo de garantía de depósitos, y en la misma línea lo referente a préstamos y créditos, haciendo hincapié en las consecuencias y responsabilidades que supone la firma del préstamo para el cliente y la incidencia en su situación patrimonial presente y futura inmediata; así como la adecuación que debe existir entre el contrato que se suscribe y la ficha de información precontractual (FIPRE)<sup>84</sup>, y la personalizada (FIRPE).

Se exige en esta Norma séptima de la Circular, que la tipografía que resalte la información determinada en el Anejo III de la Circular, como es la utilización de mayor formato de letra y resaltada, solo se puede utilizar para esta información, no en general. El tamaño de la letra denominada pequeña, no podrá ser inferior a un milímetro y medio. Estas exigencias, en parte anecdóticas, no lo son tanto, y son motivo de interpretaciones erróneas y contradictorias que deben resolverse en no pocos casos en sede judicial.

Regula la Circular la entrega de la documentación contractual al cliente y el contenido de los contratos (normas octava a décima), así como las comunicaciones mínimas que debe tener la entidad con los clientes.

La entrega de documentación contractual, siempre y en todo caso debe hacerse en papel y/o en soporte electrónico duradero de tal forma que el cliente pueda conservar no solo un original firmado en su poder, sino también poder acceder al contrato archivado electrónicamente, bien en su propio medio informático, bien accediendo a la página oficial de la entidad.

Las comunicaciones con los clientes, su regulación, no resulta baladí en las relaciones entre entidad de crédito y clientes, pues hasta la Circular, quedaba un tanto al arbitrio y modo interno de operar de las entidades el como y cuando facilitar la información al cliente, la información relativa a sus operaciones con la entidad.

Se establece en la Circular, como mínimo, un deber de comunicación anual (mes de enero) facilitando un informe completo de las operaciones y servicios

---

<sup>83</sup> Cfr. Norma Séptima, y Anejo 3 de la Circular 5/2012, de 27 de junio del Banco de España.

<sup>84</sup> Cfr. Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, y Anexos I y siguientes de la EHA/2899/2011 de 28 de octubre.



contratados con la entidad, sus movimientos, liquidaciones y saldos. Lo habitual es que este resumen o informe sea mensual.

De resaltar el nº 6 de esta Norma undécima, en cuanto prohíbe expresamente una práctica habitual de las entidades de crédito como era, aprovechando los extractos de cuenta mensuales o anuales, notificar a los clientes cambios en las tarifas y comisiones que venían aplicándose hasta la fecha, lo que supone una alteración unilateral del contrato, pudiéndose considerar como cláusula abusiva a terno de lo dispuesto en el art. 82 del TRLGDCU.

La Circular, y obviamente la Orden, marcan las pautas a seguir en las siempre difíciles relaciones entre las entidades financieras y sus clientes, dada la situación de desequilibrio y desprotección en que se encuentra el cliente con relación a la entidad bancaria, tanto por diferente información que unos y otros manejan, como en la distinta capacidad de recursos ante reclamaciones en sede judicial.

Entre esas pautas a seguir, y con relación a la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, el Capítulo V de la Circular, norma duodécima, se establecen las pautas y políticas de procedimiento en cuanto a los préstamos responsables.

Se exige a la entidad un deber de actuación honesto, imparcial y profesional atendiendo a la situación financiera del cliente, sus preferencias y objetivos en la inversión, su conducta, la de la entidad, debe ir dirigida a orientar al cliente en cuanto a la toma de decisión de una solicitud razonada y adecuada con relación al préstamo que solicita.

Si bien, el comportamiento exigido a la entidad es el de actuar de manera honesta y responsable, el cliente<sup>85</sup> debe actuar igualmente de manera responsable facilitando a la entidad la información veraz y completa en cuanto a sus situación de solvencia y la finalidad de las facilidades crediticias que solicita.

El Capítulo VI de la Circular se dedica íntegramente a los tipos de interés, determinándose el modo calcular los mismos, informándose tanto de que modalidades de tipos de interés son aplicables, como la incidencia de las comisiones aplicadas en las situaciones de descubiertos tácitos, motivos estos de no pocas reclamaciones tanto ante los organismos de defensa de los intereses de consumidores y usuarios, como en sede judicial.

---

<sup>85</sup> Cfr. Capítulo V, Norma duodécima, nº 3 de la Circular 5/2012, de 27 de junio del Banco de España.

Es de resaltar, la ilicitud de aplicar comisiones por descubierto en los supuestos que los mismos se produzcan, no por el hecho de estar la cuenta sobrepasada en saldo, sino en el hecho de la aplicación de valoraciones contables, que no responden a una situación real de crédito<sup>86</sup>.

Por último el Capítulo VII de la Circular, establece que información deben facilitar obligatoriamente las entidades de crédito al Banco de España, recogidas en el Anejo 1 de la Circular.

Por medio de las disposiciones transitorias primera y segunda, se determinan las fórmulas de cálculo de los tipos de interés de los contratos celebrados antes de la entrada en vigor de la Orden.

Los distintos anejos que acompañan al texto, recogen con exactitud como debe ser, y que tipo de información debe ser facilitada al cliente, tanto en la fase precontractual, contractual y posterior a la celebración del contrato.

En definitiva, se abre un nuevo camino en lo que serán las relaciones entre los clientes y las entidades financieras, siendo la Orden, la Circular, la LCC, la LCDSFC, además de la normativa del mercado de valores, los pilares sobre los que nuestro legislador se apoya para regular y establecer unas pautas de conducta en las relaciones entidades financieras y clientes, en las que prima la protección al consumidor como parte menos favorecida en la relación contractual, sin privar del libre ejercicio de empresa de las entidades financieras.

Los textos legislativos citados, están cimentados en los deberes de información a facilitar al cliente, que de manera insistente y repetitiva es denominador común en todos los textos, y es la piedra angular que articulara la toma de decisión, formará la decisión de contratar o no.

Es interesante resaltar cual es el la naturaleza jurídica de esta dispersa y prolija normativa de transparencia, partiendo de cual es el papel que desarrolla el Banco de España en cuanto a las consecuencias de incumplimiento de las circulares<sup>87</sup>, y las incidencias en la contratación bancaria.

El Banco de España, desarrolla una labor de orden, disciplina y control de las entidades financieras, siendo discutible que sus circulares tengan eficacia directa,

---

<sup>86</sup> Cfr. Capítulo VI, Norma decimotercera, nº 7 *in fine*, Circular 5/2012, de 27 de junio del Banco de España.

<sup>87</sup> Cfr. PETIT LAVALL, M. V.; «Tratado de contratos», 2013, Tomo V, p.5835.

puedan regular las relaciones entre las entidades bancarias y sus clientes en el ámbito jurídico-privado negocial<sup>88</sup>.

Es evidente que las circulares son de obligado cumplimiento para la entidad bancaria, y evidentemente en los contratos que se estipulan con sus clientes, se aplicarán sus predicamentos, no obstante, siempre y cuando las mismas desarrollen normas de rango superior que les otorguen validez como es la que otorga el RD 303/2004<sup>89</sup> de 20 de febrero, que al referirse a las normas de transparencia bancaria alude a ellas como aquellas que pretenden como fin, la protección del cliente bancario, de sus legítimos intereses, de tal manera que dichas normas serán de cumplimiento obligatorio en cuanto a la regulación de las obligaciones específicas que se establezcan entre los clientes y las entidades bancarias.

El Banco de España velará por el cumplimiento de las normas de transparencia en las relaciones entre la entidad y el cliente, que se cumplan los deberes de documentación, información y publicidad<sup>90</sup>.

El deber de documentación, información y publicidad se plasmará en la obligación de hacer entrega al cliente copia del documento en que se formalice la operación, que si bien en determinados supuestos es a petición del cliente, en la práctica, se lleva a cabo en todas las operaciones tanto de activo como de pasivo que tenga lugar en la relación banco y cliente, como refuerzo a los deberes de información en la práctica contractual.

Debe la entidad bancaria informar y publicar los tipos de interés referenciales, así como los intereses por descubierto aplicados a las operaciones que en esa circunstancia se encuentren, así como las distintas tarifas y comisiones aplicables a los servicios que se oferten, y por último, en materia de publicidad<sup>91</sup>, las entidades bancarias deberán pasar por el control y autorización del Banco de España antes de publicitar nuevos productos o servicios bancarios que hagan referencia a su coste o rendimiento, y que se pretendan comercializar como primicia, o bien que ya formando parte de la entidad, quisieran publicitarse.

Evidentemente será de aplicación la normativa jurídico-privada a las relaciones entre entidades bancarias y clientes, así, cuando el cliente sea consumidor serán de

---

<sup>88</sup> Cfr. Art. 48.2 Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e intervención de las Entidades de Crédito.

<sup>89</sup> Cfr. Art. 6.4 del RD 303/2004, de de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros.

<sup>90</sup> Cfr. Circular 3/2001 del Banco de España.

<sup>91</sup> Cfr. CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J.; «Lecciones de contratos y mercados financieros», 2004, p.87.

aplicación el TRLGDCU, como la LCC, y si no fuere consumidor, se acudirá al recurso del principio de la buena fe como criterio de integración del contrato<sup>92</sup>.

Deberá seguirse lo previsto en la LCGC, en cuanto a no considerar integradas en el contrato, aquellas condiciones generales que sean ambiguas, ilegibles, oscuras e incomprensibles, salvo que hubieren sido aceptadas expresamente por el adherente, así como la consideración de nulas, para aquellas condiciones generales que contravengan lo dispuesto en cualquier norma imperativa o prohibitiva.

En aras a la protección del consumidor, incluso pequeña y mediana empresa, sería deseable que nuestro legislador mantuviera una labor creativa tendente a la unificación normativa, evitando la dispersión de normas y criterios de aplicación que no hacen si no, como hemos reseñado, crear cierto clima de inseguridad.

#### 2.2.5 Contratos *intuitu personae*

La relación contractual que se establece entre la entidad bancaria y el cliente, es como enunciamos, *intuitu personae*, por lo que se establece desde su inicio un deber de documentación y contabilización, en el sentido de tener que contar con aquellos documentos acreditativos de las distintas relaciones que la entidad tiene con sus clientes, así como la contabilización de sus operaciones, las cuentas bancarias en suma.

Ni que decir tiene, que este deber de documentación adquiere especial relevancia dada la evolución de los modos de contratar, como es la contratación a distancia, sin la presencia física de las partes intervinientes, obligándonos a recurrir a nuevas técnicas de información y documentación no previstas anteriormente.

Este modo de contratar obliga a nuestro legislador<sup>93</sup> a adecuar los textos normativos a la evolución de las nuevas tecnologías aplicables a la contratación bancaria y a la comercialización de servicios financieros sin la presencia física de las partes, lo que favorece a la agilidad y comodidad para el cliente y abaratamiento de costes administrativos y gestión para la entidad financiera, pero obliga a tomar las debidas cautelas en cuanto al cumplimiento de los deberes de información contractuales.

A estos deberes, se incorpora el deber de secreto en cuanto a las posiciones e informes patrimoniales del cliente, así como en cuanto a las operaciones que se

---

<sup>92</sup> Cfr. Art. 158 del CC

<sup>93</sup> Cfr. Ley 34/2002, de 11 de julio de servicios de la información y del comercio electrónico; Ley 59/2003, de 19 de diciembre de firma electrónica, Ley 22/2007, de 11 de julio de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores

reflejan en el historial del cliente, y en general, sobre todos aquellos extremos que se conozcan con motivo de las relaciones entre la entidad y el cliente.

Esta sancionado legalmente en la disposición adicional primera de la LDIEC, introducida por la ley 44/2002 de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, siendo preservado el derecho de intimidad del cliente.

El deber de secreto bancario cede en presencia de otros intereses, cuando el bien jurídico a proteger es de interés público, estableciéndose el deber de colaboración e información de las entidades financieras<sup>94</sup>, en materia fiscal<sup>95</sup> y en materia de prevención de blanqueo de capitales<sup>96</sup>.

## **2.3 Tipología de los contratos bancarios**

### 2.3.1 Ámbito subjetivo

A tenor de los rasgos que caracterizan a los contratos bancarios, así como su definición, podemos clasificar los contratos bancarios en tres grandes grupos, en parte diferenciados unos de otros por su finalidad entendida como causa del contrato:

- a) contratos de captación de pasivo
- b) contratos de activo, y
- c) contratos neutros, u operaciones bancarias neutras.

Los contratos bancarios comerciales tendrán unos rasgos característicos: el elemento subjetivo interviniente y la finalidad del contrato u operación convenida.

El elemento subjetivo<sup>97</sup>, el tipo de clientela que interviene, puede estar constituido por particulares y empresas, dando lugar de hecho en la banca moderna a la especialización dentro de las entidades de unidades de banca de particulares y banca de empresas, en función del el tipo de cliente con el que se llevarán a cabo las

---

<sup>94</sup> Cfr. CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J; «Lecciones de contratos y mercados financieros», 2004, p.87.

<sup>95</sup> Cfr. Art. 111 de la Ley General Tributaria, ahora art. 93 de la Ley 58/2003 que la sustituye.

<sup>96</sup> Cfr. Ley 19/1993, de 28 de diciembre sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, coexiste con la Ley 12/2003, de 21 de mayo, de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo, y se aplicará sobre esta materia, la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, que coexistirá con las citadas leyes complementando y unificando los aspectos preventivos tanto del blanqueo de capitales como de la financiación del terrorismo.

<sup>97</sup> Cfr. TAPIA HERMIDA, A.J; «La contratación bancaria», 2007, p.136 y ss.

diferentes operaciones y contratos bancarios, contratos, estructuralmente iguales, pero con las particularidades que el tipo de cliente exige.

En los contratos con particulares serán de aplicación las normas contenidas en el TRLGDCU, que considera consumidor a toda aquella persona física o jurídica que adquiere, contrata, los productos o servicios bancarios con una finalidad ajena a su actividad profesional, esto es, para su consumo o su propio interés personal y beneficio.

Tras la reforma del TRLGDCU<sup>98</sup> se amplía el término conceptual del art. 3 al establecer que también se consideran consumidores a las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúan sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

De otra parte, queda en consecuencia fuera de este ámbito de consumo, las relaciones jurídicas en que intervienen personas físicas o jurídicas que adquieren los servicios y productos bancarios sin constituirse en los destinatarios finales de los mismos, sino como resultado, o finalidad de su actividad profesional, integrando dichos productos bancarios en sus procesos de producción y comercialización a terceros.

No obstante las consideraciones efectuadas, el concepto cliente no es pacífico, pues frente a quienes con una visión o concepto restringido de cliente bancario, se refieren exclusivamente al cliente como consumidor bancario<sup>99</sup>, como toda persona, y solo aquella que concluye una operación o contrato con la entidad de crédito<sup>100</sup>.

Parece más adecuada la posición más amplia de considerar como cliente a todo sujeto que se relaciona de algún modo con la entidad de crédito manifestando interés y relación con las actividades que la misma desarrolla y ofrece en el mercado, contratando todo tipo de servicios bancarios, sin hacer distinción si el destino del servicio esta en el ámbito de la esfera personal, intereses personales, familiares, del cliente, o bien si se encuentra en el ámbito de su esfera o actividad profesional.

### 2.3.2 Ámbito objetivo

La actividad bancaria, esencialmente, es la intermediación indirecta en el crédito.

---

<sup>98</sup> Cfr. Ley 3/2014 de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU, y otras leyes complementarias.

<sup>99</sup> Cfr. FERNÁNDEZ ARMESTO, DE C. en GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L; «Las entidades de crédito y sus operaciones bancarias neutras», 2006, p.112.

<sup>100</sup> Cfr. GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L; «Las entidades de crédito y sus operaciones bancarias neutras», 2006, p.112.

Los bancos conceden crédito a sus clientes, con fondos que han captado del público, de sus propios clientes, estableciendo las bases técnicas, contractuales y contables que permitan hacer posible que el reintegro a determinada fecha de los fondos prestados, coincida con el tiempo en que la entidad bancaria debe retornar al cliente los fondos que ha utilizado para la concesión crediticia, esto es, el cliente cuyos fondos ha captado el banco, se convierte en acreedor del banco, concede crédito al banco que este estará obligado a restituir en la fecha pactada<sup>101</sup>, de tal manera que unas veces nos encontraremos con contratos en los que la entidad recibe crédito del cliente, y otros en los que la entidad da crédito al cliente.

Atendiendo en consecuencia al significado crediticio del contrato, podemos establecer una esencial clasificación de contratos bancarios: contratos bancarios pasivos, activos y neutros.

### 2.3.2.1 Contratos bancarios pasivos

#### 2.3.2.1.1 El depósito de dinero

Probablemente sean estos contratos, los depósitos de dinero, la modalidad u operación bancaria más antigua en la historia bancaria, remontándose a los banqueros de Babilonia, Roma Egipto y Grecia<sup>102</sup>.

##### a) concepto y clases

Su rasgo caracterizador es la captación de pasivo, de fondos, de sus clientes instrumentándose en diversas modalidades de operaciones bancarias de pasivo, y con la finalidad de aplicarlos por cuenta propia a las distintas actividades crediticias o de activo, obligándose el banco a restituir los fondos en el plazo pactado, o bien, cuando el cliente lo solicite<sup>103</sup>.

La posibilidad de captar fondos del público será el rasgo diferenciador entre Banco, entidades de crédito, y establecimientos financieros de crédito que no tienen

---

<sup>101</sup> Cfr. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.; «Operaciones bancarias», 1985, Revista de Derecho Privado, p.28 y ss.

<sup>102</sup> Cfr. TAPIA HERMIDA, A.J; «La contratación bancaria», 2007, p.136 y ss.

<sup>103</sup> Cfr. Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE

tal facultad<sup>104</sup>, y que no son conceptuados como entidad de crédito, no pudiendo celebrar contratos de operaciones de pasivo con su clientela.

El contrato bancario de pasivo, o contratos pasivos, constituyen el escalón inicial en la actividad bancaria, son la esencia de la actividad bancaria: captar fondos del público con la finalidad de poderlos prestar también al público, siendo esta intermediación indirecta en el crédito, la fuente fundamental de beneficios de las entidades, los diferenciales entre lo que retribuye el depósito y lo que cobra por dar dinero a préstamo.

El contrato de depósito es el contrato bancario pasivo por excelencia, en unos supuestos, será puramente a la vista, el cliente contrata con el banco esta modalidad, de tal suerte que el cliente concede crédito estadísticamente al banco que estará obligado a devolver cuando el cliente así lo requiera.

El contrato de depósito, no a la vista, tradicional modo de ahorro del usuario bancario, son las imposiciones de dinerario a plazo fijo, modalidad de ahorro para el cliente y que es retribuida por un tipo de interés distinto en función del plazo del depósito, que será devuelto a su vencimiento con los intereses pactados, y según las condiciones que banco y cliente hubieren pactado.

También dentro de los depósitos podemos distinguir los depósitos vinculados o no vinculados a una finalidad concreta, y que ofrecen incentivos fiscales en función del fin para el que se constituyen, como son los depósitos o cuentas ahorro vivienda, que unas veces se ven beneficiadas por las entidades de crédito con un tipo de interés superior al habitual, y en otras circunstancias, son favorecidos por la Administración a medio de incentivos fiscales por ser su destino la compra de vivienda<sup>105</sup>.

En función de la instrumentación del depósito, encontramos depósitos en cuenta corriente o depósitos en libreta de ahorro.

Actualmente ambas figuras instrumentales, permiten a su titular efectuar las mismas operaciones bancarias, así como la contratación de servicios idénticos, siendo la única diferencia, e importante, que la libreta de ahorros refleja al día la contabilidad del cliente con la entidad de crédito con la que tiene contratado el depósito en libreta de ahorro, reflejándose en la misma (física documentalmente) los apuntes contables,

---

<sup>104</sup> Cfr. Art. 2.1 del R.D 14/2013, de 29 de noviembre, que suprime la letra e), del apartado 2, del art.1 del R.D 1298/1986, de 28 de junio, por el que se adaptan las normas legales en materia de establecimientos de crédito al ordenamiento jurídico de la Comunidad Económica Europea.

<sup>105</sup> Cfr. CORTÉS, L.J.; «Lecciones de contratos y mercados financieros», 2004, p.100 y 101 en PETIT LAVALL M.V.; «Tratado de contratos», 2013, Tomo V, p.5868.



cargos y abonos, que recibe y ordena, y siendo el cliente el portador del documento en todo momento, siendo las citadas libretas de ahorro, títulos nominativos, no títulos valor, y contando con la indudable eficacia probatoria que la libreta de ahorros otorga a su propietario tal y como estima la jurisprudencia<sup>106</sup>.

Desde la perspectiva del cliente, de su titularidad formal, encontraremos depósitos unipersonales y pluripersonales, y dentro de estos últimos, distinguiremos entre depósitos solidarios o indistintos, y depósitos mancomunados o conjuntos.

#### b) naturaleza jurídica

Pese a la importancia de la figura del depósito bancario de dinero, podemos decir que es un contrato atípico, no encuentra regulación expresa como tal en nuestro ordenamiento jurídico, pues la referencia de rigor, en cuanto a los depósitos verificados en los bancos<sup>107</sup> tal y como reza nuestro CCo, se ve parcialmente derogado tras la aprobación de la CE al atribuirle a los estatutos de las sociedades de crédito la regulación de estas figuras. No obstante, la aplicación de las normas de transparencia bancaria facilitan y en cierto modo norman, estas figuras jurídicas.

El depósito bancario de dinero parte de la premisa, valga la redundancia, del hecho de depositar dinero en la entidad de crédito, la cual, desde ese momento, adquiere la propiedad de las sumas monetarias, y las destinara a los fines propios de la entidad, revistiendo en consecuencia este depósito, el carácter de depósito irregular<sup>108</sup>.

También podemos considerar que estamos ante un préstamo, que en este caso concede el depositante a la entidad de crédito a tenor de lo dispuesto en el art. 309 del CCo y del art. 1768 del CC, en los que el consentimiento del depositante al depositario para que dispusiere, usare o se sirviere de las cosa objeto de depósito, convierte el contrato de depósito en contrato de préstamo o comodato.

Si bien a tenor de estos preceptos legales, la formulación es sencilla, no encontramos razones de peso para poderla mantener, pues existen importantes diferencias entre el contrato de depósito y el contrato de préstamo, así en el depósito a la vista, el plazo de devolución es inmediato, a demanda del depositante, no pudiendo asimilar esta figura al préstamo, que cuenta con un plazo de devolución expreso; si a caso, podría asimilarse al depósito a plazo fijo, que no puede reclamarse antes de la fecha prevista y por lo que en su clausulado se han pactado unos determinados intereses.

---

<sup>106</sup> Cfr. STS 27.12.1985, en RJ 6654.

<sup>107</sup> Cfr. Art.310 del CCo

<sup>108</sup> Cfr. PETIT LAVALL M.V.; «Tratado de contratos», 2013, Tomo V, p.5869.

En puridad, no podemos asimilar esta figura al préstamo dado que no es la causa del contrato suscrito, no es la intención o finalidad de las partes al contratar, pues el fin es entregar en depósito una cantidad dineraria para, o bien mantener a la vista e inmediata disposición y manejo, o bien mantener en depósito a plazo fijo con la expectativa pactada de percibir unos intereses remuneratorios por el tiempo que ese efectivo permanece a disponibilidad de la entidad de crédito que lo aplicará a sus fines propios, como es entre otros, la concesión de préstamos a la clientela, y en este sentido, en el de calificarlo como depósito irregular, como figura *sui generis*<sup>109</sup> se ha manifestado nuestra jurisprudencia en SSTS de 29.10.1966 y de 27.12.1985<sup>110</sup>.

Más preciso si a caso, en cuanto a considerar el depósito bancario de dinero como depósito irregular, es el literal del artículo 37 de la LOB, pues al describir cual es el objeto de la actividad de la banca, expresamente, menciona la de captar fondos del público en forma de depósito irregular.

#### c) contenido del contrato

Es un contrato real, el depósito se constituye desde el momento que se entrega al depositario la cosa que constituya su objeto<sup>111</sup>, en el depósito bancario de de dinero, desde el momento que se entrega el efectivo a la entidad de crédito, siendo un contrato unilateral del que surgen obligaciones solo para una parte, la entidad de crédito.

No siempre el depósito lo constituye efectivo, pueden ser también otros medios de pago como los cheques, pero técnicamente, estos títulos de crédito solo constituirán dinero cuando se hagan efectivos, mientras tanto, solo implican una atribución de crédito<sup>112</sup>.

Es un contrato oneroso, la entidad paga el interés pactado por el depósito, asumiendo la propiedad de las sumas recibidas, y obligándose a la restitución de la cantidad llegado el momento o vencimiento pactado en su caso.

Al ser un depósito irregular, la entidad no asume el deber de custodia del efectivo, pues no es el fin la mera custodia, sino el destino de ese efectivo a los fines propios de la entidad de crédito que deberá seguir una correcta administración de sus

---

<sup>109</sup> Cfr.MADRAZO LEAL, J.; «Depósitos bancarios de dinero», en «La contratación bancaria», cit. p. 566 entiende que es un contrato *sui generis*, en PETIT LAVALL M.V.; «Tratado de contratos», 2013, Tomo V, p.5869.

<sup>110</sup> Cfr. SSTS de 29.10.1966 (RJ5123) y de 27.12.1985 (RJ6167).

<sup>111</sup> Cfr. Art. 305 CCo

<sup>112</sup> Cfr.CORTÉS, J.L.; «Lecciones de contratos y mercados financieros», cit.p.95, en PETIT LAVALL M.V.; «Tratado de contratos», 2013, Tomo V, p.5870.

recursos, tanto los propios como los ajenos, y siempre con la exactitud contable de poder hacer frente a las ordenes de reembolso que ordenen sus clientes<sup>113</sup>.

Si el depósito fuere a la vista, la obligación de restitución es inmediata, si fuere con preaviso, cuando se emita el mismo, y si fuere a plazo, al vencimiento pactado.

#### d) titularidad y disponibilidad del dinero depositado

El depósito de dinero, puede constituirse de forma individual, un titular, o conjunta, varios titulares.

En los primeros, los depósitos individuales, la titularidad corresponde a una sola persona, así como su disponibilidad, otra cosa es que pueda autorizar a disponer a otra, u otras, personas distinta de él, mediante contrato oportuno de autorización, que puede ser del total del depósito o hasta un limite, todo dependerá de los pactos habidos con la entidad de crédito<sup>114</sup>.

En los depósitos conjuntos, la titularidad corresponde a todos los que constituyen el depósito, pudiéndose pactar que la disponibilidad, pueda ser ejercida de forma solidaria, esto es, el acto de disposición puede llevarlo a cabo cualquiera de los titulares y afecta al depósito; o bien de forma mancomunada, lo que implica que para disponer del depósito son precisas las firmas de todos los que lo integran.

Es viable también la opción en estos supuestos de depósitos conjuntos, establecer que unos titulares lo sean solidariamente y otros mancomunadamente, pero en la práctica bancaria, y por razones de agilidad y comprobación de firmas y titulares, es poco habitual.

Siempre será el clausulado del contrato el que establecerá el modo de disposición del depósito, y en su defecto, debe optarse por entender que la cuenta o depósito es mancomunado, dado que en nuestro Derecho no se presume la solidaridad del depósito<sup>115</sup>.

No es infrecuente encontrarnos en la práctica bancaria con el habitual error de confundir la titularidad conjunta de un depósito, con la solidaridad, facultad de disposición del mismo y que obliga a todos, pudiendo disponer uno solo de los titulares de todo el saldo del depósito, no implicando esta circunstancia que sea el propietario

---

<sup>113</sup> Cfr. Art. 180 del CCo

<sup>114</sup> Cfr. SSTS 24.3.1971 (RJ 1447) y 27.2.1984 (RJ 813), en PETIT LAVALL M.V.; «Tratado de contratos», 2013, Tomo V, p.5871,

<sup>115</sup> Cfr. FERNANDO VILLALBA, M.L.; «El contrato de cuenta corriente», en «Contratación bancaria...», cit. p.195, en PETIT LAVALL M.V.; «Tratado de contratos», 2013, Tomo V, p.5870.

de todos los fondos, sino que estos, pueden pertenecer a todos por igual, a algunos, o a uno solo, encontrándonos y debiendo de tener en cuenta el medio probatorio en sede judicial de darse tal duda.

Por el contrario, para constituir o cancelar un depósito conjunto constituido de forma indistinta, es preciso que concurren todas las firmas de los titulares.

En definitiva, queda clara la distinción entre la propiedad del depósito y la facultad de disposición, solidaria o mancomunada, que los titulares acordarán con la entidad de crédito, y en este sentido reiterada jurisprudencia así lo afirma distinguiendo entre la facultad de disposición en cuanto al saldo, y la propiedad de los fondos<sup>116</sup>.

La apertura de una cuenta corriente indistinta, con varios titulares, lo único que comprota frente al banco depositario, es la facultad que tienen los titulares frente a éste, la de poder disponer en todo momento, del todo o parte del depósito, sin que pueda determinarse la existencia de condominio en cuanto a los fondos, y tampoco la división de los mismos en partes iguales entre los titulares, salvo lo preceptuado en el Código Civil que respecto de la titularidad del dinero presume su pertenencia por partes iguales a todos los titulares<sup>117</sup>, para el supuesto que no se pueda acreditar fehacientemente la pertenencia de un porcentaje mayor a un titular frente a otros.

#### e) la extinción del contrato

Partiendo de las clases de depósito bancario de dinero que hemos referido, el depósito a la vista, de duración indefinida, puede cancelarse en cualquier momento por su titular, pudiendo también la entidad bancaria solicitar del titular del depósito a la vista su cancelación, mediante el oportuno preaviso y de buena fe.

Esta última situación es un tanto infrecuente, a excepción de motivos de infraestructura bancaria como la reestructuración de su red, cierres de oficinas, ofreciendo al cliente otra ubicación de sus depósitos en oficinas próximas a su domicilio, o bien la cancelación del depósito.

En los depósitos a plazo fijo, al vencimiento o cumplimiento del plazo pactado, procediéndose bien a la cancelación definitiva del depósito, recuperando el cliente el dinerario más los intereses pactados, o bien, renovando el depósito por un nuevo lapso de tiempo, igual, menor o superior al anterior.

---

<sup>116</sup> Cfr. SSTS 8.2.1991 (RJ1156), 14.6.1991 (RJ4463), 23.5.1992 (RJ4280), 7.7.1992 (RJ6188), 15.12.1993 (RJ9987), 29.9.97 (RJ6825) y 5.7.199 (RJ5966), en PETIT LAVALL M.V.; «Tratado de contratos», 2013, Tomo V, p.5872.

<sup>117</sup> Cfr. Art. 393 y 1138 del CC

### 2.3.2.2 Contratos bancarios activos

Los constituyen aquellos contratos bancarios que tienen por finalidad la concesión de préstamo o crédito a su clientela, empleando para tal fin, por cuenta propia, los fondos captados de sus clientes<sup>118</sup>. Constituyen pues la finalidad natural de la captación de fondos, o pasivo en terminología bancaria.

En la estructura contable de las entidades financieras, los contratos activos forman parte del área de riesgos de su actividad, toda vez que el banco asume un riesgo, el de devolver lo depositado en su día, al prestar fondos de sus clientes a otros clientes. La correcta planificación y estructura de negocio deberá hacer posible que no exista desfase entre las devoluciones de los depósitos y el cobro de los préstamos.

A diferencia de los contratos pasivos, que solo pueden llevar a cabo las entidades de crédito legalmente reconocidas, los contratos de activo puede ser celebrados por entidades financieras de crédito, que no siendo bancos o entidades de crédito, si tienen reconocida legalmente esta facultad<sup>119</sup>, siendo su actividad principal la de conceder préstamo y crédito, tanto de consumo como hipotecario, así como la financiación de transacciones comerciales.

Nuestro legislador, por medio del RD 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras, modificará entre otros RD 1298/1986 de 28 de junio por el que se adaptan las normas legales en materia de establecimientos de crédito al ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea, y en particular suprime la letra e), del apartado 2, del art.1 del, por el que se consideraba como entidad de crédito entre otras, a los establecimientos financieros de crédito.

Tras la modificación legislativa operada, el nuevo art.1.2 del RD 1298/1986 de 28 de junio, define como entidades de crédito a: el Instituto de Crédito Oficial, los Bancos, las Cajas de Ahorros y la Confederación Española d Cajas de Ahorros y las Cooperativas de Crédito. Fuera de las mismas, cualquier otro organismo que no fueren los citados, no son considerados entidades de crédito.

#### 2.3.2.2.1 El préstamo bancario de dinero

Entre los contratos bancarios de activo, es obligado hacer referencia sucinta al préstamo bancario de dinero.

---

<sup>118</sup> Cfr. Art.1.1 del RD 1298/1986, de 28 de junio, por el que se adaptan las normas legales en materia de establecimientos de crédito al ordenamiento jurídico de la Comunidad Económica Europea.

<sup>119</sup> Cfr. Art. 1.1 del Real Decreto 692/1996, de 26 de abril sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito.

a) caracteres

Tanto el Código Civil, arts. 1740 y siguientes, como el Código de Comercio, arts.311 y siguientes, se ocupan del préstamo, aunque no como denominación expresa de préstamo bancario de dinero, que como veremos no tiene una regulación específica en nuestro Derecho<sup>120</sup>.

El art. 1740 del CC, distingue entre el préstamo de uso o comodato, en virtud del cual una de las partes entrega a la otra una cosa no fungible, para que tras usarla un determinado periodo de tiempo, proceda a devolverla; y el préstamo simple o mutuo, por el que una de las partes entrega a la otra dinero u otra cosa fungible, con la condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad.

En consecuencia, el préstamo bancario de dinero, es un préstamo simple o mutuo en el que el prestamista es una entidad de crédito.

El Código de Comercio, hace una general mención al mismo en el art. 175 cuando se refiere a las operaciones que corresponden a las compañías de crédito, pero será el art. 311 del mismo cuerpo legal, en el que se define el préstamo mercantil, que no bancario, debiendo entenderse con relación al art. 1740 del Código Civil, de tal forma que el préstamo bancario de dinero lo entenderemos como un contrato por cual una entidad de crédito, comerciante, entrega una suma de dinero determinada al prestatario, obligándose quien la recibe, a devolver otro tanto de la misma especie y calidad en el plazo que hubieren pactado.

Dados estos caracteres, se plantea la obvia discusión en cuanto a si el préstamos bancario de dinero se rige por los preceptos del Código Civil o por los del préstamo mercantil contemplados en el Código de Comercio, dada su atipicidad.

El préstamo bancario de dinero es un acto de comercio<sup>121</sup>, una de las partes al menos es comerciante<sup>122</sup>, siendo indiferente el destino que se de a la suma de dinero prestada, bien para usos domésticos del prestatario, bien para actividades comerciales del mismo, caso que fuera empresa o comerciante<sup>123</sup> por lo que debemos entender que el préstamo bancario de dinero siempre es mercantil, debiendo ser regulado por los preceptos del Código de Comercio.

---

<sup>120</sup> Cfr. PETIT LAVALL M.V.; «Tratado de contratos», 2013, Tomo V, p.5838.

<sup>121</sup> Cfr. Art. 2 del CCo Con relación al art. 175 y 177 del mismo cuerpo legal.

<sup>122</sup> Cfr. Art. 311 del CCo

<sup>123</sup> Cfr. Doctrina mayoritaria GARRIGUES, BROSETA, SÁNCHEZ CALERO, OLIVENCIA, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GARCÍA VILLAVERDE Y RODRÍGUEZ ARTIGAS, EN PETIT LAVALL M.V.; «Tratado de contratos», 2013, Tomo V, p.5839.

Las posturas minoritarias<sup>124</sup> discrepan en cuanto a la finalidad de la suma de dinero entregada, y en cuanto a la necesaria concurrencia de las dos circunstancias previstas en el art. 311 del Código de Comercio, esto es, que al menos una de las partes sea comerciante, y que la suma entregada sea destinada a actos de comercio.

No parece a nuestro entender, como afirma esta postura doctrinal, que del tenor literal del art. 311 del CCo ambas circunstancias<sup>125</sup> deban darse conjunta y necesariamente para poder hablar de préstamo mercantil, pues si bien, en el momento inicial de firma del contrato la finalidad del prestamista pudiera ser destinar esta cantidad a fines domésticos, nada obsta, que a lo largo del plazo de duración del contrato decida destinar una parte o el resto total a actividades empresariales.

Si parece obligado, para hablar de préstamo mercantil como exige el precepto, que al menos una de las partes sea comerciante, y para hablar de préstamo bancario de dinero, ese comerciante debe ser una entidad de crédito, de las reconocidas en el RD 1298/1986, de 28 de junio, en su art.1, apartado 2 y al que ya hemos hecho referencia.

Es el préstamo bancario de dinero, un contrato real, en el que se hace entrega del capital, perfeccionándose así el del contrato, aunque es consensual en la práctica dado que la entrega del dinero se hace siempre tras prestarse el consentimiento.

El préstamo bancario solo genera obligaciones para una de las partes, unilateral, el prestatario que deberá devolver la suma entregada en el plazo pactado, y como es habitual en los préstamos bancarios de dinero, con los intereses y comisiones en su caso, que se hubieran pactado.

No son contratos formales, aunque si debe formalizarse por escrito dado que en el préstamo bancario se pacta la devolución del principal del préstamo e intereses<sup>126</sup>.

Es un contrato de adhesión esencialmente, conteniendo condiciones generales de la contratación, y estando sometido tanto a la LCGC, como al TRLGDCU, a las Normas de Transparencia bancaria y protección del cliente bancario, así como a la LCC, entre otros textos legales.

Aunque no se exige, si es habitual que intervenga fedatario público en la firma de la póliza de préstamo al objeto dotar al documento de fuerza ejecutiva<sup>127</sup> para el supuesto de posible impago del todo o parte del préstamo, evitando en sede judicial

---

<sup>124</sup> Cfr. PETIT LAVALL M.V.; «Tratado de contratos», 2013, Tomo V, p. 5839.

<sup>125</sup> Cfr. Art. 311 del CCo

<sup>126</sup> Cfr. Art. 314 del CCo

<sup>127</sup> Cfr. Art.517.5 LEC.

acudir a un lento procedimiento declarativo, y acudiendo al juicio ejecutivo de mayor celeridad.

b) contenido del contrato

Siendo el contrato de préstamo un contrato real y unipersonal, solo existen obligaciones para el prestatario que deberá devolver una cantidad igual a la que en su día recibió con arreglo al valor que tuviere la moneda al tiempo de devolución, que en la práctica bancaria y en el día a día, será el mismo salvo excepciones de políticas de devaluación en las que el beneficiado o perjudicado será el prestamista, asimismo junto con el principal prestado se percibirán los intereses y comisiones que se hubieran pactado<sup>128</sup>.

El plazo de devolución del importe prestado, será el convenido por las partes, que puede ser a un único vencimiento, o bien, lo que será más frecuente, en mensualidades, ateniéndose a un cuadro o plano de amortizaciones.

Cuando no se estableciera fecha de devolución del préstamo<sup>129</sup>, o fuere por tiempo indeterminado, solo podrá exigirse al deudor el pago transcurridos treinta días desde su requerimiento fehaciente de pago.

Es habitual que se reconozca al prestatario la posibilidad de cancelación anticipada del préstamo, del total de la cantidad prestada, no parcial. Este supuesto plantea en la práctica bancaria un perjuicio para la contabilidad de la entidad de crédito, toda vez que su estadística y contabilidad prevista de depósitos a devolver y préstamos concedidos, deja de coincidir.

La cancelación anticipada lleva implícito el cobro de comisiones por este ejercicio de derecho, y en evitación de cláusulas abusivas, nuestro legislador prevé limitaciones en cuanto a su cuantía, así la LCC en su art. 30 establece que esa compensación para la entidad bancaria por cancelación anticipada no podrá sobrepasar el 1% del importe del crédito reembolsado anticipadamente si el periodo restante entre la fecha de ejercicio del derecho y el vencimiento pactado es superior a un año, y del 0,5 % del importe del crédito reembolsado anticipadamente, si media menos de un año entre la fecha de ejercicio del derecho y el vencimiento pactado del

---

<sup>128</sup> Cfr. Art.312 del CCo

<sup>129</sup> Cfr. Art.313 del CCo



préstamo; para los préstamos hipotecarios<sup>130</sup>, y para el supuesto de subrogación, se limita también este porcentaje, en evitación de cláusulas abusivas.

c) tipo de interés.

Para el supuesto hipotético que no se hubieran pactado los intereses<sup>131</sup>, el CCo establece las pautas a seguir en cuanto a los mismos.

Establece el CCo, que los intereses impagados no devengan por si mismos intereses, salvo que las partes acuerden capitalizarlos y como aumento de capital, si devenguen nuevamente intereses.

Las entregas a cuenta, se aplicarán inicialmente al pago de intereses por orden de vencimiento y después al principal.

El impago de los intereses vencidos faculta al prestamista para exigir su prestación, pero no para exigir la totalidad del préstamo, pero en la práctica bancaria viene pactándose justo lo contrario, el impago de intereses vencidos, faculta a la entidad para exigir el vencimiento anticipado del préstamo<sup>132</sup>, siendo de relevancia en este apartado lo dispuesto en la LCC en cuanto a medidas de protección del consumidor y de transparencia bancaria.

El interés pactado puede ser fijo o variable, siendo el variable el más habitual en los préstamos a largo plazo.

Consta el sistema de tipo de interés variable de un tipo de referencia objetivo, en la actualidad referido al EURIBOR, o tipo aplicado a las operaciones de depósito en euros a un año, que es el que fluctúa en los mercados financieros, y un diferencial que se aplica sobre el tipo de referencia y que representará el beneficio o ganancia del banco.

Como puede concluirse, esta operatoria merece y exige un deber de información precontractual pleno hacia el destinatario del préstamo, y también deber de información durante la vida del contrato, exigencias ex lege tanto por la normativa de transparencia bancaria, como por la normativa de protección al consumidor y en particular por el TRLGDCU, y por la LCC

---

<sup>130</sup> Cfr. Ley 2/1994 de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, modificada por la Ley 36/2003 de 11 de noviembre de Medidas de Reforma Económica.

<sup>131</sup> Cfr. PETIT LAVALL M.V.; «Tratado de contratos», 2013, Tomo V, p. 5841.

<sup>132</sup> Cfr. Arts. 317 y 318 del CCo, así como la Ley 16/2011 de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo.

Aunque partamos de la libre fijación de intereses establecida en nuestra legislación mercantil<sup>133</sup>, debemos tener en cuenta las limitaciones que establece la aún vigente Ley de represión de la usura de 1908, cuya violación supone en un principio la nulidad del contrato<sup>134</sup>.

Existe en la concesión de préstamos hipotecarios, la práctica de fijación del tipo de interés que nos servirá para calcular las cuotas a satisfacer, partiendo del citado índice de referencia EURIBOR y añadiéndole a éste un diferencial.

Si se pacta una cláusula suelo, diferencial o margen, muy alta resultará que el EURIBOR puede que sea inferior a ella y que al tener este mínimo firmado tan alto, no se pueda aplicar el porcentaje del índice, resultando del todo improductivo o beneficioso para el prestatario el poder beneficiarse de una bajada de tipos, resultando que lo que se presentaba como un interés variable, deviene en fijo, circunstancia esta que ha sido motivo y es de incontable jurisprudencia atacando tal práctica, y considerándola cláusula nula por abusiva<sup>135</sup>.

Asimismo, este tipo de contratos, contemplan la cláusula techo, que sería la que podría perjudicar al banco, pues de forma abusiva pueden establecerse unos porcentajes tan altos que los valores predecibles del EURIBOR puede que no se acerquen si quiera a ese tipo pactado.

Sobre el particular es de destacar la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2.013 en cuanto al análisis de las cláusulas suelo, el deber de información y la nulidad de las mismas, no por ser contrarias a derecho, sino por haber sido impuestas al prestatario incumpliendo la normativa de transparencia bancaria y la legislación de protección del consumidor<sup>136</sup>.

La citada sentencia, ha resultado de extraordinaria utilidad en cuanto a la unificación de la jurisprudencia provincial en muchos casos contradictoria, pues en unos supuestos se consideraban estas cláusulas suelo como válidas, frente a otros pronunciamientos en que se acordaba su nulidad por abusivas.

De otra parte las consecuencias de esta sentencia, a favor de los consumidores y usuarios, es que el deber de transparencia con relación a estas cláusulas, y el deber

---

<sup>133</sup> Cfr. Art. 315 del CCo

<sup>134</sup> Cfr. SSTS 8.11.1991 (RJ8148); 7.4.1997 (RJ2736); 7.3.1998 (RJ1267); 2.10.2001 (RJ7141), en PETIT LAVALL M.V.; «Tratado de contratos», 2013, Tomo V, p. 5841.

<sup>135</sup> Cfr. AZPARREN, A.; « II Jornadas sobre productos bancarios en el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia» «Protección de los consumidores en los contratos bancarios, especial referencia a la cláusula suelo», octubre 2013, pp.3 y ss.

<sup>136</sup> Cfr. ROJ STS 1916/2013 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil Sede: Madrid Sección: 991 N° de Recurso: 485/2012 n° de Resolución: 241/2013.

de información al que se obliga a las entidades bancarias, se fija en unas cotas muy elevadas<sup>137</sup>.

No obstante, la sentencia, por decirlo así, legaliza la implantación de estas cláusulas suelo mientras cumplan con los requisitos de transparencia que exige la sala, bien a pesar del incontestable desequilibrio que se da entre entidad bancaria y consumidor dado que nos encontramos con auténticos contratos de adhesión en los que el margen de negociación para el consumidor es escaso, por no decir nulo.

De otra manera, tampoco podemos afirmar, que su ilegalización vaya a repercutir en la práctica bancaria, pues si bien las entidades afectadas en esta sentencia ya han retirado las citadas cláusulas de sus contratos, dada la publicidad del pronunciamiento judicial, acuden a introducir un diferencial lo suficientemente alto como para no acudir a las cláusulas suelo, pues no tiene ningún efecto una cláusula suelo del 3,5% si se aplica un diferencial mínimo en los préstamos de al menos el 3,5%, y resultando en definitiva una desvirtuación del tipo de interés que siendo aparentemente variable, deviene en un interés fijo en la práctica.

La sentencia tampoco deja margen en cuanto al control de abusividad, pues las define como cláusulas esenciales objeto del contrato, y sobre las mismas no cabe el control de abusividad, salvo que se incumpla la normativa de transparencia bancaria.

Además del interés pactado, el prestatario se obliga al pago de las comisiones y gastos pactadas, cláusulas que deben ser vistas y estudiadas desde la óptica de protección al consumidor, dado que se pueden imponer gastos que no deben ser asumidos por el prestatario, como son gastos notariales de los que solo una parte le corresponderán al prestatario.

Asimismo, debe el prestatario durante la vigencia del contrato observar ciertos niveles de solvencia, estableciéndose la prohibición de vender o gravar su patrimonio, pudiendo en caso de incumplimiento, facultar a la entidad para cancelar anticipadamente el préstamo, aunque si bien esto es factible que figure en las cláusulas del préstamo suscrito, siempre debe analizarse con detenimiento dado que es un área donde es frecuente la redacción de cláusulas abusivas.

La idea de fondo es la de evitar que el prestatario resultare insolvente a la hora de proceder a la devolución del préstamo, debido a la enajenación de sus bienes, viéndose frustrados los intereses legítimos de la entidad bancaria llegado el momento de la devolución del préstamo.

---

<sup>137</sup> Cfr. PERTIÑEZ VILCHEZ, F.; «La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013», Diario La Ley nº 8154 de 23 de septiembre de 2013.

#### 2.3.2.2.2. El contrato de apertura de crédito

Otros contratos de activo, en los que la finalidad es el préstamo, la financiación, son los contratos de apertura de crédito, en virtud del cual la entidad bancaria abre una línea de crédito o financiación a favor del cliente, hasta un determinado límite dinerario, estableciéndose unas comisiones e intereses por el saldo dispuesto, obligándose a restituirlo a la fecha de vencimiento pactado, cancelación de la póliza.

Son en la práctica bancaria conocidos como línea de crédito, o apertura de crédito o póliza de crédito, permitiendo al beneficiario un amplio margen en cuanto a satisfacer las necesidades financieras de su actividad.

A diferencia del contrato de préstamo bancario de dinero, contrato real y unilateral, el contrato de apertura de crédito es un contrato consensual y bilateral, estableciéndose obligaciones para ambas partes; y por su objeto, se diferencian en que en el préstamo se hace entrega de la suma dineraria acordada y en la apertura de crédito no se hace entrega de suma dineraria alguna, se abre la posibilidad de disposición hasta el límite acordado.

Pese a ser un contrato no formal, lo habitual es recoger el contrato en póliza de crédito intervenida por fedatario público al objeto obtener la fuerza ejecutiva que otorga la ley rituarial civil<sup>138</sup>.

En la práctica bancaria, encontraremos además otras figuras en las que la financiación esta presente como el contrato de descuento de efectos, cheques y pagarés, en los que nos encontramos con la existencia de un crédito contra un tercero aún no vencido<sup>139</sup>, que procede de una operación comercial, el descuento comercial, o de una operación de crédito, descuento financiero.

Se caracteriza por el anticipo que hace el banco a su cliente, del importe del crédito, menos los intereses por el tiempo que falta hasta su vencimiento, por la cesión de titularidad del crédito que hace el cliente a favor del banco con la cláusula salvo buen fin, lo que implica, que si por causas ajenas a la voluntad del descontante, el deudor no hiciera frente a la deuda, puede el banco repetir contra el descontatario, su cliente como será habitual, y por el importe de la cuantía que le hubiera anticipado.

Esta figura del descuento bancario se hace esencial en la actividad empresarial, toda vez que el descuento de efectos, pagos aplazados en suma, son el medio de financiación entre empresarios, práctica que si bien, no precisa de la

---

<sup>138</sup> Cfr. Art.517.5 de la LEC.

<sup>139</sup> Cfr. PETIT LAVALL M.V.; «Tratado de contratos», 2013, Tomo V, p.5855.

intervención de una entidad bancaria si es habitual que sean sus servicios de intermediación crediticia habitualmente requeridos.

### 2.3.2.3 Contratos bancarios neutros

Se han considerado así convencionalmente, aquellas operaciones bancarias en las que la finalidad crediticia no tiene lugar como esencia del negocio, ni por parte del cliente a favor del banco, ni por parte del banco a favor del cliente<sup>140</sup>.

Estas operaciones bancarias son crediticiamente neutras, aunque en numerosas ocasiones son corolario y acompañamiento de otras operaciones puramente activas o pasivas, siendo operaciones consideradas de gestión y servicios, entre las que destaca por su extraordinaria importancia la de cuenta corriente bancaria<sup>141</sup> que supondrá el soporte de la relación negocial entre el cliente y la entidad financiera, es el puente por el que necesariamente transitará toda nuestra vinculación comercial con el banco.

Son operaciones atípicas<sup>142</sup>, pues se presentan en la práctica como contratos coaligados, mixtos o complejos e íntimamente, y necesariamente ligados a un contrato principal en la mayoría de los supuestos, así el contrato de préstamo no se entiende ni opera en la actividad bancaria sin la necesaria ligazón y soporte, como es el contrato de cuenta corriente, operación o contrato bancario neutro por excelencia.

Su calificativo de operaciones bancarias<sup>143</sup> neutras no es pacífico, pese a que unas más que otras puedan tener mayor o menor peso en la relación comercial bancaria que se desarrolla entre el cliente y el banco, pues hay algunas operaciones bancarias como son los contratos de gestión y mediación con relación a intereses particulares de sus clientes respecto de los cuales no podemos afirmar que se enmarquen dentro del desarrollo del negocio de los empresarios financieros<sup>144</sup> si tenemos en cuenta ese carácter, o finalidad crediticia de la actividad.

Más bien se encuadran estas operaciones en la figura del mandato y la comisión mercantil, pero con evidente personalidad bancaria, pues no es atrevido afirmar que las operaciones y contratos bancarios neutros son actos de comercio, y son actos mercantiles porque son bancarios.

---

<sup>140</sup> Cfr. GARCÍA PITA Y LASTRES, J.L.; «Las entidades de crédito y sus operaciones bancarias neutras», 2006, p. 74.

<sup>141</sup> Cfr. PETIT LAVALL M.V.; «Tratado de contratos», 2013, Tomo V, p.5835.

<sup>142</sup> Cfr. GARCÍA PITA Y LASTRES, J.L.; «Las entidades de crédito y sus operaciones bancarias neutras», 2006, p.95.

<sup>143</sup> Cfr. Art. 37 de la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946.

<sup>144</sup> Cfr. Referencia al profesor OTERO LASTRES, en GARCÍA PITA Y LASTRES, J.L.; «Las entidades de crédito y sus operaciones bancarias neutras», 2006, p.80.

Las operaciones bancarias neutras adquieren su mercantilidad tanto desde un punto de vista objetivo como subjetivo, ya se considere el Derecho mercantil como el Derecho del comercio, de los actos de comercio, o se considere como el derecho de las empresas que atañe a la actividad de las mismas, de los actos de los empresarios.

Así el art. 2 del CCo al referirse a los actos de comercio establecerá que serán reputados actos de comercio, los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga, por lo que no encontrando *numerus clausus* debemos acudir a una posición amplia.

Estas operaciones bancarias neutras, son bancarias definitivamente, dado que se incardinan en la parte medular de la actividad bancaria, la actividad esencialmente intermediaria, revestida de ánimo de lucro como no podía ser de otro modo.

Es indudable la “bancariedad” de este tipo de operaciones, con arraigo ya en la sociedad romana, cuyo modelo de banca se inspiraba en el modelo griego, llegando a convertirse los banqueros en los *argentarii*, que junto con los *nummularii* se dedicaban a la intermediación, al cambio de monedas, facilitando así la labor comercial de los *peregrini* que acudían a Roma para comerciar, facilitando no solo el cambio de monedas y la intermediación, sino también concediendo préstamos y recibiendo depósitos, lo que dio lugar a un tipo de banquero, el *foenator* en esencia el modelo de banquero actual<sup>145</sup>.

#### 2.3.2.3.1 El contrato de cuenta corriente

El contrato de cuenta corriente bancaria es el sobresaliente, el más destacado de los que forman el grupo denominado contratos bancarios neutros, y merece señalarse sus características.

##### a) concepto

Puede ser denominado como un contrato de gestión, obligándose el banco a prestar el servicio de caja, servicio que consistirá en realizar por parte de la entidad de crédito cuantas anotaciones sean necesarias con relación a los movimientos que se produzcan en la contabilidad del cliente, como son las operaciones de ingreso y retirada de fondos, librar cheques contra la cuenta corriente, ordenar giros y transferencias bancarias, domiciliar pagos de nóminas, recibos, facturas, así como

---

<sup>145</sup> Cfr. GARCÍA PITA Y LASTRES, J.L.; «Las entidades de crédito y sus operaciones bancarias neutras», 2006, p.100.

atender con cargo al saldo de la citada cuenta corriente, todos aquellos otros servicios que la entidad de crédito pueda prestarle al cliente a su orden y por su cuenta <sup>146</sup>.

Este servicio de caja, en la práctica bancaria moderna, lo más habitual es que sea prestado a distancia, creándose los adecuados soportes informáticos que permiten mayor agilidad en la actividad sin la necesaria presencia física de las partes, creándose una banca *on line* susceptible de realizar el mismo servicio de caja descrito<sup>147</sup>.

A este contrato de cuenta corriente se referirá el CCo que no contiene una regulación jurídica específica para el mismo<sup>148</sup>, siendo un contrato atípico.

La relación entre el banco y el cliente, puede nacer de un depósito de dinero o bien de un crédito concedido al cliente, estableciéndose una relación duradera en el tiempo y que dará lugar a la apertura de una contabilidad, cuenta, en los libros del banco<sup>149</sup>.

La apertura de una cuenta corriente es consecuencia de una relación jurídica, contrato, entre las partes, bien sea un depósito de dinero, préstamo, apertura de crédito, descuento de efectos comerciales o cualquier otro contrato que ambos suscriban y que lleva aparejado como soporte contable y reflejo aritmético de operaciones que tuvieren lugar a lo largo del tiempo.

Aceptado este criterio, la cuenta corriente se considera como un pacto o negocio accesorio del negocio principal, siendo no obstante para el cliente el negocio principal dado que su interés de inicio al depositar efectivo en la entidad bancaria es la llevanza de su contabilidad y servirse del servicio de caja descrito durante el tiempo que se mantenga la relación entre banco y cliente.

Por el contrario, cuando nos encontramos con la apertura de un crédito a favor del cliente, la cuenta corriente se manifiesta como negocio esencial, no accesorio, toda vez que en ella se reflejarán las disposiciones del saldo dentro del límite pactado de crédito, así como las reposiciones del mismo que hubiera venido efectuando el cliente.

#### b) cuenta corriente bancaria y cuenta corriente mercantil

En la cuenta corriente mercantil, existe una recíproca concesión de crédito entre las partes, que convienen aplazar la exigibilidad de los créditos aislados.

---

<sup>146</sup> Cfr. PETIT LAVALL M.V.; «Tratado de contratos», 2013, Tomo V, p.5874.

<sup>147</sup> Cfr. GARCÍA PITA Y LASTRES, J.L.; «Las entidades de crédito y sus operaciones bancarias neutras», 2006, p.156.

<sup>148</sup> Cfr.Arts.175.9, 177 y 180 del CCo

<sup>149</sup> Cfr.GARRIGUES, J.; «Contratos bancarios», 1975, p.114 y ss.

En puridad, cuenta corriente en sentido técnico, será aquella relación jurídica en la que las partes convienen excluir la disponibilidad aislada de los créditos, bien por vía de pago o compensación, y aplazan su liquidación hasta el momento del cierre de la cuenta.

Las partes intervinientes son por regla general empresarios vinculados entre sí por relaciones comerciales habituales o continuadas de negocio pudiendo ser bilaterales o bien plurilaterales, aunque lo más habitual es la bilateralidad.

Se da una unidad contable, en la que encontraremos posiciones de crédito para una parte en un determinado momento, y la misma situación para la otra parte en otro período de tiempo distinto, pero habiendo convenido no exigirlos aisladamente, sino aplazarlos al cierre de la cuenta<sup>150</sup>, fundiéndose así todos los créditos en un crédito único, resultante del saldo final<sup>151152</sup>.

En la relación jurídica establecida entre los cuenta correntistas, interviene la parte encargada de la llevanza de la cuenta, esto es, de anotar en la cuenta los créditos y las deudas contraídos, teniendo un deber de rendición de cuentas conforme a lo que hubieren estipulado en el contrato. Antes de la aprobación de las cuentas, las partes tienen derecho a verificar la exactitud de los apuntes e importes que se han contabilizado. En función de los plazos establecidos, y coincidiendo con ellos, se procede a la liquidación del saldo de la cuenta corriente, procediéndose a las compensaciones que correspondan: la parte deudora abonará a la acreedora la suma que resulte a su favor, salvo que hubieren pactado que esa suma, ese saldo, se constituya en nueva remesa y sea el primer apunte del nuevo periodo contable<sup>153</sup>.

Por este contrato de cuenta corriente entenderemos en definitiva, aquel por el que ambas partes acuerdan que los créditos que puedan nacer de sus relaciones comerciales, perderán su identidad propia, su individualidad, al entrar en la cuenta corriente mercantil, convirtiéndose en anotaciones al “debe” y al “haber”, de tal forma que el saldo en que se funden, sea la única prestación exigible llegado el vencimiento pactado o la época convenida, las partes en consecuencia, establecen una recíproca concesión de crédito<sup>154</sup>.

---

<sup>150</sup> Cfr. Art. 1202 del CC

<sup>151</sup> Cfr. GARRIGUES, J.; «Contratos bancarios», 1975, p.118.

<sup>152</sup> Cfr.SSTS 7.3.1974 (RJ 955); 30.05.1996 (RJ 3863), en PETIT LAVALL M.V.; «Tratado de contratos», 2013, Tomo V, p.5875.

<sup>153</sup> Cfr. PILOÑETA ALONSO, L.M.; «Curso de Derecho mercantil de la contratación», 2013, p.196.

<sup>154</sup> Cfr. GARRIGUES, J.; en referencia a BOISTEL, en «Contratos bancarios», 1975, p.118.



En la cuenta corriente bancaria la concesión de crédito es unilateral, de tal forma que cuando nace del depósito, es el depositante quien concede el crédito al depositario, banco; y si nace de una apertura de crédito, es el banco de forma unilateral quien concede el crédito al cliente.

A diferencia con la cuenta corriente mercantil o comercial, el cliente puede disponer de la totalidad de su saldo en cualquier momento, de las sumas que resulten de su crédito, esto es, una vez anotados y liquidados aquellos apuntes que se refieran a servicios solicitados a su orden y que el banco ha ejecutado por su cuenta, se entenderá así que la cuenta ha quedado saldada<sup>155</sup>.

En la cuenta corriente bancaria, lo esencial será el servicio de caja, la finalidad o causa del contrato para el cliente, surgiendo especialmente con este motivo el cheque como medio de pago a través o con soporte de una cuenta corriente donde se contabilizarán los pagos, y en su caso, los ingresos que por medio de cheques también ingresados en cuanta se produzcan, de ahí la terminología de depósito en cuenta corriente, distinto del de apertura de crédito en cuenta corriente que responderá al soporte contable en los supuestos de apertura de crédito por la entidad a favor de su cliente.

#### c) calificación jurídica del contrato de cuenta corriente

Es un contrato atípico, y por su operatividad viene siendo asimilado al contrato de mandato o comisión mercantil regulada en el art. 244 y siguientes del CCo, en este mismo sentido lo afirma nuestro TS<sup>156</sup>.

La LSSP también se refiere a la figura del mandato<sup>157</sup> al referirse al contrato marco de los servicios de pago, y a la necesidad de abrir una cuenta de pago.

Con relación a esta cuenta, la EHA/1608/2010 de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago regulará detalladamente las exigencias de información que deberá acompañarse en la celebración de los contratos marco citados, así como a la cuenta que se debe abrir.

Es un contrato consensual, bilateral, no real, y no siendo un contrato formal, si lo es de facto.

---

<sup>155</sup> Cfr.Art.1195 del CC

<sup>156</sup> Cfr.STS Sala de lo Civil de 9.10.1997 (RJ 7108), en PETIT LAVALL M.V.; «Tratado de contratos», 2013, Tomo V, p.5876.

<sup>157</sup> Cfr. Ley 16/2009 de 13 de noviembre de Servicios de Pago, Art.2.12.

En la práctica bancaria se celebra por escrito; es un contrato de adhesión y con condiciones generales de la contratación, exigiendo la normativa de transparencia bancaria la redacción del mismo por duplicado con la obligada entrega de una copia en el momento de la firma al cliente.

d) contenido

Surgen obligaciones para ambas partes, que se reflejarán en el clausulado del contrato suscrito, que conteniendo condiciones generales de la contratación seguirá no solo las normas de la LCGC, sino también las disposiciones establecidas por la normativa de transparencia bancaria.

La entidad de crédito, el banco, se obliga a prestar los servicios de caja con que cuenta, y el cliente se obligará a ingresar, depositar fondos monetarios para poder operar con la citada cuenta. El banco actuará como comisionista o mandatario, cumpliendo las órdenes dadas por el cliente, actuando en suma a la orden del mismo y por cuenta del mismo.

En el cumplimiento de las órdenes del cliente, la entidad bancaria las ejecutará con un especial deber de diligencia asegurándose de la exactitud de la firma del cliente en los documentos que implican autorización para transferir fondos o para imputar débitos contra el saldo de la cuenta corriente. Es un deber de diligencia, no solo del buen padre de familia, sino del buen banco<sup>158</sup> como profesional y dentro de lo preceptuada en nuestro Código de Comercio al contemplar esta figura del mandato y el depósito mercantil<sup>159</sup>.

Obligación del comisionista es la rendición de cuentas al comitente<sup>160</sup>, y en la cuenta corriente bancaria tal rendición de cuentas se lleva a cabo mediante la figura del extracto de cuenta corriente, que contiene el detalle de todas las operaciones tanto al debe como al haber, así como el saldo resultante, llevadas a cabo por la entidad y por orden del cliente. A la recepción del extracto, el cliente que no manifestará su disconformidad con el mismo, mantenga silencio con relación a la información reflejada, debe entenderse acepta el contenido del mismo y la información que refleja<sup>161</sup>.

---

<sup>158</sup> Cfr. PETIT LAVALL M.V.; «Tratado de contratos», 2013, Tomo V, p.5876.

<sup>159</sup> Cfr. Art. 255 y 307 del CCo

<sup>160</sup> Cfr. Art. 263 del CCo

<sup>161</sup> Cfr. STS, Sala de lo Civil, Sección Primera de fecha 15.7.2004 (RJ 4684), en PETIT LAVALL M.V.; «Tratado de contratos», 2013, Tomo V, p.5877.

El cliente, comitente, tendrá la obligación de proveer de fondos la cuenta corriente<sup>162</sup>, esto es, mantener saldo, así como pagar los gastos y comisiones que se hubieran pactado en el contrato de cuenta corriente.

El saldo de la cuenta como hemos visto, soporta tanto ingresos que efectúa o recibe el titular de la misma, como los cargos o débitos que ha ordenado y aceptado. Dada su interacción en el tiempo, pueden cruzarse de tal modo los cargos y abonos, que llegue un momento puntual en que no exista saldo suficiente para atender el pago, lo que situaría la cuenta corriente en posición de descubierto.

En este supuesto planteado, aunque el banco no está obligado a aceptar un encargo si no existe provisión de fondos, tal como reza el art. 250 del CCo, bien es cierto que las entidades vienen atendiendo esas diferencias que pueden producirse, aportando fondos a nuestra cuenta, esto es concediéndonos un crédito por descubierto, que nos veremos obligados a restituir, percibiendo la entidad un interés, el pactado para este supuesto, y por el tiempo que medie entre la generación del descubierto y la reposición de fondos.

La LCC limita este interés por descubierto para el supuesto que el cliente sea un consumidor, no pudiendo exceder el mismo de 2,5 veces el interés legal del dinero.

Estas situaciones de descubierto en cuenta corriente pueden producirse, además de por la evidente falta de fondos suficientes para atender un pago que excede del saldo a fecha del cargo, como por el denominado descubierto por valoración.

Los apuntes, tanto al debe, como al haber, contablemente están sometidos a la cláusula valor, día a partir del cual contablemente producen efecto, esto es, el ingreso en cuenta corriente de un cheque bancario supone en principio para la entidad un riesgo, toda vez que no sabe si el ordenante del cheque, cuando le sea presentado al cobro tendrá saldo suficiente para que sea efectivo, y por este motivo, reflejará en nuestra cuenta corriente el día del ingreso del cheque y su importe, lo sumará al saldo de nuestra cuenta, pero indicará como fecha valor, fecha de efectividad del ingreso, uno, dos o más días siguientes a la fecha del ingreso.

Por el contrario cuando se imputa un cargo en nuestra cuenta, por un pago ordenado por el cliente, el banco entrega los fondos a la persona ordenada y por la cantidad indicada, aplicando en nuestra cuenta como fecha valor la del día de la disposición, pues el importe del pago ha salido de nuestra cuenta y no generará a futuro intereses acreedores a nuestro favor, ha dejado de estar depositado.

---

<sup>162</sup> Cfr. Art. 250 del CCo

En la práctica, en cuentas con poco saldo, o poco movimiento van soportando las comisiones de mantenimiento pactadas, llegando un momento en que prácticamente al cargarse la comisión de mantenimiento la cuenta queda en descubierto por valoración, se aplica valor del día del cargo y el cliente al percibir este desfase, no contar con saldo, procederá a proveer de fondos la cuenta para cubrir ese pequeño desfase. A esta provisión de fondos se le aplicará valor día siguiente al ingreso habiendo saldo efectivo en la cuenta corriente, pero se habrá generado un descubierto contable de al menos un día, entre la fecha valor del cargo y la fecha valor del ingreso.

Esta práctica es habitual, y realmente no se adapta a lo previsto en nuestro CCo en su art. 250 al tratar de la comisión mercantil, pues el descubierto puntual por el cobro de una comisión bancaria, por valoración, no es en la practica falta de fondos para atender un pago ordenado por el comitente, si bien es cierto que la comisión por mantenimiento es la pactada, estas cláusulas, cuando el cliente es un consumidor, vienen siendo motivo de su declaración de abusividad a tenor de lo dispuesto en el TRLGDCU<sup>163</sup>.

La operatoria bancaria habitual nos muestra como se imputa una comisión de mantenimiento a una cuenta que no tiene el saldo suficiente para atenderla, pero el titular de la misma, conocedor de la circunstancia, procede a abonar el importe exacto de la comisión de mantenimiento, resultando que en saldo contable no hay descubierto, pero si lo hay por causa del distinto valor aplicado al cargo de la comisión, fecha de cargo, y el valor aplicado al abono para cubrir saldo, fecha del día siguiente del abono.

Podemos definir el contrato de cuenta corriente como un contrato atípico, bilateral, consensual, de carácter mixto con mayoritarios rasgos del mandato o comisión mercantil<sup>164</sup>, en el que el banco se obliga a prestar un servicio de caja, así como otra pluralidad de servicios o gestión para los que esta facultada la entidad bancaria.

También participa este contrato de los rasgos del contrato de cuenta corriente mercantil en cuanto a la forma y manera en que se lleva la contabilidad, anotando todas aquellas operaciones que en el devenir de la cuenta se producen, llegando a una liquidación final en la que se compensarán todas las posiciones, arrojando un saldo resultante al debe o al haber, que deberá ser saldado por quien lo tuviere a su favor; pero de otra parte, se diferencia de la cuenta corriente mercantil, en el dato de no

---

<sup>163</sup> Cfr. TRLGDCU, arts. 80 y ss.

<sup>164</sup> Cfr. STS de 3.3.1983 (RJ 1983, 800), en PETIT LAVALL M.V.; «Tratado de contratos», 2013, Tomo V, p.5878.

existir concesión mutua de crédito y en la facultad del cliente de poder extinguirlo en cualquier momento, previa liquidación de la cuenta<sup>165</sup>.

#### 2.3.2.3.2 El contrato de asesoramiento del mercado de valores

Si bien podemos pensar que el objetivo de las operaciones bancarias en general se circunscribe al dinero, los títulos valores y el crédito, en el supuesto de las operaciones bancarias neutras, podría entenderse reducido solo a dos elementos como son el dinero y los títulos valores, pero en puridad, y sin ser exclusivo de las mismas, el objeto de las operaciones bancarias neutras son los servicios.

Así lo viene a expresar el art. 37 de la LOB al entender como ejercicio del comercio de banca el ofrecer a su clientela servicios de giro, custodia, transferencia, mediación y otros en relación con los anteriores, propios de la comisión mercantil.

Lo anteriormente expuesto, debemos ponerlo en relación con el art. 1272 del CC, y arts. 1254 y 1261 del mismo cuerpo legal en cuanto a la contratación de servicios<sup>166</sup>, incluyéndose en el capítulo de servicios cualesquiera otras prestaciones que no consistan en la entrega de una cosa, sino que el objeto será la pura gestión, el servicio, que consistirá siempre en un servicio legalmente autorizado y para el que la entidad financiera este habilitada<sup>167</sup>.

Por la trascendencia y desarrollo que tienen en la actividad de los mercados financieros, y como contratos crediticiamente neutros, cuyo objeto es esencialmente el servicio de asesoramiento y gestión, cabe referirse a los contratos de asesoramiento del mercado de valores.

##### a) concepto y naturaleza

Es un contrato bilateral, consensual, *intuitu personae*, no solemne, por el cual el cliente o inversor, bien actual o potencial, acude a un asesor experto en inversiones financieras al objeto recabar consejo e información sobre sus proyectos de inversión actuales o proyectados, a cambio de una comisión o coste del servicio y para un determinado período de tiempo<sup>168 169</sup>.

---

<sup>165</sup> Cfr. SAP Madrid, sección 21<sup>a</sup>, de 20.09.1999 (AC 2331), en PETIT LAVALL, M.V, «Tratado de contratos», 2013, Tomo V, p.5877.

<sup>166</sup> Cfr. GARCÍA PITA Y LASTRES, J.L.; «Las entidades de crédito y sus operaciones bancarias neutras», 2006, p.124.

<sup>167</sup> Cfr. Art. 37 LOB y art. 52 LDIEC.

<sup>168</sup> Cfr. IBÁÑEZ JIMENEZ, J.; «Tratado de contratos. Contratos del mercado de valores, contratación bancaria, contratación de transporte y navegación. Contratos de seguro», 2013, Tomo V, pp.5782 y ss.

El asesoramiento al que nos referimos es al contemplado en la LMV<sup>170</sup>, consistente en la prestación de recomendaciones personalizadas para el inversor que a este servicio acude, *intuitu personae*, bien solicitadas por el cliente, pero también se incluyen las informaciones que facilita la empresa de servicios de inversión al cliente sin haber sido solicitados por el mismo, y con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros.

No se consideran por el contrario asesoramiento financiero, las recomendaciones que a la generalidad de clientes no personalizados lance la entidad o empresa de servicios financieros al objeto comercializar determinados productos de inversión, serán recomendaciones de carácter comercial, pero no asesoramiento en puridad.

Existirá un servicio auxiliar, no será asesoramiento financiero en puridad, el contemplado en el art. 63.2 de la LMV que englobará un amplio elenco de recomendaciones e informaciones dirigidas a organizar y orientar la estructura de inversión del cliente, incluyendo la concesión de préstamos o créditos dirigidos a realizar una o varias operaciones sobre instrumentos financieros.

Las informaciones de la sociedad de pública difusión, *mass media*, de entidades del mundo financiero global, al dirigirse a una pluralidad de personas, del público en general, no pueden considerarse como servicios de inversión ni como operaciones auxiliares.

Es en consecuencia, la personalización de la información y asesoramiento, lo que identifica este servicio de asesoramiento del mercado de valores.

La naturaleza jurídica del asesoramiento financiero se ubicará en la figura del arrendamiento de servicios del art. 1544 del CC, que aunque en parte se pueden percibir rasgos del mandato mercantil del art.244 y siguientes del CCo se diferenciará del mandato mercantil en que el objeto principal del contrato es el asesoramiento, gestión y recomendación, pero no la ejecución de contratos con terceros por cuenta del asesorado, aunque bien puede ser absorbido por la figura del mandato, cuando el asesoramiento queda inmerso en un contrato de mandato para ejecutar ordenes de mercado, que por otra parte no es infrecuente en la práctica bancaria y financiera.

---

<sup>169</sup> Cfr. Art.10 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

<sup>170</sup> Cfr. Arts. 63.1 g y 62.3.g de la Ley 47/2007 de 19 de diciembre (LMV), por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de junio, del Mercado de Valores, que traspone la normativa MIFID; y Circular 3/2013, de 12 de junio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre el desarrollo de determinadas obligaciones de información a los clientes a los que se prestan servicios de inversión, en relación con la evaluación de la conveniencia e idoneidad de los instrumentos financieros.

El cliente acude al asesor, en la práctica profesional adscrito a una entidad financiera mayoritariamente, suscribiendo el contrato de asesoramiento, que en su práctica integridad, pretende la ejecución de órdenes de compra y venta de aquellos valores sobre los que ha sido asesorado previamente, siendo muy escasos los supuestos en los que se suscribe el contrato con la única intención de recibir información, máxime cuando la tecnología permite acceder de manera cómoda e inmediata.

Los usuarios de este servicio prefieren acudir a servicios tan profesionalizados que les permiten recibir del asesor información en tiempo real de evolución de mercados y cotización en bolsa, no solo nacional, sino mundial, pudiendo recibir la información y dando órdenes de compra y venta en el mismo acto.

b) elemento subjetivo, las partes

Necesariamente intervendrán en la relación contractual, un asesor profesional y un cliente.

Cliente puede ser cualquiera con capacidad de obrar, no parece exista impedimento para distinguir entre persona física y jurídica, como tampoco para que sea un consumidor.

Por asesor debemos atenernos a lo establecido por la LMV<sup>171</sup> y por el RD 217/2008 de 15 de febrero, siendo su cometido o actividad la de prestar el debido asesoramiento de manera profesional a terceros sobre instrumentos financieros.

No existe reserva de actividad en cuanto a la posibilidad de dar consejo y asesorar sobre la conveniencia o no de ciertas inversiones, como tampoco sobre estructuras de inversión empresarial, a tenor de lo dispuesto en los textos legales citados, esto es, todos pueden dar consejos y asesorar dentro del marco legal citado y mediante retribución, como podría deducirse erróneamente de lo dispuesto en la norma 1<sup>a</sup>.2 de la CNMV 10/2008 en cuanto a la reserva a la empresas de asesoramiento financiero para este menester.

c) objeto del contrato

Es el asesoramiento y su precio.

El asesoramiento se determina en el tiempo, por un periodo determinado, entendiéndolo como labor o actividad dirigida esencialmente a proporcionar información de calidad, basada en datos técnicos contrastados y analizados

---

<sup>171</sup> Cfr. LMV, Art. 62.2 y R.D 217/2008 de 15 de febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de inversión, arts. 4 al 8.

profesionalmente dentro de la *lex artis* del asesor, y que preparen o formen al cliente en cuanto a sus decisiones inversoras.

No es un asesoramiento en ningún caso, dirigido a la obtención de un resultado concreto, aunque dentro de la libertad de contratación nada obsta a establecer ciertas cotas de rentabilidad futura.

El asesoramiento es tan amplio como las partes convengan, nada obsta a que el profesional asesor pueda si esta capacitado para ello completar su información con asesoramiento jurídico<sup>172</sup>.

La celebración del contrato se justifica, tanto por la preparación exigida en materia financiera del asesor, como por la posibilidad y acceso a medios técnicos que le permiten el seguimiento de mercados financieros en tiempo real, y que para el cliente no son accesibles en ese grado de eficacia en el tiempo, debido al coste e infraestructura que requiere el manejo de este circuito informativo y de análisis.

El asesoramiento, como contraprestación, lleva aparejado el precio, el coste del servicio y que necesariamente debe especificarse cuantitativamente<sup>173</sup>.

Puede darse la circunstancia, que sin mediar precio y servicio de asesoramiento en puridad, se preste ese asesoramiento de forma aislada, como contenido de cláusulas de contratos auxiliares como el de comisión, depósito y administración de valores, en los que constará la citada cláusula, recibiendo el cliente información contrastada sobre evolución de mercados, valores contratados, volatilidad de los mismos y rentabilidades conocidas y previstas.

Es habitual, al amparo de la citada cláusula, el envío de folletos, publicidad, soportes telemáticos e información financiera de amplio rango dirigida a sus clientes y sin conste adicional alguno con relación al contrato principal<sup>174</sup>.

No siendo un contrato formal el de asesoramiento financiero<sup>175</sup>, si es evidente que una relación jurídica de ésta índole y trascendencia patrimonial este contemplada

---

<sup>172</sup> Cfr. IBÁÑEZ JIMENEZ, J.; «Tratado de contratos. Contratos del mercado de valores, contratación bancaria, contratación de transporte y navegación. Contratos de seguro», 2013, Tomo V, pp.5782 y ss.

<sup>173</sup> Cfr. Arts. 1271 y 1273 del CC

<sup>174</sup> Cfr. IBÁÑEZ JIMENEZ, J.; «Tratado de contratos. Contratos del mercado de valores, contratación bancaria, contratación de transporte y navegación. Contratos de seguro», 2013, Tomo V, pp.5782 y ss.

<sup>175</sup> Cfr. Art. 1278 y 1279 del CC



y recogida en el RD 217/2008<sup>176</sup> de 15 de febrero, estando obligada la entidad a entregar al cliente el contrato tipo que determine el Ministerio de economía y hacienda.

d) contenido del contrato

Los deberes de información precontractual tienen su reflejo en la fase previa a la relación jurídica y comercial de asesoramiento entre cliente y asesor.

El asesor de inversiones, que es quien presta el servicio de asesoramiento financiero, tiene *ex lege*, la obligación de recabar del cliente toda la información necesaria y suficiente para conocer sus capacidades de comprensión en cuanto a la materia financiera y la finalidad del contrato, así como la trascendencia que la ejecución de las órdenes que se tramiten en base a las informaciones y asesoramiento facilitado, van a tener en su patrimonio, esto es, llevará a cabo la labor, test, o evaluación de conveniencia previsto en el R.D 217/2008 de 15 de febrero<sup>177</sup>, siempre partiendo de la clasificación o calificación que el cliente tenga como cliente minorista o cliente profesional.

Deberá en consecuencia el asesor, suministrar toda aquella información que en función del tipo de cliente e inversiones a llevar a cabo, sea suficiente y comprensible para el mismo, partiendo de la capacidad inversora y conocimientos técnicos y financieros que el cliente puede tener, así como para el cumplimiento de la finalidad contractual. Debe recomendar al cliente, aquellas estrategias de inversión que sean de su interés y dentro del rango de clasificación como cliente minorista o profesional.

Puede darse la circunstancia que un cliente clasificado como minorista, y para una operación financiera en concreto, en la que quiere intervenir, siendo de cierto riesgo desde su óptica de cliente minorista, pretenda acceder a ella, teniendo en tal caso que solicitar de la entidad que le asesora un cambio puntual en su clasificación, y para un producto en concreto.

En el supuesto referido de cambio de clasificación del tipo de cliente, si tras el estudio de la solicitud por parte de la entidad, esta considerara que no se dan los

---

<sup>176</sup> Cfr. R.D 217/2008 de 15 de febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de inversión, art. 76.

<sup>177</sup> Cfr. R.D 217/2008 de 15 de febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de inversión, arts. 72, 73 y 74, con relación a los artículos 78 al 79 sexies de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre por la que se modifica la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV), así como la 3/2013 de 12 de junio de la Comisión nacional del mercado de valores sobre el desarrollo de determinadas obligaciones de información a los clientes que se les prestan servicios de inversión, en relación con la evaluación de la conveniencia e idoneidad de los instrumentos financieros.

requisitos de formación financiera requerida en el cliente para esa inversión en concreto, podrá no acceder a la solicitud formulada<sup>178</sup>.

De otra parte, la entidad podrá asumir que sus clientes profesionales tienen la experiencia y conocimientos suficientes para asumir y entender los riesgos inherentes de la inversión, pudiendo omitirse este deber de información requerida<sup>179</sup>, pues tengamos en cuenta que clientes profesionales a tenor del art. 78 bis, n° 3 del LMV son entre otros las entidades financieras, que es obvio en la práctica tienen experiencia y conocimientos con relación a los mercados e inversiones.

La información requerida por el R.D 217/2008 de 15 de febrero en su art. 72 es de tal trascendencia que de no recibir la entidad la información solicitada al cliente en cuanto a lo previsto en el texto legal, se establece que la entidad no podrá prestar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente, como tampoco gestionar su cartera.

Es obvio que este contrato descansa sobre una relación de confianza y de conocimiento, siendo la obligación del asesor, además de las expresamente establecida en el texto legal, la de gestionar o llevar su cometido con suma diligencia profesional, no solo la del *bonus pater familiae*, debiendo exigirse que su comportamiento como profesional sea leal, esto es, cumpliendo el principio de buena fe objetiva<sup>180</sup>.

Siendo la actividad o comportamiento del asesor, subsumible en los comportamientos descritos, buena fe, diligencia debida del buen padre de familia, así como cumplimiento de la *lex artis*, el resultado de éxito en la inversión no le es exigible, no es un contrato de resultado, sino de servicio, actividad o gestión.

Distinto supuesto es el de acontecer un resultado adverso en la inversión, atribuible a una deficiente información y error en el análisis de interpretación de informes y evolución de mercados, siendo en este caso, reclamable en sede judicial la culposa responsabilidad por el daño ocasionado.

Debe el asesor mantener constante contacto con el cliente advirtiéndole de los riesgos de las inversiones. Deberá informarle con prontitud sobre todas aquellas

---

<sup>178</sup> Cfr. Art. 79 bis 7 de la LMV.

<sup>179</sup> Cfr. Circular 3/2013 de 12 de junio de la Comisión nacional del Mercado de Valores sobre el desarrollo de determinadas obligaciones de información a los clientes que se les prestan servicios de inversión, en relación con la evaluación de la conveniencia e idoneidad de los instrumentos financieros, Normas tercera y siguientes.

<sup>180</sup> Cfr. Art.4 de la Ley 3/1991 de 10 de enero, modificada por la Ley 29/2009 de 30 de diciembre, por el que se modifica el régimen de competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de consumidores y usuarios, artículo 4, que establece el principio de buena fe objetiva, reputándose desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

circunstancias sobrevenidas en negocios ya celebrados por el y que pudieran afectar a sus inversiones, debe en suma cumplir con la diligencia debida, y su incumpliendo, de generar conflicto o resultados perjudiciales para el cliente, encontrarán responsabilidad, culposa en su caso, por daños en sede judicial.

El cumplimiento con el deber de información por parte del asesor, o empresa de asesoramiento financiero y recomendar un determinado producto financiero o mercado, advirtiendo al cliente de los riesgos que existen (y siempre que el cliente hubiera sido debidamente evaluado conforme a lo previsto en el art. 72 y siguientes del RD 217/2008 en cuanto a la idoneidad para estos mercados, y conveniencia en su caso), no implica, por cumplir con ese deber, que el asesor asuma los riesgos del mercado, que haga suyos el porvenir de los resultados siendo responsable de un posible resultado adverso.

Su labor es asesorar, informar, recomendar, facilitar toda la información por distintos medios tanto verbales como escritos, pero siempre siendo el cliente asesorado quien asume la inversión y decide ejecutarla asumiendo pues la responsabilidad en cuanto a resultado, salvo los supuestos de omisión debida de información por parte del asesor, o haber analizado éste insuficientemente los riesgos que se asumían en el mercado por parte del cliente.

No podrá el profesional que realiza el servicio de asesoramiento, delegar su gestión en otra persona o agente o representante, salvo permiso expreso del cliente, lo cual parece lógico y evidente dado que la relación contractual se cimenta sobre la confianza personal depositada en la persona del asesor o gestor especialista en esta materia, siendo el responsable ante el cliente. El asesor, la empresa asesora en su caso, no puede diluir entre sus empleados en general la responsabilidad de la gestión, esto es, el asesor es y debe ser perfectamente identificable, no se puede diluir en la generalidad de la estructura de la empresa<sup>181</sup>.

El cliente asesorado, deberá pagar la cantidad estipulada con la entidad conforme a los servicios a prestar, dependerá de que modalidad de servicio de asesoramiento se acuerde contratar, no existiendo tarifas establecidas, son libres.

Igualmente el cliente, deberá facilitar al asesor los datos e información a que se refieren tanto la LMV como el RD 217/2008<sup>182</sup>, y como prevé el art. 74.3, la entidad tendrá derecho a confiar en la información facilitada por el cliente, excepto cuando

---

<sup>181</sup> Cfr. IBÁÑEZ JIMENEZ, J.; «Tratado de contratos. Contratos del mercado de valores, contratación bancaria, contratación de transporte y navegación. Contratos de seguro», 2013, Tomo V, p. 5786.

<sup>182</sup> Cfr. Art. 79 bis de la LMV y arts. 72 y siguientes del RD 217/2008 de 15 de febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de inversión.

entienda y compruebe que la misma se encuentra desfasada o no se corresponde con la realidad.

La información que deberá suministrar a su asesor debe contener extremos relativos a su formación profesional y experiencia, no pudiéndose entender que el hecho de ser profesional de un sector, o tener formación universitaria, suponga ya que tiene conocimiento suficiente en materia financiera para afrontar determinadas recomendaciones, como puede ser el caso de recomendar y suscribir las conocidas participaciones preferentes que son activos de alto riesgo y que han ocasionado innumerables supuestos de no idoneidad, pese a tratarse de clientes con sobrada formación en otros campos.

La información deberá incluir su situación patrimonial en conjunto, así como sus expectativas inversoras, o rentabilidad que espera obtener con las inversiones patrimoniales para las que pide asesoramiento.

e) extinción del contrato

Como tal contrato de asesoramiento se determinarán las condiciones en que el mismo se prestará, bien por tiempo determinado, bien por inversiones específicas, o para un supuesto en concreto.

Llegado el plazo, cumplida la obligación del asesor, y pagada la cantidad o comisiones pactadas por el servicio, la relación se extinguirá.

En los supuestos en que el asesoramiento financiero, se incluya en un contrato principal, de tal forma que al extinguirse la obligación principal, se extinguirá esta obligación o servicio auxiliar, si así se hubiera pactado.

Puede darse el supuesto de extinción del contrato por jubilación del asesor, por fallecimiento, o por extinción de la empresa de asesoramiento financiero. Si se diera la circunstancia descrita, la entidad deberá, previa conformidad con el cliente, proceder a la sustitución del asesor, o bien continuar con los servicios que estuvieran en curso hasta su finalización.

En la extinción del contrato por desistimiento del asesor, debe mediar justa causa y evitar causar daños al cliente, que de producirse deben ser resarcidos.

El desistimiento del contrato, renuncia, por parte del cliente alegando falta de confianza en el asesor, conlleva el pago por parte del cliente de los honorarios devengados, o bien la parte del servicio prestado. De no mediar justa causa, y se apartare el cliente de la relación contractual, deberá indemnizar al asesor por el daño inflingido a su reputación.

En los supuestos que existe mutua justa causa para resolver la relación contractual, las partes resolverán su situación procediendo recíprocamente a compelerse a cumplir las obligaciones subyacentes, bien abonado los honorarios o tarifas y finalizando si fuera el caso el supuesto puntual que pudiera estar en trámite y que acepte sea finalizado por parte del cliente<sup>183</sup>.

#### 2.3.2.3.3 El contrato de gestión de carteras

Si bien acabamos de estudiar el contrato de asesoramiento financiero, íntimamente relacionado con el, y por la trascendencia que tiene en el devenir de la contratación financiera y bancaria, debemos referirnos al contrato de gestión de carteras, enmarcado dentro de lo que hemos venido denominando operaciones bancarias neutras y por los motivos ya expuestos.

Tanto en los contratos de asesoramiento de mercado de valores, como en el contrato de gestión de carteras, gravita sobre los mismos el deber y derecho a la información: deber de facilitarla al cliente o inversor, y el deber de formarse por parte de quien presta el servicio, para informar debidamente al inversión en función de las capacidades, clasificación y formación del mismo.

El derecho a la información del inversor, cliente, es consecuencia del deber y exigencias sobre la información que nuestro legislador establece tanto en la LMV como en el RD 217/2008 de 15 de febrero.

##### a) concepto y naturaleza

Se trata de un contrato de gestión de negocios ajenos<sup>184</sup>, suscrito entre una entidad o sociedad de gestión de carteras y un cliente o inversor que pretende conservar y aumentar o rentabilizar su patrimonio mobiliario mediante esa gestión profesional.

Las sociedades gestoras de carteras, como tipo de empresa de servicios de inversión, están contempladas y descritas en la LMV<sup>185</sup>, y a tenor del texto legal exclusivamente podrán prestar los servicios de inversión descritos en el art. 63.1 d) y g) de la LMV, así como los servicios auxiliares contemplados en el art. 63.2 c) y e) del mismo texto legal, y consistentes en la gestión discrecional e individualizada de

---

<sup>183</sup> Cfr. IBÁÑEZ JIMENEZ, J.; «Tratado de contratos. Contratos del mercado de valores, contratación bancaria, contratación de transporte y navegación. Contratos de seguro», 2013, Tomo V, p. 5788.

<sup>184</sup> Cfr. IBÁÑEZ JIMENEZ, J.; «Tratado de contratos. Contratos del mercado de valores, contratación bancaria, contratación de transporte y navegación. Contratos de seguro», 2013, Tomo V, p. 5792.

<sup>185</sup> Cfr. Arts. 63.1 y 64.1 c). de la LMV., con relación a los arts.63.1. d) y g) y 63.2. c) y e).

carteras de valores mobiliarios esencialmente, y con arreglo a los mandatos e instrucciones conferidas por sus clientes; así como el asesoramiento en materia de inversión, que como vemos esta íntimamente ligado, sino comparte, el objeto del contrato de asesoramiento de inversiones ya tratado.

Las sociedades de gestión de carteras, también pueden realizar los servicios auxiliares previstos en el artículo 63.2 c) y e) consistente en el asesoramiento a empresas sobre su estructura de capital, estrategia industrial y cuestiones afines, así como el asesoramiento y demás servicios en relación con fusiones y adquisiciones de empresas, actividad esta que también pueden llevar a cabo las empresas de asesoramiento financiero, así como los cometidos previstos en la letra e) de este mismo precepto legal art. 63.2 de la LMV, consistente en la labor de emisión de informes de inversiones y análisis de perspectivas financieras de determinados instrumentos del mercado financiero.

Nuestro legislador, en su afán por regular en profundidad, como no podía ser de otro modo, los cometidos y actividad de las diferentes tipos de sociedades de inversión, y la consideración de qué entender por servicios de inversión, ha podido generar dudas conceptuales, dudas que quedarán despejadas si atendemos a la naturaleza del contrato suscrito.

En el asesoramiento financiero, el cliente acude al profesional con la finalidad de obtener información, asesoramiento en la inversión, conceptuándose este contrato como de arrendamiento de servicios.

De otra parte, en el contrato de gestión de carteras nos encontramos ante un contrato de mandato mercantil<sup>186</sup>, donde el gestor asume la representación del inversor en el mercado de valores para operar con la cartera de valores del cliente, su portfolio, aplicándose las normas reguladoras de la comisión o mandato mercantil, en defecto de las cláusulas o pactos que hubieran convenido las partes según el art. 1255 del CC

No obstante, la configuración actual de este contrato de gestión de carteras, como servicio financiero que es, tiene un contenido más amplio que el establecido para el contrato de comisión mercantil, pues debemos tener en cuenta, que los mercados financieros, evolucionan a un ritmo superior de adecuación a la realidad económica, del que pueda hacerlo legislador debido a la lentitud del funcionamiento y trámite de la Administración.

---

<sup>186</sup> Cfr. STS del 11.7.1998, Sala 1ª (La Ley 25.9.1998, 10-12) en IBÁÑEZ JIMENEZ, J.; «Tratado de contratos. Contratos del mercado de valores, contratación bancaria, contratación de transporte y navegación. Contratos de seguro», 2013, Tomo V, 2013, Tomo V, p. 5793.

A lo anteriormente reseñado, debemos añadir, que esta figura jurídica, como el Derecho de la contratación, están inmersos en continua evolución y cambio en gran parte por el cada vez mayor empleo y utilización de nuevas tecnologías y la contratación a distancia de servicios financieros que obligará adecuar el contrato con las modalidades de gestión acordadas.

Este contrato de gestión de cartera, no se circunscribirá a la pura administración de su cartera, sino que al dotar de facultades al gestor, se estará más vigilante en cuanto al modo en que la gestión se realiza, evitando que una distorsionada gestión ocasione daños y perjuicios a su cliente, lo que en sede judicial será reclamado, bien por culposa o negligente gestión, bien por exceso de atribuciones no regladas en el contrato marco suscrito.

#### b) actividad y cometido

Si bien la actividad en la gestión de carteras ha sido descrita ya a tenor de lo dispuesto en la LMV<sup>187</sup>, no está constreñida a la gestión, pudiendo también prestar los servicios de asesoramiento financiero.

Es exigible en la gestión de la carteras la diligencia, no solo del *bonus pater familiae*, sino también la adecuación o diligencia media exigible a un profesional cualificado, pues no solo debe desarrollar su trabajo a tenor de lo pactado con su cliente sino incluso, a falta de instrucciones concretas, debe aplicar todos sus conocimientos y experiencia profesional al objeto favorecer la cartera de su cliente, incluso cuando puede contravenir su interés al propio.

Es obvio que el gestor de carteras no puede controlar la aleatoriedad de determinadas inversiones (volatilidad), debiendo tomar las debidas posiciones de cobertura del riesgo al objeto evitar, sino mitigar, las consecuencias de la evolución financiera de determinados mercados en lo que se ha decidido invertir.

Las decisiones de invertir y recomendar a su cliente determinados mercados y activos financieros, exigen del gestor, una previa toma de análisis, estudios y evolución de los mercados propuestos en función a las alternativas del cliente, y pese a todo, siempre debe tener en cuenta la responsabilidad en que podría incurrir<sup>188</sup> de no tomar las debidas cautelas, aseguramiento o garantías *ad hoc* para determinadas inversiones.

El gestor, la sociedad gestora, debe seguir las instrucciones de su cliente a tenor de lo pactado, para lo cual deberá no obstante revisar su política y sus

---

<sup>187</sup> Cfr. Art. 64.4 y 63.1. g) de la LMV.

<sup>188</sup> Cfr. Art. 258 del CCo

contratos de ejecución de órdenes con determinada periodicidad<sup>189</sup>, y obligatoriamente en cualquier momento en que las circunstancias puedan afectar a la capacidad de la entidad para poder continuar con la efectividad de la cartera gestionada, con la capacidad de hacer rentables en la línea propuesta, las inversiones a realizar y que encajan dentro de la línea y perfil inversionista, de su cliente.

Cuando se trata de clientes minoristas, la sociedad gestora deberá facilitar con anterioridad a la prestación del servicio, y por medio de soporte duradero , o a través de su página *web* determinada información al cliente, siendo de especial interés la contemplada en el apartado c) del número 2 del art. 78 del RD 217/2008 de 15 de febrero consistente en la advertencia clara y visible que cualquier instrucción específica del cliente puede impedir que la entidad adopte las medidas incluidas en su política de ejecución para obtener el mejor resultado posible para sus clientes con relación a los criterios incluidos en esas instrucciones<sup>190</sup>.

El cumplimiento de lo antedicho, releva al gestor de responsabilidad contractual, de igual manera, el apartarse de lo encomendado le hará incurrir en la misma.

De esta manera pretende el legislador en cierto modo, cubrir las expectativas de la sociedad gestora, pues si bien, la sociedad gestora debe cumplir con el deber de cautela y prudencia en la gestión de las inversiones decididas al objeto obtener los mejores resultados para su cliente, no puede soportar los perjuicios que pudieran ocasionarse por el cumplimiento de las instrucciones dadas por el cliente con relación a determinadas inversiones no especialmente recomendadas.

La gestión de carteras es una figura contractual que duda cabe, cimentada sobre una mutua relación de confianza, no dejando de ser un mandato mercantil<sup>191</sup>, revestido de esa especial confianza, tanto en la profesionalidad del gestor como en la formalidad del cliente en el cursar sus instrucciones de inversiones y deseos de finalidad y rentabilidad de su cartera.

Admitido lo anterior, surgen situaciones con cierta dificultad de interpretar y resolver.

Ante una insuficiente claridad en las instrucciones dadas por el cliente, se hace difícil interpretar su voluntad presunta, máxime cuando nos encontramos en mercados cada vez más volátiles. A esta dificultad de interpretación, se añade la circunstancia de

---

<sup>189</sup> Cfr. Art. 78 del RD 217/2008 de 15 de febrero, sobre «El régimen jurídico de las empresas de inversión....»

<sup>190</sup> Cfr. Art. 264 del CCo con relación al art. 254.

<sup>191</sup> Cfr. Arts. 244 y siguientes del CCo y en particular arts. 254, 255 y 256.



la operatividad técnica de gestión de las órdenes de inversión que empleándose nuevas tecnologías, tanto en el modo de operar del gestor, como en el modo de contratar del cliente comunicando las órdenes a la gestora vía contratación a distancia que puede utilizar.

El art. 255 del CCo prevé para el supuesto que el gestor no pudiera comunicar con el cliente ante una circunstancia dada, y no permita demorar la decisión, deberá operar procurando siempre el máximo beneficio para el mismo, lo que puede suponer que deba suspender operaciones que pudieran estar ya cursadas, y teniendo en cuenta obviamente el perfil de riesgo y capacidad de asunción de los mismos por parte del mismo<sup>192</sup>.

Por parte del gestor, deberá informar al cliente con la periodicidad, al menos, la pactada, de la evolución de la cartera de maneja completa e inteligible, de tal forma que pueda en todo momento conocer de forma eficiente cual es el resultado y periodicidad de sus inversiones, facilitando que el cliente pueda opinar y moderar aquellas aspectos que le son comunicados, pudiendo así facilitar la mutua relación entre las partes y orientando de la forma más adecuada aquellos aspectos de la gestión que pudieran mejorarse en beneficio de la rentabilidad su cartera, evitando también, el conflicto de intereses que pudiera darse entre el cliente y otros clientes.

Asimismo, este flujo de comunicación e información evita la abusividad en la gestión, que se puede producir al incorporar o recomendar productos financieros que por política comercial de la sociedad inversora o gestora (o por el banco en el supuesto que se preste el servicio desde su estructura empresarial), puede ser más rentables a grupos financieros determinados que a los intereses de un cliente minorista, productos como son las opciones de futuros, acciones preferentes, contratos *swaps*, y aquellos otros excesivamente volátiles y que exceden de los perfiles de una cartera minorista gestionada.

Deberá el gestor rendir cuenta de los contratos ejecutados<sup>193</sup>, reintegrando al inversor los beneficios o ganancias de su inversión, conforme a lo pactado en su contrato, y evidentemente deduciendo los importes que correspondieran a las comisiones o tarifas pactadas<sup>194</sup> por la gestión de la cartera.

---

<sup>192</sup> Cfr. Art.77 del RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre «El régimen jurídico de las empresas de inversión...».

<sup>193</sup> Cfr. Art. 263 del CCo

<sup>194</sup> Cfr. Art. 278 del CCo

De demorarse el gestor en el pago de los beneficios atribuidos a las inversiones, es dable la exigencia de reclamar los intereses de demora, el legal, desde el tiempo que medie entre la efectividad del resultado y el abono efectivo al cliente<sup>195</sup>.

c) extinción del contrato

El contrato de gestión de carteras tiene una vocación de futuro, se pacta para un determinado período de tiempo, aunque también puede pactarse para determinadas operaciones en particular, y una vez ejecutadas, y cumplido con la entrega del beneficio obtenido, así como abonado al gestor las tarifas u honorarios pactados, queda extinguida su relación.

No obstante puede también resolverse el contrato por voluntad unilateral del cliente, posibilidad esta que viene a pactarse habitualmente, y para lo cual debemos ser vigilantes ante la posibilidad e imposición de cláusulas abusivas, que en el fondo esconden una cláusula penal no querida.

En estos supuestos, de resolución unilateral, la sociedad gestora tiene derecho a percibir las comisiones por las operaciones realizadas y por las pendientes que estuvieren en trámite de ejecución, así como los gastos que su hubieran ocasionado y que deben ser claramente especificados y contables.

Prevé el CCo<sup>196</sup> que por muerte del comisionista, o su inhabilitación, se rescindirá el contrato, y como ya hemos comentado en el apartado del asesoramiento financiero de inversiones, la sociedad gestora deberá sustituir a la persona encargada de la gestión de la cartera con el consentimiento del cliente y aceptación por parte del mismo. Para el supuesto de la muerte del comitente, no se resolverá el contrato de facto, sino a instancia de sus causahabientes.

### **III. EL RÉGIMEN ESPECÍFICO DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR DE PRODUCTOS BANCARIOS Y FINANCIEROS**

#### **1. Concepto de consumidor en la normativa general de consumidores y usuarios**

La distinción entre cliente bancario y consumidor, encuentra mayores dificultades en tanto que los consumidores, clientes bancarios, intervienen con mayor hábito y normalidad en la contratación de servicios financieros.

---

<sup>195</sup> Cfr. Art. 257 del CCo

<sup>196</sup> Cfr. Art. 280 del CCo

La anterior redacción del art.3 del TRLGDCU, en cierto modo escueto, al referirse al consumidor, lo hacía en los términos de considerarlo como aquella persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a sus actividad empresarial, esto es, con una intención y destino de los bienes y servicios contratados, ajenos a su profesional.

Tras la aprobación de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU y otras leyes complementarias<sup>197</sup>, el artículo 3 es redactado atendiendo a un doble rasgo o concepto.

Una primera consideración, en cuanto a las personas físicas como consumidores o usuarios, cuando actúan en el mercado con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

En cuanto a las personas jurídicas, establece el texto legal un rasgo diferenciador para considerarlas consumidores.

Atendiendo a la finalidad del iter negocial, si el mismo esta vinculado a su actividad, y si existe ánimo de lucro, de tal suerte que serán consumidores las personas jurídicas, y por ende protegidas por la legislación de consumo, cuando en la contratación de servicios, o en actividad de consumo, actúen sin ánimo de lucro y en un ámbito ajeno a su actividad comercial o empresarial<sup>198</sup>, situación que a nuestro entender tendrá una doble protección jurídica, tanto la relativa a la legislación de consumo, como la sectorial.

En la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores, y regulado por la LCDSFC, no se contempla la posibilidad de considerar consumidor a las personas jurídicas en ningún caso<sup>199</sup>.

El rasgo diferenciador será la finalidad de sus actividades de inversión en la esfera privada.

Esta noción de consumidor es la reflejada en la mayoría de las Directivas que se han dictado en materia de protección de los consumidores.

---

<sup>197</sup> Cfr. Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU y otras leyes complementarias por la que se transpone la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

<sup>198</sup> Cfr. Art. 3 TRLGDCU, modificado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

<sup>199</sup> Cfr. Art. 5 de la LCDSFC.

Se trata de una noción concreta y funcional<sup>200</sup>, que a la vista de la jurisprudencia de Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en materia de protección de los consumidores<sup>201</sup> ha de ser interpretada de forma restrictiva.

En definitiva quedan excluidas las personas jurídicas del concepto de consumidor.

Si el legislador manifiesta un afán proteccionista, debería haberse incluido a las mismas, con las correcciones necesarias, como acertadamente si se contempla en el TRLGDCU, tanto en su anterior redacción de su artículo 3, como en la actual redacción tras la aprobación de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU.

La formación y conocimiento de los consumidores, de los particulares o clientes en terminología bancaria propiamente dicha, cada vez es mayor, y no es extraño como gestionan personalmente su cartera de valores acudiendo a la contratación a distancia.

Según el texto normativo, un despacho de abogados, constituido como sociedad civil, con unos intereses profesionales claros y bien distintos de los servicios financieros, no podrían invertir como tal despacho de abogados, parte de sus beneficios comunes no repartidos, dado que son persona jurídica.

Entendemos sería más deseable en este campo de la comercialización a distancia de servicios financieros, haber acudido a una fórmula similar a la aplicada en la legislación de consumo, discriminando si esta contratación de servicios financieros tiene exclusivamente ánimo de lucro, o bien, si exclusivamente su finalidad es puro ahorro o depósito, sin movimientos especulativos; además, y siempre, que no fuere su actividad empresarial o profesional.

En definitiva, la calificación de las sociedades mercantiles como consumidoras<sup>202</sup> es excepcional, no obstante en determinadas situaciones una sociedad pueda ser considerada como consumidora cuando la contratación llevada a

---

<sup>200</sup> Cfr. ARROYO APARICIO, A.; «Comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores según la Ley 22/2007 de 11 de julio», « Contratos mercantiles», 2009, Tomo I, pp.1490 y ss.

<sup>201</sup> Cfr. SSTJCE de 14 de marzo de 1991 (TJCE 1991,155), Asunto Di Pinto, 17 marzo de 1998 (TJCE 1988,52), Asunto Dietzinger, 23 de marzo 2000 (TJCE 2000,53), Asunto Berliner Kindl Brauerei AG c. Andreas Siepert, y 22 de noviembre 2001 (TJCE 2001,330), Asunto Cape/Idealservice).

<sup>202</sup> Cfr. ROY PÉREZ, C.; «El régimen de protección del consumidor de productos bancarios y financieros», RDM, Enero-Marzo 2013, nº 287, pp.151 y ss.

cabo no entre dentro del marco de su actividad profesional o comercial, y el destino del bien adquirido no es el de su actividad empresarial, sino el domestico o particular<sup>203</sup>.

El hecho de que un profesional, contrate con una entidad financiera un préstamo, no puede ser presupuesto para considerar que ese acto de comercio es, por el mero hecho de ser empresario el contratante, un acto inmerso en su actividad profesional.

El dato identificador y relevante debe ser el destino del mismo y con qué finalidad contrata, pues el destino puede ser exclusivamente doméstico, para su entorno personal, y para desvirtuar este criterio, siempre deberá acudir a los medios de prueba reconocidos en Derecho para acreditar lo contrario, sin que pueda presumirse por el hecho de ser empresario que el destino de los bienes adquiridos o contratados sean la actividad empresarial<sup>204</sup>.

## **2. Concepto de cliente bancario**

En este supuesto el concepto de cliente bancario, es esencialmente el de consumidor como persona física que acude a las entidades de crédito reconocidas como tales<sup>205</sup> con la finalidad de contratar servicios financieros con destino doméstico, ajeno a su actividad profesional o empresarial.

Las relaciones entre la entidad financiera y el consumidor, cliente bancario, se someterá a lo dispuesto en las normas de transparencia bancaria<sup>206</sup> que guiarán las relaciones entre la entidad financiera y el cliente, normas de transparencia cuyo fin es establecer las pautas a seguir en las relaciones contractuales entre la entidad financiera y el cliente bancario, con un claro carácter tuitivo, protector de la parte más desfavorecida en la relación jurídica, como es el consumidor

El cliente bancario es en definitiva la persona física, consumidor, que actúa como actividad ajena a su vida profesional o empresarial, siendo usuario o contratante de servicios bancarios tanto de activo, pasivo, como operaciones neutras.

---

<sup>203</sup> Cfr. STS de 9 de junio de 2009 (RJ 2009, 3386).

<sup>204</sup> Cfr. Auto Audiencia Provincial de Gerona (Sec. 2ª) de 20 de diciembre de 2007 (JUR 2007, 179917).

<sup>205</sup> Cfr. Art. 1 del Real Decreto Ley 1298/1986 de 28 de junio, por el que se adaptan las normas legales en materia de establecimientos de crédito al ordenamiento jurídico de la Comunidad Económica Europea, modificado por el Real Decreto Ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras, por el que se suprime la letra e) del apartado 2 del artículo 1.

<sup>206</sup> Cfr. EHA/2899/2011 de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, y la Circular 5/2012, de 27 de junio del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad de la concesión de préstamos.

Para el supuesto contrario, cuando la persona física o jurídica actúa en el ámbito de su actividad profesional o empresarial, las partes, entidad financiera y cliente, pueden acordar la no aplicación total o parcial de lo previsto en la Circular 5/2012, de 27 de junio del Banco de España.

Esta normativa de transparencia se aplicará solo al cliente persona física, consumidor, excluyéndose al cliente persona jurídica que actúa en la relación bancaria con intereses propios y dirigidos a su actividad empresarial o profesional. No obstante, el régimen establecido por las normas de transparencia bancaria es aplicable sin perjuicio de la legislación general de consumidores y usuarios.

Cuando el cliente, persona física, actué en la relación jurídica por intereses profesionales, la aplicación de la normativa de transparencia bancaria se aplicara dependiendo de la voluntad de las partes, que pueden acordar de común acuerdo, no aplicarla, con excepción de la normativa relativa a créditos y préstamos hipotecarios a promotores y constructores inmobiliarios que sean una persona física, en los que no pueden pactar su no aplicación<sup>207</sup>.

Pese a esta posibilidad, y para el supuesto de la LCGC, esta resultará de aplicación para todo cliente bancario en su sentido amplio, pues el texto normativo pretende proteger y tutelar las relaciones de cualquier consumidor y usuario que contrate con un profesional que recurra a la utilización de condiciones generales de la contratación en la relación jurídica, bien sea entre profesionales con consumidores, como entre profesionales entre si.

El cliente bancario, como consumidor, también contrata otros servicios financieros como son los de inversión, el mercado de valores, y a los que le será de aplicación la LMV, y en este supuesto, al cliente bancario le denominaremos inversor, prescindiendo del concepto genérico de consumidor, y que acude a contratar con la entidad de crédito estos productos o servicios denominados de inversión.

Lo que el legislador pretende en la LMV es proteger al inversor, en función de los conocimientos que pueda tener para operar de manera satisfactoria y segura en el mercado de valores o servicios de inversión, teniendo en cuenta la notable situación de desequilibrio en que se encuentra con relación a la contraparte, la entidad financiera, tanto en recursos como en la capacidad y volumen de información de los mercados, así como de la información y estudios de volatilidad de los productos financieros a los que tiene más fácil acceso y conocimiento la entidad financiera.

---

<sup>207</sup> Cfr. ROY PÉREZ, C.; «El régimen de protección del consumidor de productos bancarios y financieros», RDM, Enero-Marzo 2013, nº 287, p.157.

### **3. Regulación normativa del deber de información en la comercialización de servicios financieros**

Se hace necesario debatir y estudiar los textos normativos que atañen a la comercialización de servicios financieros, y especialmente detenernos en los deberes de información y el proceder contractual de la parte que en la relación jurídica se encuentra en una situación de “ventaja” con la relación al cliente, consumidor o usuario, y empresa, pues las obligaciones impuestas no son excluyentes.

#### **3.1 En la legislación del mercado de valores**

Muy probablemente es este sector de los servicios financieros, el de la comercialización de servicios financieros, donde se ha hecho más necesaria y más palpable la preocupación del legislador comunitario y nacional en cuanto a la protección del consumidor debido a la posición de desequilibrio de éste, con relación al proveedor de servicios financieros, que unas veces serán entidades bancarias y otras, empresas facultadas para la prestación de estos servicios.

Tras la reforma de la LMV por Ley 47/2007 de 19 de diciembre, los deberes de información establecidos se orientan a procurar la transparencia en los mercados, y así el artículo 43 de la LMV tendrá una nueva redacción, estableciéndose determinadas exigencias previas a la negociación de valores y otros requisitos de transparencia, posteriores a la negociación.

Estas exigencias de transparencia, denotan el sentir del legislador, no solo en cuanto a la protección de los intereses del consumidor a través de obligaciones de información, sino también, mediante exigencias de transparencia que suponen un paso más en el propósito de contar con una legislación que inste a las buenas prácticas comerciales.

Evitar las prácticas engañosas y desleales, estableciéndose unas pautas de comportamiento, de alguna manera gracias a la reforma operada en la LCD por la Ley 29/2009 de 30 de diciembre que modifica el régimen de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios<sup>208</sup>, sin olvidar el RD 217/2008 de 15 de febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, con un clarificador artículo 60, con un enunciado determinante: “Condiciones que debe cumplir la información para ser imparcial, clara y no engañosa”.

---

<sup>208</sup> Cfr. Ley 29/2009 de 30 de diciembre, Artículo 4.1 LCD; Arts. 19 y 20 del TRLGDCU.

Solo este enunciado descrito del art. 60 del RD 217/2008 de 15 de febrero, nos introduce en el devenir hacia el objetivo de hacer realidad la transparencia, lealtad, buenas prácticas comerciales, mercados en leal competencia y protección del consumidor, independientemente del medio de contratación elegido por las partes.

En este mismo sentido la LMV en sus arts. 79 y 79 bis, establecerán unos deberes de diligencia y transparencia dirigidos a las empresas que presten servicios de inversión, así como las obligaciones de información a facilitar a los clientes, que podemos considerar bien delimitadas y ampliamente entendidas por el legislador (art. 79 bis de la LMV)<sup>209</sup>.

La reciente Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, ya comentada en el apartado anterior, incorpora al derecho español la Directiva 2004/39/CE, del Parlamento europeo y del consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, conocida por normativa MIFID.

La finalidad que persiguen las obligaciones de facilitar información al cliente bancario, inversor, usuario, consumidor, en todas sus aptitudes, no es otra sino la de formar la voluntad o toma de decisión de contratar un determinado producto bancario y no otro, y con una entidad determinada y no con otra; de tal forma que, en función de cual sea el nivel de información y formación del cliente, mayor debe ser el nivel de diligencia de la entidad comercializadora para con las relaciones contractuales entre las partes<sup>210</sup>.

Los deberes de información exigidos por la LMV, que traspone la Directiva 2004/39/CE, normativa MIFID (*Markets In Financial Instruments Directive*), ya estaban en gran parte recogidos, y exigidos por el RD 629/1993 de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios<sup>211</sup>.

Este RD 629/1993, de 3 de mayo, establecía la obligación para las entidades bancarias o de inversión, de facilitar la información precisa y necesaria en cuanto a los productos a contratar, haciendo hincapié en los riesgos que conlleva la operación,

---

<sup>209</sup>Cfr. Circular 3/2013, de 12 de junio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre el desarrollo de determinadas obligaciones de información a los clientes a los que se les prestan servicios de inversión, en relación con la evaluación de la conveniencia e idoneidad de los instrumentos financieros, que modifica el art. 79 bis en sus apartados 6 y 7.

<sup>210</sup>Cfr. ROY PÉREZ, C.; «El régimen de protección del consumidor de productos bancarios y financieros», RDM Enero-Marzo 2013, p. 162.

<sup>211</sup> Vigente hasta el 17 de Febrero de 2008.



de tal forma que el RD 629/1993 de 3 de mayo<sup>212</sup> ya protegía al cliente bancario ante la comercialización de determinados productos de riesgo como las acciones preferentes y los *swaps*, de tal forma que las entidades bancarias y financieras que comercializan estos productos, se veían obligados a informar cumplidamente a sus clientes de los riesgos que se asumían, debiéndolos haber dirigido a los clientes que fueran acordes para este tipo de productos en función de su conocimiento financiero y al riesgo que la contratación de los mismos conllevaba<sup>213</sup>.

Con estos antecedentes normativos, podemos afirmar que ya contábamos dentro de nuestro ámbito nacional con una normativa, extensa y prolija, tuteladora de los derechos de los consumidores.

No se puede pretender, como así se ha hecho por entidades financieras demandadas por comercialización productos de alto riesgo (*swaps* y participaciones preferentes entre otros), ampararse en la fecha de la ley 47/2007 de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, como aquella a partir de la cual los deberes de información eran exigibles y no antes.

Tanto el RD 217/2008 de 15 de febrero, como la ley 47/2007 de 19 de diciembre, no han hecho sino insistir y modular lo prescrito con anterioridad por nuestro legislador, tanto en la LMV como en el RD 629/1993 de 3 de mayo.

Ya el art. 79 de la LMV en su antigua redacción, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente, la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses del cliente como propios.

En el mismo sentido, el RD 629/1993 de 3 de mayo, en su anexo, incluía un código de conducta presidido por criterios de buena fe, imparcialidad, cuidado y diligencia, y adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de inversión (art.4 del Anexo 1), como frente al cliente (art.5), proporcionándole toda la información de que dispongan y que pueda ser relevante para la adopción por aquel de la decisión de inversión, haciendo hincapié en

---

<sup>212</sup> Derogado por la Ley 47/2007 de mercado e valores y por el RD 217/2008 de 15 de febrero sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, y demás entidades que prestan servicios de inversión.

<sup>213</sup> Cfr. ROY PÉREZ, C.; «El régimen de protección del consumidor de productos bancarios y financieros», RDM Enero-Marzo 2013, referencia que hace a la SJ 1ª Instancia nº 5 de Valencia de 13 de junio de 2012 (AC 2012,461), p.162.

los riesgos que la inversión propuesta conlleva<sup>214</sup> como tiene reiterado nuestra jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En el ánimo del legislador esta la necesidad de establecer las pautas que deben seguir las entidades financieras y empresas de servicios de inversión, en cuanto a la obligación de proveer al cliente, inversor, de la información suficiente en que fundamentar su decisión de inversión.

En consonancia con la obligación de informar, junto con la LMV, el RD 217/2008 de 15 de febrero sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, y demás entidades que prestan servicios de inversión, están las órdenes EHA/1717/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de servicios y productos de inversión, y la EHA 1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, y la EHA/1665/2010, de 11 de junio, por la que se desarrollan los artículos 71 y 76 del RD 217/2008, de 15 de febrero, y en cuanto al contenido de los citados artículos, alusivos a la materia de tarifas y contratos tipo.

### **3.2 En la normativa sectorial de las empresas que prestan servicios de inversión**

Esta representada su normativa, esencialmente, por el RD 217/2008, de 15 de febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que modifica parcialmente el reglamento de la Ley 35/2003 de 4 de noviembre, aprobado por RD 1309/2005 de 4 de noviembre.<sup>215</sup>

Este texto legal, contempla no solo la comercialización de los servicios financieros en presencia física de proveedor y cliente, sino también la comercialización a distancia de servicios financieros, erigiéndose como texto legal y fuente básica, elemental, sobre el que deberemos apoyarnos en cuanto a los deberes de información que deben prestarse al inversor o cliente bancario.

Se ha conseguido un texto normativo que responde al propósito de perfilar un esquema de cobertura y protección al consumidor de forma rigurosa, no exenta de excesos normativos a en cuanto a ciertas exigencias a las entidades.

No obstante y como ya hemos apuntado, parece por el contrario no muy afortunada, esa excesiva especialización de la materia de servicios financieros

---

<sup>214</sup> Cfr. STS Sala Primera de lo Civil, sentencia 244/2013 de 18 abril (La Ley 45383/2013), diario La Ley 2778/2013.

<sup>215</sup>Cfr. RD 217/2008 de 15 de Febrero. Expositivo I, segundo y tercer párrafo.

habiendo quedado excluida la comercialización a distancia de los mismos del TRLGDCU, y en la propuesta de modificación del Código Civil, también<sup>216</sup>.

Vamos a estudiar el RD 217/2008 de 15 de febrero, de forma detallada, conseguiremos una visión de conjunto que tanto en la doctrina como en la práctica jurídica y práctica comercial nos servirá de guía normativa y conceptual, pudiendo afirmar que este texto es a la parcela de servicios financieros, el equivalente al TRLGDCU en relaciones comerciales de consumo.

Este RD 217/2008 de 15 de febrero, así como la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, y la legislación íntimamente relacionada y citada en párrafos precedentes, muy probablemente van a establecer las exigencias de información pre-contractual, y durante la vida del contrato, de tal manera, que si bien no es absoluto ni definitivo, si supone un importante avance y voluntad proteccionista hacia el consumidor que se ve inmerso en un mercado nada fácil, complejo en conceptos, y con un proveedor con el que el consumidor siempre va a encontrarse en muy diferente posición, en posición de desventaja.

Hasta tal punto será este aspecto de la información a suministrar al cliente, vital, que la omisión de detalles exigidos por la norma, a título indicativo, el artículo 60 del RD 217/2008 de 15 de febrero, el suministro de información errónea o no comprobada, así como la deslealtad<sup>217</sup>, darán lugar a la nulidad del contrato llegado el caso.

### 3.2.1 Ámbito de aplicación.

Las entidades que se verán afectadas y sometidas a sus disposiciones se detallarán de forma clara y concisa en los arts. 1 y 4 del RD 217/2008 de 15 de febrero<sup>218</sup>, en concreto, las sociedades de valores, las agencias de valores, las sociedades gestoras de carteras y las empresas de asesoramiento financiero.

A efectos de protección al consumidor no resulta baladí la citada clasificación *ex lege*, dada la variedad de empresas o sociedades que irrumpen en el mercado y que podrían generar duda o confusión a la hora de determinar si la entidad con quien estamos contratando nos ofrece plenas garantías.

---

<sup>216</sup> Cfr. Art.93 del TRLGDCU, incluso se excluyen también en la reforma operada por la Ley 3/2014 de 27 de marzo, modificatoria del TRLGDCU.

<sup>217</sup> Cfr. Cita nº 17 en AVILÉS GARCÍA, J. en «Las obligaciones de información tras la ley 17/2009 de libre acceso a las actividades de servicios», Revista Aranzadi Doctrinal Mayo 2010, p.4, quien sugiere Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias», 2009, p. 888.

<sup>218</sup> Cfr.Arts. 1 y 4, del RD 217/2008 de 15 de febrero.

### 3.2.2 Forma de comunicación.

Dado el avance en cuanto a forma y métodos de transmitir la información al destinatario de la misma, a las vías de comunicación e intercambio de información, y relaciones jurídicas entre particulares y proveedores, resulta clarificador como el legislador se referirá a “canal de distribución” como cualquier medio a través del cual la información se difunda o pueda difundirse públicamente, entendiéndose por tal aquellas a la que tenga acceso un gran número de personas. En este sentido, internet, así como vía telefónica vocal, y fax, serán los más habituales y los que a tenor del texto, son accesibles al mayor número de personas.

Término habitual en esta materia va a ser soporte duradero<sup>219</sup>. Este concepto hace escasamente una década, nos atrevemos a decir era impensable en las relaciones comerciales entre proveedores y clientes de servicios financieros.

La práctica habitual era recoger el contrato en papel, dando copia al cliente, y recogiendo en archivos al uso la documentación suscrita en documento original. Los términos *scanner*, *DVD-CD*, disco duro, servidor central, forman parte ya de la terminología de contratación a distancia de servicios financieros, y de la contratación electrónica en general.

Al regularse la provisión de información nos encontraremos que a tenor de lo dispuesto en este RD 217/2008 de 15 de febrero, se exigirá a las entidades que prestan estos servicios, suministrar la información en soporte duradero, distinto del papel, y en tal caso, cuando se acuda al soporte duradero, se establecerán unas condiciones claras, de una parte que la provisión de información en el medio escogido resulte apropiada al contexto en que la actividad entre la entidad y el cliente sea, o vaya a ser, llevada a cabo, y que la persona a quien se deba facilitar la información elija específicamente la provisión de información en un soporte distinto al papel, cuando se le dé la opción de elegir entre los dos soportes.

En los supuestos que una entidad de las incluidas en el ámbito de aplicación de este RD 217/2008 de 15 de febrero, facilite información a un cliente a través de un sitio *web*, y esa información no vaya dirigida personalmente a él, deberán cumplirse los requisitos siguientes:

1) la provisión de información por ese medio deberá resultar apropiada al contexto en que la actividad entre la entidad y el cliente sea, o vaya a ser, llevada a cabo.

---

<sup>219</sup> Cfr. Art 2, letra b) RD 217/2008 de 15 de febrero.

2) el cliente deberá aceptar expresamente que la información se le facilite en ese soporte

3) deberá notificarse electrónicamente al cliente la dirección del sitio web donde pueda accederse a la información

4) la información deberá estar actualizada

5) la información deberá estar accesible de forma continua a través del sitio web durante el periodo de tiempo que el cliente pueda necesitar razonablemente para examinarla<sup>220</sup>.

El texto normativo entra en los aspectos concretos, en las condiciones que debe cumplir la información para ser imparcial, clara y no engañosa.

Las condiciones que debe cumplir la información, están tasadas, pudiendo entender que nuestro legislador establece un punto de partida de mínimos exigibles.

El artículo 60 del RD 217/2008 de 15 de febrero y a los efectos de lo dispuesto en el artículo 79 bis. 2 de la LMV, establece que toda información, incluidas las comunicaciones publicitarias, dirigida a clientes minoristas, incluidos los clientes potenciales, o difundida de tal manera que probablemente sea recibida por los mismos, deberá cumplir las condiciones establecidas en éste artículo.

Entre esas condiciones, y aunque parezca obvio, la información tiene que incluir el nombre de la entidad que presta los servicios de inversión. Esta exigencia por evidente, entendemos pretende despejar las dudas de pertenencias a grupos financieros nacionales, si son entidades de fuera de los estados de la unión, en definitiva, que el consumidor identifique perfectamente con quien está suscribiendo un contrato.

El art. 97 del TRLGDCU<sup>221</sup>, regula la información precontractual de los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, establece el modo en que la información deberá ser facilitada al consumidor, y pese a que se refiera a materia de consumo, las exigencias del legislador son las mismas en un texto y en otro, con sus matices, pero no obstante, aún nos inclina más hacia la necesidad de aunar en un solo texto legislativo ( bien podría ser en el TRLGDCU), la materia de servicios financieros.

---

<sup>220</sup> Cfr. Art. 3, n° 1 y 2 RD 217/2008.

<sup>221</sup> Cfr. Art. 97.2 TRLGDCU., tras la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo.

### 3.2.3 Cualidades de la información.

La información deberá ser exacta, en el sentido de no destacar solo la parte comercialmente beneficiosa para el proveedor, deberá indicar los riesgos pertinentes de manera imparcial y visible.

La información deberá ser suficiente y se presentará de forma que resulte comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios.

Por el contenido del precepto, extenso, podemos entender por suficiente, una información tal que tras su recepción y estudio, nos sirva para formar la voluntad y tomar la decisión oportuna de contratar el servicio o no hacerlo.

No debe ser, a *sensu contrario*, tan densa que provoque en el consumidor un cúmulo de dudas tal, que la decisión de contratar, se vea mediatizada por el exceso de información y utilización de términos aparentemente sencillos que siendo comprensibles, son suministrados en exceso.

Es de destacar como en el texto del RD 217/2008 de 15 de febrero el artículo 60 establece las condiciones que debe cumplir la información para ser imparcial, clara y no engañosa, otorgando a la información el peso y relevancia que en las relaciones contractuales será determinante, como un elemento contractual más.

Como exigencia de buenas prácticas, y en evitación de prácticas publicitarias engañosas, a la postre, desleales, en ningún caso se podrá incluir en la información el nombre de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, o de otra autoridad competente de manera tal que indique o pueda inducir a pensar que la autoridad aprueba o respalda los productos o los servicios de la empresa<sup>222</sup>.

Este artículo viene a establecer el contenido de la información a suministrar y el cómo debe ser facilitada esta información por el proveedor.

Las limitaciones establecidas están dirigidas a evitar situaciones en las que el proveedor en su afán comercial, suministre una información que no cumpla el fin deseado, sino el de crear un cúmulo de datos, cifras, estadísticas, que generen en el consumidor un estado de duda, terminando por contratar el producto por hastío más que por conocimiento real del producto y ejercicio de libre voluntad contractual, firmando el documento contractual mecánicamente, o haciendo *click* en el apartado de aceptación de las condiciones contractuales en los supuestos de contratación a

---

<sup>222</sup> Cfr. Art. 60 n° 1, letra f) RD 217/2008 de 15 de febrero.

distancia, o aceptando el suministro de bien o servicio, sin realmente tener formado un criterio claro sobre la transacción que se está llevando a cabo.

La exigencia de suministrar información veraz, de no conculcar el principio de veracidad, y en consecuencia, que no cause error en los destinatarios facilitando información errónea, se contempla en el RD 217/2008 de 15 de febrero, estando en consecuencia normado el tipo y cualidades de información, en los habituales supuestos en que las entidades, o empresas de servicios financieros, pretenden captar clientes ofreciendo sus servicios y mostrando al consumidor datos económicos, estadísticas, curvas históricas, y para este supuesto el texto dispone que cuando la información compare servicios de inversión o auxiliares, instrumentos financieros o las personas que presten los servicios, se deberán cumplir determinados requisitos<sup>223</sup>.

#### 3.2.4 Ámbito subjetivo de la información.

Como ya hemos visto la información tendrá que ser la suficiente, y comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que va dirigida.

Cuando nos referimos a grupo, el concepto será el de clientes, clientes entendemos en sentido amplio, dado que en estos supuestos de contratación de servicios financieros, si bien hablamos de inversor, en la práctica bancaria cotidiana, son los clientes del banco, clientes bancarios, en su mayoría persona física que actúan en la relación jurídica con intereses ajenos a su actividad profesional o empresarial, lo que no obsta que pueda darse la situación citada, que el fin de contratar sea dedicar la inversión a sus actividad profesional, lo que ya hemos tratado al diferenciar entre cliente bancario y consumidor.

El texto legal, ha acometido de forma rigurosa, el sistema de clasificación de clientes, pues es obvio que el principio de igualdad supone tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, no pudiendo ofrecerse unos determinados servicios financieros complejos a un tipo de clientela que por su formación y tipología inversionista no quiere, ni desea asumir ciertos riesgos.

Así el artículo 61 del RD 217/2008 de 15 de febrero se ocupará de la información referente a la clasificación de clientes, clasificación que por imperativo legal se aplicará en toda circunstancia, y precisamente en evitación de abusos y paliando la situación de desequilibrio entre proveedor y cliente.

---

<sup>223</sup> Cfr. Art.60, nº 2 y 3 del RD 217/2008.

Las entidades deben cumplir, por imperativo legal<sup>224</sup>, con el deber de información previa a la contratación del servicio de inversión o productos bancario, facilitando una información adecuada y suficiente para el entendimiento del cliente inversor<sup>225</sup>.

Las entidades que prestan servicios de inversión, ya que están dentro del ámbito de aplicación de este RD 217/2008, están obligadas a notificar a sus clientes, en que grupo o tipología de clientes se encuentran.

En función de su adscripción a uno u a otro, existirán unos productos financieros que serán adecuados y oportunos para ser contratados, y otros no. En función de cada producto, existirá un mínimo de información a suministrar al cliente con el que se pretende contratar.

Los grupos de clientes vienen determinados en el texto legal, viéndose obligadas las entidades que presten servicios de inversión, tras la entrada en vigor del RD 217/2008 de 15 de febrero, a notificar, o haber notificado, a sus clientes existentes y a los nuevos, la clasificación de clientes en minoristas, profesionales y contrapartes elegibles, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 78 bis y 78 ter de la LMV.

Independientemente de lo establecido en el texto legal, y podemos considerarlo como protección hacia el cliente, las entidades deberán informar de esta clasificación al cliente en soporte duradero, informándole del derecho que les asiste a solicitar distinta clasificación si lo consideran oportuno.

Se exigirá por imperativo legal a las entidades que presten servicios de inversión organizar, elaborar y aplicar políticas y procedimientos internos, por escrito, para clasificar a sus clientes, correspondiendo a los clientes profesionales informar a la entidad de cualquier cambio que pudiera modificar su clasificación.

En cualquier caso, cuando la entidad tenga conocimiento de que un cliente ha dejado de cumplir los requisitos para ser tratado como profesional, lo considerará con carácter inmediato, a todos los efectos, como un cliente minorista<sup>226</sup>.

Como podemos observar de la lectura de este artículo, el legislador pretende dar una especial protección al consumidor, para aquellos supuestos en que por la dificultad técnica de comprensión de determinados productos financieros, proceda

---

<sup>224</sup> Cfr. Art. 24 de la EHA/2899/2011 de 28 de octubre, que precisa la información que debe facilitarse al cliente.

<sup>225</sup> Cfr. ROY PÉREZ, C.; «El régimen de protección del consumidor de productos bancarios y financieros», RDM Enero-Marzo, 2013, p.165.

<sup>226</sup> Cfr. Art.61.4 RD 217/2008 de 15 de febrero



considerarlo, bien a iniciativa de la propia entidad, bien a iniciativa por escrito del cliente, como cliente minorista cuando estuviera clasificado como profesional.

Cuando un cliente clasificado minorista, pretenda para una operación en particular ser clasificado como profesional, lo tendrá que solicitar por escrito a la entidad, y ésta, advertirle de los riesgos que la operación financiera que trata de suscribir entraña.

El texto, pretende evitar situaciones en las que se estaba comercializando por parte de las entidades, unos productos, servicios financieros, especialmente complejos, con operaciones subordinadas, *swaps*, acciones preferentes, que se colocaban a toda la base de clientela, y en muchos supuestos, a personas y grupos familiares que por su formación y necesidades o inquietudes inversoras, no eran los idóneos y que por propia voluntad no los hubieren solicitado, esto es, primando los intereses oportunistas y de autofinanciación, como es el caso de las acciones preferentes, buscando en estos complejos productos obtener un margen de beneficio extraordinario que la situación crítica actual y de años anteriores, restaba a las entidades financieras esos altos márgenes de beneficios ordinarios por la actividad que venían obteniendo.

Se pretende en este RD 217/2008 de 15 de febrero, que el cliente cuente con la información necesaria y en un plazo de antelación suficiente a la celebración del contrato.

Esta información debe ser facilitada en un soporte duradero o a través de una página *web*.

No obstante, en determinadas circunstancias, y dada la agilidad de los mercados y actividad del sector, el factor tiempo va a ser determinante en la contratación de determinados servicios, pudiendo, para los clientes minoristas, facilitarse la información inmediatamente después de la celebración del correspondiente contrato o inmediatamente después de la prestación del servicio en cuestión<sup>227</sup>, pero con los condicionantes de:

a) que el contrato, a petición del cliente, se haya celebrado utilizando un medio de comunicación a distancia que impida facilitar la información exigida en este precepto, y que

b) en cualquier caso, se hubiera o no empleado la telefonía vocal como medio de comunicación, resultará de aplicación lo dispuesto en el artículo 7.3 de la LCDSFC, considerando al cliente como consumidor y a la empresa como proveedor.

---

<sup>227</sup> Cfr. Art.62, nº 4 del RD 217/2008.

### 3.2.5 Tipología de la información a facilitar al cliente.

#### 3.2.5.1 Con relación al proveedor de servicios financieros.

El capítulo de información al cliente, básicamente viene recogido en los artículos 63 a 70 de éste RD 217/2008 de 15 de febrero, y merece el esfuerzo analizar los preceptos citados, dado que del estudio de los mismos vamos a obtener conclusiones y una idea meridiana de cómo deben ser las relaciones entre proveedor y clientes de servicios financieros.

Con relación al texto legislativo es constante la referencia al cliente minorista, incluso el potencial, lo que nos da a entender que la voluntad de los preceptos es de una exigencia de mínimos en cuanto al tipo de información.

Básicamente las entidades que presten servicios de inversión deberán proporcionar a los clientes minoristas, incluidos los potenciales, información sobre<sup>228</sup> la empresa que presta el servicio con sus datos de contacto, así como todo aquello que facilite la comunicación efectiva con el cliente.

No basta, a nuestro entender, ni parece el texto legislativo quiera, con suministrar un número de teléfono al efecto o página *web*. El texto legal al referirse a comunicación efectiva, pretende que así sea, que el cliente pueda realmente contactar con el proveedor llegado el caso y de forma efectiva, en el sentido de práctica y eficaz.

El RD 217/2008 de 15 de febrero, establece la obligación de determinar el idioma, o idiomas, utilizado en las relaciones entre cliente y proveedor. Teniendo en cuenta la pluralidad de lenguas en la comunidad europea, es evidente esta necesidad de determinar el idioma en evitación de traducciones complejas sobre esta materia tan específica, pues el idioma puede representar u obstáculo importante a la hora de decidirse a la contratación a distancia de servicios financieros.

Deben determinarse los medios de comunicación por medio de los cuales se van a comunicar proveedor y consumidor.

En los supuestos que intervenga un agente en representación de la empresa proveedora de servicios, debe reseñarse una declaración al respecto, indicándose el Estado miembro en el que aquel está registrado.

---

<sup>228</sup> Cfr. Art.63 del RD 217/2008 de 15 de febrero.

Cuando se faciliten los informes al cliente deberá el proveedor, informar sobre la naturaleza y periodicidad de los informes que facilite al cliente, conforme al artículo 79 bis. 4 de la Ley 24/1988 de 28 de julio<sup>229</sup>.

Deberá también la entidad proveedora de servicios financieros, informar en soporte duradero o a través de página *web*, al cliente sobre la política de resolución de conflictos que se ha adoptado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de este RD 217/2008 de 15 de febrero<sup>230</sup>.

La protección al cliente es la razón del texto legal, y así, solo hace una década, cuando internet no era de uso habitual como instrumento de trabajo, ni se utilizaba como fuente de información para el consumidor, y mucho menos en las relaciones de prestación de servicios financieros, la gestión de carteras venía estando amparada en otras figuras contractuales del Código Civil, que daba la cobertura, y sigue dándola, a cualquier posible laguna de interpretación o entendimiento en cuanto a esta figura.

#### 3.2.5.2 Información sobre los instrumentos financieros *swaps*

Las entidades que prestan servicios de inversión estarán obligadas a proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, una descripción general de los instrumentos financieros, y de sus riesgos, que comercializan y teniendo muy en cuenta la clasificación de clientes en minoristas y profesionales.

El suministro de esta información de detalle pretende que el cliente pueda elaborar de una forma lo más técnicamente y fundamentada posible su voluntad de contratar o no un servicio.

El incumplimiento de esta obligación, servirá como fundamento a la hora de reclamar bien judicialmente, bien extrajudicialmente, en los supuestos de pérdidas o perjuicios indebidos en la evolución y gestión de los servicios financieros contratados en su día.

Así, en este sentido, encontramos jurisprudencia de diversas instancias en las que se incide en este particular<sup>231</sup>, pues las entidades financieras en determinados supuestos, y en evitación de mayores pérdidas para la misma, han dado una información en cierto modo limitada, y que de haber sido completa, y descriptiva de los riesgos que se asumen en determinados supuestos, el cliente no hubiera seguido adelante con la inversión.

---

<sup>229</sup> Cfr. Art. 79 bis, n° 4, de la LMV.

<sup>230</sup> Cfr. Art. 45, RD 217/2008 de 15 de febrero.

<sup>231</sup> Cfr. Sentencia Juzgado Primera Instancia n° 1 de Madrid. Procedimiento 3/2009. Diario La Ley n° 7295. Sección La sentencia del Día, 1 de diciembre de 2.009, año XXX.- Editorial la Ley. LA ley 187397/2009.

En la comercialización de determinados productos, podemos denominar complejos, como los *swaps*<sup>232</sup> encontramos gran parte de la casuística en cuanto a falta de información y desequilibrio entre las partes contratantes.

Esta modalidad de permuta sobre tipos de interés<sup>233</sup>, es un producto complejo, contrato atípico, mediante el cual el cliente y la entidad de crédito, acuerdan un intercambio en el pago de intereses: el cliente se compromete a pagar cantidades calculadas a un tipo de interés fijo, a cambio de recibir del banco, cantidades calculadas a interés variable, de tal forma que la oscilación al alza de los tipos de interés por encima del convenido en los préstamos de los que sea titular el cliente se ve compensada con lo que perciba de la otra parte en aplicación del contrato de permuta *swap*.

Del mismo modo, en el supuesto de descenso del tipo de referencia, se compensa con los pagos a la entidad financiera, de tal forma que el coste de la financiación se ve equilibrada.

Lo que ha ocurrido en la práctica, es la comercialización de estos productos complejos en plena situación de la crisis inmobiliaria nacional, cuando ya se vislumbraba una caída de tipos de interés, y así lo refleja numerosa jurisprudencia de las Audiencias Provinciales<sup>234</sup>, y es evidente, que al ser este un producto complejo, de difícil asimilación incluso para el cliente empresa, se exige para la entidad un mayor deber de diligencia y de información en el cumplimiento de sus deberes de información para con el cliente, máxime cuando la posibilidad de la oferta de un producto de cobertura del riesgo por parte de las entidades de crédito vendría exigido por el art. 19 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica.

Las entidades de crédito, en la fecha en la que comercializan mayoritariamente este complejo producto, es precisamente el momento en que la situación de crisis económica es real en nuestro entorno nacional como ya adelantaba el Banco de España en su memoria del año 2007<sup>235</sup>.

La información en estos supuestos de productos complejos, debe ser la adecuada y suficiente, y de ofertarse un tipo de permuta financiera, debe ser el adecuado al tipo de cliente y finalidad del crédito, a la capacidad económica del cliente,

---

<sup>232</sup> Permuta sobre tipos de interés.

<sup>233</sup> Cfr. ROY PÉREZ, C.; «El régimen de protección del consumidor de productos bancarios y financieros», p. 164, Revista de Derecho Mercantil Enero-Marzo 2013.

<sup>234</sup> Cfr. SAP Gijón (Sección 7ª) de 3 de febrero de 2012 (JUR 2012,87712); SAP de Girona (Sección 1ª) de 20 de marzo de 2012 (JUR 2012, 149134); SAP de Burgos (Sección 3ª) de 20 de marzo de 2012 (AC 2012, 779).

<sup>235</sup> Cfr. ROY PÉREZ, C.; «El régimen de protección del consumidor de productos bancarios y financieros», RDM Enero-Marzo 2013, p.165.

y al conocimiento y familiaridad con el producto que contrata<sup>236</sup>, así como acorde a las expectativas reales de evolución de los mercados, situación esta en la que está más familiarizada la entidad bancaria que cuenta con información adicional, o corporativa, con la que no cuenta el cliente.

Se da la circunstancia en este tipo de producto, que pudiendo el cliente haber cancelado el préstamo original, se vea obligado a continuar haciendo pagos a la entidad consecuencia del contrato de permuta firmado, pues se han producido importantes desequilibrios en los tipos de interés, siendo mayores los pactados como referencia para el cliente, que el EURIBOR, o tipo oficial del Banco Central que era el que beneficiaba a la entidad.

Se pide a la entidad que utilice una previsión razonable en base a los datos objetivos que si tiene, y el cliente no, pues evidentemente no puede predecir lo que va a ocurrir, pero si pueden, dada su mayor capacidad de información, prevenir e informar de cual puede ser la evolución razonable y objetiva de la situación económica, facilitando así la suficiente información al cliente, para que este pueda tomar una decisión acertada en cuanto a contratar o no esta modalidad de permuta financiera, y en este sentido se cita diversa jurisprudencia de nuestras audiencias provinciales<sup>237</sup>.

No basta con facilitar al cliente una explicación o información genérica, en cuanto a los riesgos que entraña la inversión que se pretende, sino más bien lo contrario<sup>238</sup>, debe hacerse referencia a los riesgos conexos a estos tipos de instrumentos financieros, a la volatilidad de los mismos y a los costes adicionales que puedan generarse, en este sentido jurisprudencia referida se manifiesta en cuanto al cumplimiento de esta obligación por parte del proveedor del servicio financiero.

No obstante la obligación para la entidad de facilitar la información referida y detallada, la exigencia de deber ser especialmente diligente en determinados productos y ante determinados clientes, el texto normativo, tiene un enunciado previsor para el cliente<sup>239</sup>, en el sentido de no eximirle de posibles responsabilidades que de la inversión se pudieran derivar.

Sirva de referencia y ejemplo con relación a lo afirmado, los supuestos en los que por decisión del cliente se invierte en servicios financieros de compras de bonos referenciados a otros valores, cambios de divisa dólar, o sistemas bursátiles de la

---

<sup>236</sup> Cfr. Art. 24 de la EHA/2899/2011 de 28 de octubre.

<sup>237</sup> Cfr. SAP de Oviedo (Sección 5ª) de 5 de marzo de 2012 (JUR 2012, 130941); SAP de Gijón, de 18 de febrero de 2011 (AC 2011, 428) y SAP de Barcelona (Sección 19) de 9 de mayo de 2011 (AC 2011, 1223).

<sup>238</sup> Cfr. Art. 64.2 RD 217/2008 de 15 febrero.

<sup>239</sup> Cfr. Art. 64, nº2, apartado c) del RD 217/2008 de 15 de febrero.

Comunidad Europea, de tal forma que la rentabilidad de la inversión viene del cruce de diferentes operaciones relacionadas con la principal, y que pudieran derivarse en responsabilidades fiscales.

### 3.2.5.3 Información en cuanto a la gestión financiera.

El legislador, como ya hemos apuntado en otros apartados de este trabajo, con la redacción de este RD 217/2008 de 15 de febrero, ha conseguido en gran medida adaptar la legislación, en cierto modo, obsoleta en materia de valores y servicios financieros, a las nuevas técnicas de contratación y maneras o formas de gestión bancaria inversionista.

La regulación normativa referida a la gestión o contratación financiera, la encontramos en el TRLGDCU, la LMV tras la modificación operada en virtud de la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, la Ley 29/2009 de 30 de diciembre que modifica el régimen de la competencia desleal e introduce nueva redacción a los artículos 19 y 20 del TRLGDCU (modificados posteriormente de forma parcial por la Ley 3/2014 de 27 de marzo, por el que se modifica el TRLGDCU, y en particular en cuanto al art. 19 del TRLGDCU se modifica el apartado número 4, y en cuanto al art. 20 se da una nueva redacción), el RD 217/2008 de 15 de febrero y la LCDSFC.

Podemos afirmar que nos encontramos en un estadio óptimo para culminar la unificación de todos estos textos con un peso e interés común, en un texto legislativo único, que muy bien podría ser el TRLGDCU.

Dado lo novedoso de estas técnicas de contratación, el cliente bancario, de servicios financieros, tendrá derecho a conocer los costes, gastos e impuestos que la contratación del servicio financiero en cuestión le supondrá. Tendrá derecho a saber en qué grupo de clientes se encuentra catalogado, bien como cliente minorista, potencial, profesional o contraparte.

El texto normativo regula la información a facilitar tanto al cliente minorista, al potencial como al cliente profesional, así como los supuestos en que sus fondos o servicios financieros están depositados u operan en su propio Estado, en otro Estado miembro, o bien en un Estado que no sea miembro de la Comunidad Europea.

La relación jurídica entre proveedor del servicio financiero<sup>240</sup> con el cliente bancario, inversionista, será frecuente que se articule a través de modelos de gestión, en función del tipo de clasificación del cliente, o contratos marco, en los que se

---

<sup>240</sup> Cfr. Artículos 65 a 71 del RD 217/2008 de 15 de febrero.

establecerán obligaciones mutuas tanto para el proveedor como para el cliente bancario, en cuanto a ejecución de órdenes de valores y otros servicios financieros.

En dichos contratos marco, se contemplará el modo de comunicación entre las partes (transmisión de órdenes de inversión), los costes de la gestión establecidos de forma global, libertad o apoderamiento para la entidad en cuanto a la libre ejecución de compra y venta de valores con el propósito de mayor rentabilidad para el cliente bancario.

El servicio de gestión de carteras comentado, y como novedoso y regulado por el legislador, es susceptible de ser contratado también a distancia.

En la contratación a distancia se obliga al prestador del servicio financiero, la entidad, a mantener informado al cliente de forma periódica, sobre la evolución de sus inversiones, las órdenes ejecutadas, rentabilidades obtenidas, teniendo en cuenta asimismo la clasificación del cliente.

La práctica habitual en banca privada es establecer un contrato de gestión de patrimonios o carteras que las partes suscriben y aceptan, y en el que el gestor asociado a ese cliente y a esa cartera goza de la libertad de gestión e inversión conforme al perfil y clasificación del cliente.

Para el supuesto que el cliente desee acceder y gestionar ciertas inversiones a través de internet, se suscribe un contrato *ad hoc* para banca electrónica, por el que se regula no solo el como se llevará a cabo la gestión de la orden, sino también, el modo de dar conformidad a la orden, claves de operaciones, así como los límites de inversión que se suelen establecer para esta modalidad de banca por internet, en prácticamente todas las entidades bancarias.

Si bien esto es cierto, se dota de agilidad a las relaciones contractuales entre las partes, no es menos cierto que esta actividad viene reglada, y las exigencias de información contempladas en este RD 217/2008 de 15 de febrero y en los textos legislativos que le son de aplicación<sup>241</sup>, deben considerarse de mínimos.

Debemos fijar la atención en aspectos tales como la periodicidad de los informes a suministrar al cliente, sobre el contenido y valoración de la cartera, la información sobre la cuantía total de honorarios y gastos devengados en la gestión y en la ejecución de órdenes, que suponen un importantísimo cambio en las relaciones del proveedor, entidad financiera o prestadora de servicios de inversión, con cliente.

---

<sup>241</sup> Cfr.EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección de cliente de servicios bancarios, y Circular 5/2012 de 27 de junio del Banco de España, en particular la Norma undécima de comunicaciones al cliente.

Solo unos años atrás, los años 90, los modelos de gestión que se estaban utilizando para arbitrar las relaciones entre las partes, se limitaban a la firma del contrato de gestión de carteras, donde el cliente con su firma depositaba plena confianza en la entidad, y esta gozaba de un amplísimo margen de decisión y gestión del patrimonio confiado, y con unas escuetas obligaciones de información determinadas en el contrato.

### **3.3 La información y la publicidad financiera**

Con la información, se pretende adquirir conocimiento para ampliar o precisar los conceptos que se poseen sobre una materia determinada, en nuestro caso, sobre los servicios financieros.

Vamos a recibir esta información por muy diferentes medios técnicos como la telefonía, redes de internet, y por la más habitual que será la publicidad.

En el sector financiero, la información sobre entidades, como sobre productos y servicios financiero accesibles para nosotros, nos llegará básicamente por la publicidad, bien en soporte de papel, bien vía internet o medios a distancia.

El objetivo fundamental de la publicidad es promover la contratación de bienes y servicios entre productores u oferentes, y consumidores y usuarios ex artículo 2 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre. General de Publicidad<sup>242</sup>.

La Ley 26/1988 de 29 de julio, sobre Disciplina e intervención de las entidades de crédito, en su artículo 48.2<sup>243</sup>, expresa meridianamente claro el sentir por la preocupación hacia las buenas prácticas comerciales, prácticas que no podían dejarse de la mano al amparo de la libertad contractual.

Como podemos ver, se faculta al Ministro de Economía y Hacienda para establecer determinadas medidas, pero mejor hubiera sido, a mayor abundamiento de protección al consumidor, se le facultara para exigir las<sup>244</sup>.

Genéricamente, como obligación del Estado, la Constitución Española de 1978 en sus artículos 38 y 51<sup>245</sup> dejará sentadas las bases para su posterior desarrollo, en cuanto a cómo deberá ejercerse la libertad contractual y el ejercicio de empresa.

---

<sup>242</sup>Cfr. LEIÑENA MENDIZÁBAL, E IRAKULIS ARREGUI, N.; «Regulación jurídica de la publicidad financiera», 2007, Estudios de Consumo n° 80, pp. 9 a 28.

<sup>243</sup>Cfr. Art. 48.2 Ley 26/1988 de 29 de julio sobre Disciplina e intervención de las entidades de crédito.

<sup>244</sup>Cfr. ILLESCAS ORTIZ, R.; «Contratos bancarios; reglas de información, y documentación», 1989, RDBB n°34, pp. 261 y ss.

<sup>245</sup> Cfr. Art. 38 y 51 Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.



Para el envío de comunicaciones e informaciones, publicidad en suma, a través de los medios de comunicación a distancia, se requiere el consentimiento expreso del consumidor, como tiene recogida la legislación española en la LSSI<sup>246</sup>.

La regulación de la publicidad en derecho español, viene contemplada en la Ley 34/1988 de 11 de noviembre General de Publicidad (en adelante LGP). Los derechos protegidos en la misma no deben separarse ni estudiarse sin tener en cuenta el TRLGDCU<sup>247</sup> y legislación concordante, entre otras: la LCD, LSSI, LOCM y LCDSFC.

La LGP, pone su acento de manera muy especial en la trascendencia e influencia que la publicidad genera en el consumidor, tanto es así, que la prestación del servicio o producto debe ir en relación directa con las cualidades presentadas en la publicidad del mismo, siendo exigible al proveedor incluso cualidades que no figuran en el contrato pero si aparecen directa o solapadamente en la publicidad.

Necesitamos tener un concepto, un punto de partida, en cuanto al concepto de publicidad en este sector bancario, y así podemos entenderla como: “toda forma de comunicación por la que se ofrezcan operaciones, servicios o productos financieros, o se divulgue información sobre ellos, cualquiera que sea el medio que se utilice: prensa, radio, televisión, filmaciones, carteles interiores o exteriores, vallas, folletos, circulares y cartas personalizadas que forman parte de una campaña de difusión”<sup>248</sup>.

### **3.4 El incumplimiento del deber de información, análisis normativo, efectos**

Como ya hemos comentando a lo largo de ésta páginas, la información es el pilar para la protección de los intereses de los consumidores, en todos los textos legales que hemos venido analizando.

Si bien se establece en, por ejemplo la LCDSFC, la obligación para el empresario de facilitar informaciones tanto en la fase precontractual como durante la vida del contrato, no se contempla expresamente ninguna consecuencia jurídica clara para los supuestos de incumplimiento.

---

<sup>246</sup> Cfr. Artículo 21 de la LSSI.

<sup>247</sup> Cfr. Ley 3/2014, de 27 de marzo, por el que se modifica el TRLGDCU.

<sup>248</sup> Cfr. LEIÑENA MENDIZÁBAL, E. E IRAKULIS ARREGUI, N.; «Regulación jurídica de la publicidad financiera», 2007, Estudios de Consumo nº 80, pp.9 a 28, citando a SAFONT SÁNCHEZ, L.; «La publicidad y la defensa del consumidor en el ámbito bancario», ob.cit. p.148, la califica de publicidad externa de operaciones, servicios y productos financieros.

La LCDSFC, contempla el derecho de desistimiento, así como las acciones de cesación para los supuestos de falta de información y servicios no solicitados<sup>249</sup>.

Para el supuesto del derecho de desistimiento, hay dos soluciones posibles: ampliar el plazo para ejercer el citado derecho y otro, puede ser, establecer como día de inicio del cómputo del plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento, el del incumplimiento de los deberes de información.

El TRLGDCU establece un régimen general para el ejercicio del derecho de desistimiento<sup>250</sup> y otro específico para los supuestos de contratación a distancia, pero no hace referencia a las consecuencias jurídicas por el incumplimiento de los deberes de información<sup>251</sup>.

En la LCDSFC se sigue el criterio de la DCDSFC, coincidente con el de la Directiva 97/7/CE de 20 de mayo, e igualmente coincidente con la LOCM, ahora aplicable a las relaciones entre empresarios.

Para el supuesto que el consumidor no hubiera recibido las condiciones contractuales y la información contractual que recoge el art. 7.1 de la LCDSFC, se amplía el plazo para ejercer el derecho de desistimiento a 30 días y comenzará a contar desde el día que reciba dicha información.

En la LCDSFC en su art. 9.4 se establece como consecuencia jurídica que en caso de incumplimiento de los requisitos de información previa, así como los establecidos en los artículos 7, 8, y 9, la sanción puede ser la nulidad, de acuerdo con lo previsto en nuestro ordenamiento jurídico.

Sin ser excluyente, aunque no especial como el texto de la LCDSFC, debemos considerar la importancia del art. 59.2 del TRLGDCU, pues abre un marco proteccionista considerable al establecer que los contratos con consumidores y usuarios se registrarán, en todo lo no expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por las disposiciones legales que regulan los contratos civiles y mercantiles, y que la regulación sectorial de los contratos con los consumidores, en todo caso debe respetar el nivel mínimo de protección dispensada en esta norma.

Tras la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por el que se modifica el TRLGDCU, se amplía o extiende el margen de protección al hacer alusión en este mismo número 2 del art.59, a las normas de derecho de la Unión Europea de

---

<sup>249</sup> Cfr. Arts. 10 y 15 de la LCDSFC.

<sup>250</sup> Cfr. Arts. 68 a 79 TRLGDCU, tras la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por el que se modifica el TRLGDCU.

<sup>251</sup> Cfr. FERNÁNDEZ PÉREZ, N.; «El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores», 2009, p.301.

las que traigan causa<sup>252</sup>, y a mayor abundamiento, el texto legislativo, entendemos redundante en este aspecto, posibilita que la regulación sectorial puede elevar el nivel de protección conferido por esta ley siempre que no sea contrario a las disposiciones del derecho de la Unión Europea.

Asimismo, por esta reforma se añade un art. 59 bis en el TRLGDCU de definiciones, haciéndose amplia mención al concepto de soporte duradero, garantía comercial, contratación a distancia y contrato complementario que por su definición legal viene a aproximarnos, cuando no redundar, en el concepto de contrato vinculado, pero con un desarrollo un tanto farragoso, poco deseable cuando en un capítulo de definiciones nos encontramos.

No obstante el legislador no determina cuál es la regla general a seguir en los casos de infracción de los deberes de información en materia de contratos de consumo<sup>253</sup>, lo que hubiera supuesto un mayor grado de cobertura y protección de los derechos del consumidor creando un mayor clima de seguridad jurídica.

La omisión del deber de información, como ya hemos comentado, dará lugar a la posibilidad para el consumidor de ejercitar el derecho de desistimiento, de desvincularse de las obligaciones contractuales.

Con carácter general el cliente, dispondrá de un plazo de catorce días laborables para ejercitar el derecho<sup>254</sup>, plazo ampliable hasta doce meses, a contar desde que finalice el plazo de desistimiento inicial, en el supuesto que el empresario incumpla la exigencias de información previa.

No obstante, si el empresario en el transcurso de ese plazo de doce meses, facilita la información que hubiera omitido, se volverá al plazo general de catorce días<sup>255</sup>, a contar desde la fecha en que se hubiere recibido la información.

Los plazos se computarán desde el día que el consumidor hubiera recibido el bien objeto de la transacción o bien desde el día de celebración del contrato cuando este tenga por objeto la prestación de servicios<sup>256</sup>.

---

<sup>252</sup> Cfr. Art. 59, nº 2 del TRLGDCU tras la modificación operada por Ley 3/2014, de 27 de marzo, por el que se modifica el TRLGDCU.

<sup>253</sup> Cfr. AVILÉS GARCÍA. J.; «Las obligaciones de información tras la ley 17/2009 de libre acceso a las actividades de servicios», Mayo 2010, Revista Aranzadi, Doctrinal, pp. 16 y ss.

<sup>254</sup> Cfr. art. 71.1 y 2 del TRLGDCU.

<sup>255</sup> Cfr. Art. 71.3 TRLGDCU.

<sup>256</sup> Cfr. Art. 71, 76 *bis* y 77 del TRLGDCU, tras la reforma operada por Ley 3/2014, de 27 de marzo, por el que se modifica el TRLGDCU.

Para el supuesto de contratos vinculados, empleados como práctica frecuente para la adquisición de determinados bienes, es habitual en la práctica suscribir un contrato vinculado, o complementario, con una entidad financiera que a su vez ha establecido acuerdo de financiación con el proveedor de los bienes y servicios, de tal forma, que el desistimiento del contrato original con el proveedor de los bienes, lleva aparejada la extinción del contrato complementario<sup>257</sup>.

El ejercicio de este derecho en los contratos vinculados, tendrá como consecuencia, el desligarse del contrato del que trae su motivo, definido como contrato complementario<sup>258</sup> y las partes intervinientes tendrán las obligaciones recíprocas de restitución de las prestaciones realizadas, para el supuesto del cliente, devolver el bien objeto del contrato y para el empresario proceder a la restitución del precio pagado<sup>259/260</sup>.

El derecho de desistimiento cuenta con excepciones reguladas en el texto legal, TRLGDCU<sup>261</sup>, y para supuestos tasados, desde un criterio racional pus su excesiva permisividad podría da lugar en terminadas ocasiones a situaciones de abuso injustas por parte del consumidor.

Estamos mostrando, como los textos legales, no nos dan una clara solución jurídica a las situaciones de omisión del deber de información. Básicamente se establecen sanciones administrativas, sanciones económica como en la LOCM arts. 63 y ss, y el ejercicio del derecho de desistimiento, pero no se establecen claras consecuencias jurídicas para su incumplimiento.

El cajón de sastre donde podemos acudir para determinar la trascendencia de la omisión del deber de información precontractual relevante y determinar sus consecuencias jurídicas, nos lo facilitará el legislador, pues establece que cualesquiera contratos con consumidores y usuarios se integrarán en beneficio del consumidor conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante (art. 65 TRLGDCU)<sup>262</sup>.

En consecuencia con lo anterior, la integración en el contrato de esta obligación de información, relevante dentro de la oferta contractual, es la mejor solución en aras

---

<sup>257</sup> Cfr.Arts. 59 bis nº 1, C); Art. 71.1; Art. 76 bis y art. 77 del TRLGDCU.

<sup>258</sup> Cfr. Art. 76 y 76 bis y 77 del TRLGDCU.

<sup>259</sup> Cfr.Arts. 1303 y 1308 del CC Y art. 74 del TRLGDCU.

<sup>260</sup> Cfr. Capítulo I, nº 6: «El derecho de desistimiento como mecanismo de protección del consumidor y usuario», de este trabajo.

<sup>261</sup> Cfr. Art.103 del TRLGDCU.

<sup>262</sup> Cfr.AVILÉS GARCÍA. J.; «Las obligaciones de información tras la ley 17/2009 de libre acceso a las actividades de servicios», Mayo 2010, Revista Aranzadi, Doctrinal, p.16 y ss.

a la defensa de los derechos del consumidor, y en consecuencia su protección, y así trasciende esta relevancia en el art. 61 TRLGDCU sobre la integración de la oferta, promoción y publicidad dentro del contrato.

Tras la reforma del TRLGDCU, y en particular lo relativo a la información precontractual, nuestro legislador ha hecho un importante esfuerzo por necesidad de adaptar nuestro texto normativo a los imperativos más actuales de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, ampliando y considerando relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios a contratar, y en particular, como relevante considera que al determinarse el precio, se tendrá en cuenta todos los impuestos y tasas, y si por las características del bien, del envío, u otras circunstancias, el precio no fuere sencillo de calcular, debe mostrársele al consumidor el desglose de todos y cada uno de los componentes de la cifra final.

En las compras de documentación digital, programas de ordenadores y contenidos de índole telemática e informática, debe explicar con claridad la compatibilidad del producto con los sistemas operativos, de tal forma que sepa el consumidor la viabilidad de su compra, si realmente le interesa<sup>263</sup>.

Se ha hecho un importante esfuerzo de adaptación y actualización con la reforma del TRLGDCU, pero nuevamente se mantiene la especialización de la contratación a distancia de servicios financieros, no siéndole aplicable el TRLGDCU, lo que no es entendible, máxime cuando se da el importante desequilibrio entre entidades financieras y consumidores, quedando sus relaciones contractuales, bajo la exclusiva cobertura de la LCDSFC, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

El incumplimiento de esta obligación de información, desde el plano civil, deberá enfocarse desde el punto de vista de la transcendencia que para la perfección del contrato hubiera tenido tal omisión del deber de informar.

Si llegado el caso, se establece la relación de causa a efecto, entre omisión del deber de informar y prestar el consentimiento por error no imputable al consumidor, motivando tal circunstancia que se ha prestado el consentimiento por error, será factible instar la anulación del contrato a tenor de lo dispuesto en el art. 1300 y ss. del CC.

No obstante lo anterior, hubiera sido preferible que el legislador europeo cuando elabora la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25

---

<sup>263</sup> Cfr. Arts. 97 y 98 del TRLGDC.

de octubre sobre los derechos de los consumidores y que motiva la reforma del TRLGDCU, hubiera considerado incluir en su ámbito de aplicación a los servicios financieros, que nuevamente quedan excluidos<sup>264</sup>. Dicha inclusión hubiera supuesto ampliar el margen de protección del usuario bancario, mayoritariamente persona física que actúa en la relación contractual con intereses ajenos a su actividad profesional o empresarial.

De igual manera, es criticable que nuestro legislador nacional, limite el efecto del incumplimiento de los deberes de información a un mero régimen sancionador, que si bien para pequeños empresarios proveedores supone un auténtico efecto disuasorio y sancionador, para grandes empresas proveedoras no lo es.

En este sentido, hubiera sido deseable que el legislador nacional hubiera establecido efectos civiles específicos para el caso de incumplimiento de los deberes de información previa, dado que a tenor de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo si lo podía haber hecho<sup>265</sup>, y sin desdeñar el criterio de considerar la información contractual en toda oferta, promoción y publicidad, como un elemento contractual, integrado en el contrato<sup>266</sup>, y siempre como norte y guía las informaciones referidas en el arts. 60, 60 bis, y 60 ter del TRLGDCU.

### **3.5 Las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores. La información y comunicación**

#### 3.5.1 Notas Introductorias.

Enlazando con la información a suministrar a los consumidores y con el objetivo de alcanzar un óptimo nivel de protección para los mismos, el legislador europeo ha pretendido regular, y en definitiva evitar que se produzcan, las prácticas desleales, de tal manera que no se enturbien las relaciones entre las partes que intervienen en la contratación, ni se inunde el mercado de comunicaciones, que lejos de informar, confunden al consumidor y queda desvalido ante unos proveedores ante los que se encuentra en franco desequilibrio.

El ámbito normativo se centra en:

La Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, y la Directiva 2006/114/CE del

---

<sup>264</sup> Cfr. Art.3, nº 3, apartado d) de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre sobre los derechos de los consumidores.

<sup>265</sup> Cfr. Considerandos 7, 13 y 14 de Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre sobre los derechos de los consumidores.

<sup>266</sup> Cfr.Art. 65 del TRLGDCU.

Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

Ambas Directivas han sido traspuestas por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, viene a regular y establecer unos criterios en cuanto a las conductas que deben regir las relaciones de los empresarios para con los consumidores, instaurándose el principio de buena fe objetiva, al haber afectado esta transposición a la Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia desleal, al incorporarse un nuevo artículo 4.<sup>267</sup>

### 3.5.2 Ámbito de aplicación

La Directiva 2005/29/CE nace con vocación de generar confianza en los consumidores, y para ello trata de armonizar la legislación de los distintos estados miembros en cuanto a práctica comerciales desleales, incluida la publicidad desleal pero dentro del respeto a las leyes nacionales sobre prácticas comerciales desleales. El texto trata de armonizar en todo momento la libre empresa, con la libertad contractual, pero siendo vigilante con las malas prácticas<sup>268</sup>.

### 3.5.3 La seguridad jurídica

Los objetivos de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo, son en definitiva eliminar los obstáculos al funcionamiento del mercado interior que constituyen las diferentes leyes nacionales sobre las prácticas comerciales desleales, y conseguir un elevado nivel común de protección de los consumidores, mediante la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembros sobre prácticas comerciales desleales.

La posición del legislador europeo, es clara, y siendo así, debe animar, a los legisladores de los estados miembros a mantener un alto grado de sensibilidad en cuanto a lo que esta materia se refiere, pues un mercado competitivo, inundado de buenas prácticas comerciales leales, en contraposición a desleales, con un bagaje normativo denso y claro, aporta un plus de seguridad jurídica<sup>269</sup> que no ha de redundar sino en la mejora, tanto del mercado, como de la protección de derechos del consumidor.

La deslealtad, lo engañoso, se pretende se extienda también al supuesto en que la tendenciosidad de la información venga por la omisión engañosa, esto es, se informa

---

<sup>267</sup> Cfr. Art.4 de la Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia desleal.

<sup>268</sup> Cfr. Considerando 8, de la Directiva 2005/29/CE de 11 de mayo.

<sup>269</sup> Cfr. Considerando 17, de la Directiva 2005/29/CE de 11 de mayo.

y detalla sobre un bien a contratar, pero se omiten una serie de circunstancias que al proveedor le pueden parecer poco comerciales.

En este sentido, en evitación de tendenciosa información, u ocultamiento de la misma, el artículo 7.1 y 2 de la Directiva 2005/29/CE de 11 de mayo, define, para dotar de seguridad jurídica al texto, qué considera por omisión engañosa<sup>270</sup> y como vemos, establece una relación de causalidad entre la acción u omisión, y la toma de decisión del consumidor.

Del estudio de este texto comunitario, y so pena de insistir, es de agradecer como se manifiesta en cada considerando el objetivo de la seguridad jurídica no queriendo dejar excesivos huecos a las interpretaciones de los diferentes estados, máxime dada la dificultad de armonizar legislaciones sectoriales con la directiva comunitaria.

#### 3.5.4 La Ley 29/2009 de modificación del régimen de competencia desleal

Este texto normativo, que transpone las Directivas 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo y la Directiva 2006/114/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, a las que ya nos hemos referido con anterioridad, ha supuesto una modificación importante de varias leyes como la LCD, el TRLGDCU y también la LOCM básicamente.

Al estar tratando el régimen de competencia desleal, es plausible referirnos *ex lege* tanto al art. 4 de la LCD, como con el nuevo art. 20 TRLGDCU, que determina como práctica desleal por engañosa la ausencia de cierta información general que se considera como necesaria en la oferta comercial o de aquella información requerida dentro de los distintos reglamentos sectoriales sobre bienes y servicios<sup>271</sup>.

La cláusula general establecida en el art. 4 de la LCD, es clara y concisa, así se reputará desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buen fe.

En el ámbito de las relaciones con consumidores y usuarios, se considerará contrario a la buena fe, el comportamiento de un empresario que utilizando una práctica comercial ajena a la buena fe objetiva, contraria a la exigida diligencia profesional, distorsione el comportamiento económico de un consumidor medio

---

<sup>270</sup> Cfr. Art 7.1 Directiva 2005/29/CE de 11 de mayo.

<sup>271</sup> Cfr. AVILÉS GARCÍA, J.; «Las obligaciones de información tras la ley 17/2009 de libre acceso a las actividades de servicios»; Mayo 2010, Revista Aranzadi, Doctrinal, p.17.



descrito en el precepto citado. Otra cuestión, y en sede judicial, será determinar si existe relación de causalidad entre el comportamiento empresarial y los daños o perjuicios sufridos por el consumidor llegado el caso.

En la reforma operada en el TRLGDCU con la nueva redacción del apartado 4 del artículo 19, imperativamente se establece con relación a las prácticas comerciales desleales que:

“Las normas previstas en esta ley en materia de prácticas comerciales y las que regulan las prácticas comerciales en materias... de crédito al consumo, comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y usuarios, comercio electrónico, inversión colectiva en valores mobiliarios, normas de conducta en materia de servicios de inversión, oferta pública o admisión de cotización de valores y seguros, incluida la mediación y cualesquiera otras normas que regulen aspectos concretos de las prácticas comerciales desleales previstos en normas comunitarias, prevalecerán en caso de conflicto sobre la legislación de carácter general aplicable a las prácticas comerciales desleales”.

Lo dispuesto en este artículo no hace sino reforzar la cobertura normativa ya existente, y mejorar el ámbito de protección del consumidor.

El TRLGDCU, será referencia común. Prevalecerán los preceptos del TRLGDCU frente a cualesquiera otras normas que regulen aspectos concretos de las prácticas comerciales desleales previstos en normas comunitarias, en caso de conflicto sobre la legislación de carácter general aplicable a las prácticas comerciales desleales.<sup>272</sup>

A mayor abundamiento, para la protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios, las prácticas comerciales de los empresarios dirigidas a ellos están sujetas a lo dispuesto en esta ley, en la LCD y la LOCM.

Acertada es la redacción del nuevo artículo 19, en su n° 4 del TRLGDCU<sup>273</sup> pero especialmente la referencia a la definición o consideración de prácticas comerciales, considerándose todo acto, omisión, conducta, manifestación o comunicación comercial, incluida la publicidad y la comercialización, directamente relacionada con la promoción, la venta o el suministro de un bien o servicio a los consumidores y usuarios, con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial<sup>274</sup>.

---

<sup>272</sup> Cfr. Art.19 del TRLGDCU.

<sup>273</sup> Cfr.Art. 19, n° 4 del TRLGDCU.

<sup>274</sup> Cfr. 19, n° 2, del TRLGDCU.

¿Qué información será la realmente necesaria a juicio del legislador para que el consumidor pueda formar su voluntad de consentir en la contratación?

Tras la nueva redacción del art. 20 del TRLGDCU, por la Ley 29/2009 de 30 de diciembre (Artículo tercero) las prácticas comerciales que incluyan información sobre las características del bien o servicio y su precio, posibilitando que el consumidor usuario tome una decisión sobre la contratación, deberán contener como mínimo, información sobre:

- identidad del empresario
- características esenciales del bien o servicio
- precio final completo y comprensivo de conceptos como gastos, impuestos y cualquier otro tipo de gastos accesorios
- procedimientos de pago, y en su caso
- existencia de derecho de desistimiento.

El legislador con esta redacción, insiste, en dotar a la información como defendemos, del carácter de pilar básico en la defensa de los derechos del consumidor<sup>275</sup>, estableciendo consecuencias que se derivan del incumplimiento de esta información obligatoria para el empresario, al tipificarse como práctica comercial desleal por engañosa el uso de prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios, con fundamento en el denominado derecho básico de los consumidores a la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales, en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos, a tenor de lo dispuesto en el art. 8.b) del TRLGDCU, sobre los derechos básicos de los consumidores y usuarios<sup>276</sup>.

A la vista la vista de las reformas legislativas recientes en materia de consumo y de contratación a distancia, es evidente el esfuerzo y trabajo del legislador por la unificación legislativa en materia de consumo y leyes complementarias.

Pese a la reforma del TRLGDCU a tenor de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, como ya hemos anotado, se excluyen de su ámbito de aplicación materias, como los servicios financieros, y en particular, la exclusión de los contratos a distancia sobre servicios financieros destinados a consumidores, pues el texto normativo especial, la

---

<sup>275</sup> Cfr. AVILÉS GARCÍA. J.; «Las obligaciones de información tras la ley 17/2009 de libre acceso a las actividades de servicios», Revista Aranzadi, Doctrinal, Mayo 2010, en referencia a los arts. 20.1 TRLGDCU y 4.1 LCD, p.17.

<sup>276</sup> Cfr. AVILÉS GARCÍA. J.; «Las obligaciones de información tras la ley 17/2009 de libre acceso a las actividades de servicios», Revista Aranzadi, Doctrinal, Mayo 2010, p.18

LCDSFC, contempla exigencias prácticamente idénticas a las contenidas en el TRLGDCU, y especialmente las relativas a los deberes de información.

Redundar en mayor protección, so pena de repetir, es preferible a excluir de la cobertura legal materias que en la práctica tienen al consumidor, usuario bancario, como protagonista.

#### **4. La obligación de evaluación en el mercado financiero, la normativa de la Directiva sobre mercados de Instrumentos Financieros (MIFID)**

El incremento en cuanto a comercialización de servicios financieros, así como la creciente sofisticación de los mismos, especialmente en la última década, y la necesidad de adaptación de nuestros textos legislativos a las disposiciones del entorno de la comunidad europea, ha obligado a nuestro legislador a adaptarse a la Directiva MIFID<sup>277</sup> que su pone una armonización global de los mercados financieros a nivel europeo<sup>278</sup>.

Tiene como objetivos la normativa MIFID, el ya enunciado de mercado único para la Unión Europea, prever los cambios e innovaciones en los mercados para dotar al sector de seguridad jurídica; y proteger al inversor que se encuentra en situación de desequilibrio con relación a los proveedores y mercados.

##### **4.1 Antecedentes y transposición al ordenamiento jurídico español**

Las normas que engloban el MIFID son el resultado de un proceso legislativo a nivel comunitario intenso, teniendo su principal antecedente en:

- La Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril, que fue dictada con intención de ser una ley marco.
- La Directiva 2006/73/CE de la Comisión por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril, en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión, y términos definidos a efectos de dicha Directiva.
- El Reglamento CE nº 1287/2006 de la Comisión de 10 de agosto de 2006 por el que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 21 de abril, en lo relativo a las obligaciones de las empresas de inversión de llevar un registro, la información sobre las operaciones, la transparencia del mercado, la

---

<sup>277</sup> Markets in Financial Instruments Directive.

<sup>278</sup> Cfr. RICO ARÉVALO, B.; «La aplicación de las MIFID a las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva», Revista de derecho del mercado de valores (RDMV), nº 2, Sección Análisis, Enero-Junio 2008, p.303.

admisión a negociación de instrumentos financieros, y términos definidos a efectos de dicha Directiva.

La transposición al ordenamiento jurídico español de la MIFID se ha llevado a cabo mediante la Ley 47/2007, de 19 de diciembre por la que se modifica a su vez la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de valores.

Posteriormente y con relación al régimen jurídico de las empresas de inversión, se aprueba el Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el reglamento de la Ley 35/2003 de 4 de noviembre de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005 de 4 de noviembre. Ambos textos legales, producto de adaptaciones continuas, aunque mejorables, permiten actuar al consumidor, cliente bancario, de manera en cierto modo segura ante la situación de desequilibrio en que se encuentra en sus relaciones contractuales con las entidades financieras.

Más esclarecedor resultará en cuanto a las precisiones tanto de forma como de fondo, en las evaluaciones de idoneidad y conveniencia, la circular 3/2013, de 12 de junio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre el desarrollo de determinadas obligaciones de información a los clientes a los que se prestan servicios de inversión, en relación con la evaluación de la conveniencia e idoneidad de los instrumentos financieros, y que viene a plasmar las normas precisas para el desarrollo de las obligaciones de información previstas en el art. 79 bis de la LMV.

El antecedente de la Directiva MIFID es la Directiva 93/22/EEC de 10 de mayo sobre servicios de inversión en los mercados de valores, en adelante DSI y ya derogado por la Directiva 2004/39/CE del Consejo (en adelante la Directiva MIFID) de 21 de abril, que ha sido sustituida por aquella, y cuyas innovaciones han sido mantenidas por la Directiva MIFID.

Esta Directiva DSI, tenía como objetivo facilitar a las empresas europeas que prestaran servicios de inversión, operar en todos los Estados de la Unión con una única autorización, facilitando de esta forma su acceso a los mercados financieros de los demás Estados miembros.

La DSI, establecía unas condiciones operativas a nivel comunitario básicas para que una entidad pudiera operar en el mercado comunitario, como son tener suficiente capital para operar en el sector, una gerencia adecuada, personal suficiente con calificación y reputación adecuadas y una organización de medios apropiados que

garantizara y minimizara el riesgo de conflicto de interés entre los inversores y la entidad y entre los clientes entre sí<sup>279</sup>.

Asimismo la DSI determinaba una serie de normas de conducta como el deber de actuar de modo honesto, tanto para los clientes como en cuanto a su intervención en el mercado; obtener la información de sus clientes en cuanto a su conocimiento y capacidades financieras al objeto poder ofertarles los productos y servicios más adecuados a su capacidad y a sus intereses financieros más o menos agresivos o susceptibles de mayor o menor riesgo.

A partir de esta base inicial, se introdujo también la figura del pasaporte europeo, en virtud del cual, los Estados Comunitarios deberían permitir a las empresas de servicios de inversión de otros países miembros, la intervención en su mercado, bien estableciendo sucursales en los mismos o mediante la libre prestación del servicio, no pudiendo exigírseles autorizaciones adicionales como sería tener que actuar a través de una entidad nacional sometida a régimen de supervisión y control de la entidades monetarias y bursátiles del estado miembro donde pretende actuar, pues esto supondría, además de la limitación a su actividad, y competencia con la entidad, un encarecimiento de los servicios que pretendiera ofrecer, de tal modo que estaría abocada a la ineficacia de sus servicios.

Si bien la DSI ha llevado a cabo la labor inicial y facilitadora de mercado único, se había quedado en cierto modo no actualizada, dados los cambios en el mundo financiero que se han producido durante la última década, apareciendo en el mercado instrumentos financieros cada vez más sofisticados.

A este desfase temporal, se une la aparición de medios alternativos en la comercialización y negociación de servicios financieros, así como el avance que ha experimentado la actividad de asesoramiento financiero, no solo en el ámbito de la banca privada, sino también en la actividad profesional de asesoramiento financiero propiamente dicha.

Estas circunstancias motivan finalmente la Directiva MIFID que viene a actualizar la normativa existente hasta a la fecha, tratando dotar de amplia cobertura legal al sector financiero y siempre con clara voluntad proteccionista hacia el consumidor.

La Directiva MIFID consigue la plena liberalización del mercado financiero en cuanto a la libertad de elección del lugar de ejecución de órdenes, permitiéndose no

---

<sup>431</sup> Cfr. GARCÍA TOBAJAS, A.; «El modelo de contrato tipo de gestión de carteras» Revista de derecho del mercado de valores (RDMV), nº 3, Julio-Diciembre 2008, p.197.

solo los medios y sistemas ya conocidos, sino que pueden acudir a otros sistemas de negociación de forma multilateral.

Se establece igualmente en la Directiva MIFID, un marco común y general que regulará tanto los aspectos organizativos de funcionamiento y autorización de las entidades, como las reglas de conducta a seguir en su actuación en los mercados y con sus clientes.

Entre los medios organizativos, tanto humanos como materiales, las entidades, deben ofrecer al cliente garantía en la fiabilidad de su empresa y su gestión, así como garantía y confianza en que la gestión de los recursos de sus clientes se va a efectuar de manera profesional y consolidada.

Con este objetivo, de alguna manera de profesionalización en la gestión, se establecerán medios y sistemas administrativos en la Directiva MIFID que garanticen el correcto funcionamiento operativo entre la empresa y sus relaciones con los clientes.

La Directiva MIFID aboga por la externalización de funciones operativas, así como por el establecimiento de mecanismos de control interno que velarán por el cumplimiento normativo, la auditoría y examen o evaluación de riesgos, y las empresas de gestión e inversión establecerán sistemas eficientes que garanticen la salvaguarda de los instrumentos financieros y el efectivo de sus clientes.

Con la aplicación de la Directiva 93/22/CE de 10 de mayo, se establecen las normas de conducta que la Directiva MIFID armonizará y serán de seguimiento común para todos los estados miembros de tal forma que regirán las relaciones entre clientes y proveedores de los servicios de inversión y con sentido proteccionista hacia el cliente o inversor.

#### **4.2 Clases de clientes**

La LMV en su art.78 bis establece una clasificación de clientes de inversión, distinguiendo entre clientes profesionales, clientes minoristas y potenciales, y en su art. 78 ter, define a las contrapartes elegibles.

Lo más habitual en la práctica de servicios de inversión será los servicios prestados al cliente minorista y potencial, mayoritario en la actividad bancaria, pese a que su volumen de contratación sea menor, sin que se excluyan los clientes profesionales obviamente.

La definición de cliente profesional recogida en el artículo 78 bis de la LMV establece que tendrán la consideración de clientes profesionales aquellos a quienes se

presuma la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos.

Este mismo art. 78 de la LMV, en su número 3, establece que en particular tendrán la consideración de clientes profesionales las entidades financieras y demás personas jurídicas que para poder operar en los mercados financieros hayan de ser autorizadas o reguladas por Estados, sean o no miembros de la Unión Europea.

En el texto legal se establece una extensa relación de posibilidades, que podría parecer excesivo, pero debemos considerarlo necesario dado el mercado y tipo de las relaciones jurídicas que se vendrán a establecer.

La regulación de los mercados financieros y de sus intervinientes, por principio de seguridad jurídica, debe ser lo más firme y clara posible sin dar lugar a interpretaciones poco consecuentes.

En cuanto al cliente minorista, el artículo 78 bis, nº 4, de esta LMV, establece que serán clientes minoristas todos aquellos que no sean profesionales, pues era evidente que tras esta intensa exposición del texto legal en cuanto a que entender por cliente profesional, el círculo para definir al cliente minorista quedaba cerrado por exclusión.

Las contrapartes elegibles vienen reguladas en el artículo 78 ter de la LMV de forma también extensa.

#### **4.3 El test de idoneidad y conveniencia**

Cabe resaltar, y a la postre, va a ser vital en las relaciones entre entidades e inversores, la obligación de realizar por parte de la entidad un test o entrevista de idoneidad para la prestación de servicios, tanto de inversiones puntuales, como cuando el inversor lo es utilizando la figura del contrato de gestión de carteras, muy habitual en la práctica de la banca privada y la banca comercial tradicional.

La Circular 3/2013, de 12 de junio, de la Comisión Nacional del Mercado de valores, nace con el propósito de dictar las normas precisas para aplicar el art. 79 bis de la LMV en cuanto a las obligaciones de información.

Los conceptos idoneidad y conveniencia, ciertamente para el usuario, cliente bancario, no dejan de entrañar cierta confusión, y no es extraño, pareciendo similares, entrañan obligaciones y situaciones muy distintas, tanto para la entidad financiera como para el cliente.

La idoneidad, hace referencia a la valoración de la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente dentro del marco de los servicios que el mismo ha contratado con la entidad, de asesoramiento de inversiones o de gestión de carteras.

El producto bancario recomendado debe ajustarse a esos intereses<sup>280</sup>, a los aspectos de evaluación llevados a cabo con el cliente, y no para todas las recomendaciones que se vayan a hacer en el futuro, sino por cada recomendación que se hiciera, pudiendo no obstante pactarse contratos de asesoramiento o gestión de carteras en los que constará que tipo de productos, familias de productos, serán gestionados y los detalles de los mismos.

Al cliente se le facilitara por escrito o mediante otro soporte duradero, una completa descripción y detalle de la inversión recomendada, sus riesgos, liquidez, volatilidad y complejidad, debiendo ser firmada por el mismo inexcusablemente, y posteriormente archivada por la entidad bien electrónicamente o en soporte de papel, donde deben constar todas las comunicaciones y autorización manuscritas del cliente, así como la identificación y firma del gestor, asesor que le hubiere atendido. Estas explicaciones, en cuanto a conocimiento y experiencia sobre los productos bancarios, pueden omitirse cuando se trata de inversores profesionales<sup>281</sup>.

La evaluación de la conveniencia en cuanto a conocimientos y experiencia, de los clientes que soliciten servicios distintos de los de asesoramiento en materia de inversión y gestión de carteras, lleva consigo la obligación para la entidad de entregarle al cliente una copia del documento donde conste la evaluación realizada en base a la información que la entidad tenga tanto por que se la hubiere facilitado el cliente, como por la que posea la entidad dada la experiencia y relación con el mismo.

Esta evaluación debe facilitársele, cada vez que se realice la evaluación sobre un tipo o familia de productos. Igualmente este documento debe ser firmado, manuscrito, por el cliente y archivado por la entidad constanding la fecha de la evaluación realizada y el tipo de producto para el que se hizo.

Si el cliente no facilita la información necesaria para poder evaluar la conveniencia de la inversión solicitada, la entidad así lo hará constar y se lo comunicará al cliente de manera preestablecida legalmente<sup>282</sup>.

---

<sup>280</sup> Cfr. Art. 72 del RD 217/2008.

<sup>281</sup> Cfr. Norma tercera de la Circular 3/2013, de 12 de junio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

<sup>282</sup> Cfr. Norma cuarta de la Circular 3/2013, de 12 de junio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.



Cuando se tratare de productos complejos, que entrañen determinado riesgo para el cliente, la entidad lo advertirá, siempre y cuando el test de conveniencia fuera satisfactorio, y recabará del cliente su firma para llevar a cabo la inversión, requisito este inexcusable. En las conocidas y recientes operaciones llevadas a cabo en nuestro entorno nacional (acciones preferentes, *swaps*, obligaciones subordinadas...), y que ha provocado no pocas reclamaciones en sede judicial, todo apunta a que tanto el test de idoneidad como el de conveniencia, no se han llevado a cabo conforme a lo prescrito en la LMV.

Igualmente, y tras examinar la información de experiencia y conocimiento del cliente, y la entidad considera que la inversión solicitada no se adecua a su perfil de experiencia y conocimiento, se lo comunicará al cliente de tal forma que quede constancia de la desaprobación de la inversión por parte de la entidad.

Para el supuesto de productos complejos, la entidad recabará la firma del cliente sobre un texto en el que se le indica claramente los riesgos que el producto conlleva, y en el que constará que la inversión no es conveniente para el.

Cuando se de el caso, para un inversor distinto del supuesto de asesoramiento de inversiones o gestión de carteras, y para productos complejos, la entidad podrá incluir en el expediente, y en el documento de inversión, un texto en el que se indique que el cliente no ha sido asesorado en la inversión.

Las entidades deberán llevar un registro de clientes evaluados y productos no adecuados<sup>283</sup>.

Cuando la contratación de servicios sea llevada a cabo por vía electrónica, la información que las entidades deben recabar para efectuar los oportunos test de idoneidad y conveniencia, debe llevarse a cabo por canales informáticos seguros, de tal forma que la información no pueda ser manipulada ni alterada, tanto al inicio de las inversiones como cuando se llevan a cabo puntualmente.

Cuando la comunicación sea por vía telefónica, todas las operaciones, y conversaciones dirigidas a la inversión, deben ser grabadas, debiendo estar disponible a solicitud del cliente<sup>284</sup>.

---

<sup>283</sup> Cfr. Norma quinta de la Circular 3/2013, de 12 de junio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

<sup>284</sup> Cfr. Norma sexta de la Circular 3/2013, de 12 de junio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Una vez realizado el test de idoneidad, la entidad ya conoce cuales son los objetivos del inversor, su perfil en cuanto al riesgo que puede aceptar y detectar si realmente entiende los riesgos que ciertas operaciones entrañan.<sup>285</sup>

Como vemos la obligación para la entidad es clara en cuanto recibir la información del cliente, y hasta que no la tenga, así se lo comunicará al cliente indicándole que la inversión no pudo ser realizada.

En la evaluación de conveniencia, no prima la inversión, los intereses financieros, sino que se pondera al cliente, si realmente el producto que se le ofrece lo entiende, lo asume y lo conoce lo suficientemente como para decidir contratarlo, dadas sus circunstancias personales de conocimiento y experiencia

La LMV, no permite a las entidades obviar este trámite, o posponer la entrega de documentación de idoneidad a momento posterior a la inversión. Hasta que no reciba la información satisfactoria y suficiente del cliente no recomendará, ni llevará a cabo órdenes y servicios de inversión de instrumentos financieros; solo se puede obviar este trámite para clientes clasificados como profesionales.

En determinados supuestos, y para inversiones puntuales, que exceden de la clasificación del cliente como minorista, si este estuviere interesado en una inversión que entraña determinados riesgos, deberá solicitar de la entidad su desclasificación solo para ese supuesto en particular, para lo que deberá aportar la información en cuanto a su capacidad y conocimiento de la inversión, y una vez estudiada por la entidad se le aconsejará o no, sobre la viabilidad de la misma en función de los intereses y riesgos que entraña para los intereses del cliente.

#### **4.4 Las acciones preferentes, la inadecuada evaluación de los clientes**

##### 4.4.1 Notas introductorias

Son un producto de riesgo y complejo, que ha sido comercializado por las entidades financieras, especialmente desde el año 2003 y con especial intensidad a partir del año 2005, como producto de renta fija que aseguraba a sus clientes un tipo de interés fijo y competitivo.

Lejos de toda realidad este argumento comercial.

Las participaciones preferentes son un recurso ideado por las entidades financieras como medio de captación de recursos que contablemente se computan

---

<sup>285</sup> Cfr. Art. 79 bis, n° 6 de la LMV.

como recursos propios de la entidad<sup>286</sup>, pero con limitaciones importantes toda vez que no se reconocen derechos de suscripción preferente, no tienen derecho a voto sus suscriptores, el derecho a dividendo es fijo y no acumulativo, y se abona si se dan beneficios distribuibles, lo que permite a la entidad que los crea, no abonar dividendo a las acciones ordinarias si así lo acuerdan en la junta general, y en consecuencia, tampoco para las acciones preferentes.

Las acciones preferentes son perpetuas, aunque a voluntad del emisor podrían amortizarse a los cinco años, opción esta que no se da, dado que la amortización va contablemente contra la cuenta de pérdidas y ganancias de la entidad que las emite.

Por último, la liquidez de las acciones preferentes es limitada, toda vez que solo pueden negociarse en el mercado limitado de renta fija AIAF, o entre los propios partícipes de la entidad que las ha comercializado, lo que conllevaría vender a un cliente, las acciones preferentes, que por compromiso, presión o reclamación, otro cliente hubiera rechazado.

A mayor complejidad y riesgo añadido, el tenedor de las acciones puede encontrarse con el problema, que llegado el momento de su amortización, si esta se produce, y la entidad no distribuye beneficios, existe el claro riesgo de perder el capital invertido si en una fecha determinada de venta, el precio de mercado está por debajo del de emisión, y en el mercado cerrado en el que se mueven, no encuentra comprador.

#### 4.4.2 Las acciones preferentes como instrumento de autofinanciación de la sociedad anónima bancaria

Las acciones preferentes, tal y como han sido diseñadas por las entidades financieras, son el resultado de un mecanismo de ingeniería financiera con un triple objetivo:

- a) autofinanciación de la sociedad anónima, banco, sin salir al mercado con una nueva emisión de acciones ordinarias y sin tocar el capítulo de reservas, pudiendo continuar dando los mismos beneficios
- b) colocar prácticamente en su totalidad, toda la emisión entre su base de clientela, bajo la apariencia comercial de ser productos de renta fija
- c) asegurarse la entidad, aumento de sus recursos, a bajo coste, con amortización a su voluntad, y marcando unas retribuciones a los tenedores de las acciones preferentes

---

<sup>286</sup> Cfr. ROY PÉREZ, C.; «El régimen de protección del consumidor de productos bancarios y financieros», RDM, Enero-Marzo 2013, p.167.

decididas por la entidad, reservándose la entidad el plazo de amortización de las mismas, y que en algunas entidades se establece como perpetuo, aunque la Ley de Sociedades Anónimas, al hablar del rescate de las acciones rescatables, en su art. 92 bis, nº 3, establece que si el derecho de rescate se atribuye exclusivamente a la sociedad, como así es en los supuestos tratados, no podrá ejercitarse antes de que transcurran tres años a contar desde la emisión<sup>287</sup>, pero no que sean perpetuos.

La voluntad del legislador, ha sido en cierto modo “manipulada”, utilizada y dirigida por los emisores de acciones preferentes como un medio rápido de obtener un seguro beneficio empresarial, se ha desvirtuado por las entidades que así han operado.

En cierto modo, con la emisión de acciones preferentes, se ha fabricado un producto nuevo que se parece en parte, a lo que el legislador permite, al reformar parcialmente el régimen jurídico de las sociedades anónimas por Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

En la exposición de motivos de la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, en su parte final, se congratula el legislador de haberse conseguido con esta reforma de la Ley de sociedades anónimas, una forma de financiación para las mismas vía acciones preferentes sin tener que acudir a préstamos de terceros, y además, ofreciéndose con esta emisión de acciones preferentes, garantías suficientes para los inversores.

Con estas acciones preferentes, a caballo entre renta variable y renta fija, se consigue una financiación eficiente de la sociedad, reforzándose los recursos propios de la misma<sup>288</sup>.

#### 4.4.3 La información

La emisión de este tipo de productos financieros, esta sujeta a los requisitos de información de la LMV, en particular del art. 26, así como por el RD 1310/2005 de 4 de noviembre que desarrolla parcialmente la Ley 24/1988 de 28 de julio, del mercado de valores, que obliga al emisor a publicar un folleto informativo de la emisión donde se reflejan las características del producto financiero así como los riesgos asociados.

El acompañamiento del folleto informativo, que ha merecido previamente la sanción de la CNMV, es indispensable junto con la oportuna información y aclaración que la entidad financiera debe facilitar al cliente, explicando su contenido y en

---

<sup>287</sup> Cfr.Arts. 90 a 92 ter y Arts. 157 a 159, del RD 1564/1984, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; y Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

<sup>288</sup> Cfr. Exposición de motivos, párrafos finales, de la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

especial, los riesgos que la inversión entraña<sup>289</sup> así como la necesaria coincidencia entre el texto del folleto y la información que se facilita al cliente.

En todos los supuestos que las entidades presten servicios de asesoramiento y gestión de carteras, como en los que no sea así, pero por la entidad se comercialice o realice servicios de inversión, además de informar al cliente sobre los mismos productos, la entidad debe ser explícita en la comunicación que hace al inversor, al cliente<sup>290</sup>, no pudiendo, como se ha hecho con este producto de riesgo como son las acciones preferentes, presentarlo con apariencia de bondadosa renta fija.

A tenor de las exigencias de información del art. 60 del RD 217/2008 de 15 de febrero, resulta impensable que, especialmente el cliente minorista, hubiera accedido a contratar un producto que a la postre se ha mostrado:

- a) de menor rentabilidad que una imposición a plazo fijo
- b) en la que se han abonado compensaciones cuando lo ha decidido la entidad
- c) que se manifiesta con plazo perpetuo
- d) en el que la amortización de estas acciones queda a criterio del emisor, y por último,
- e) que el cliente puede perder todo el montante de su inversión.

El cumplimiento del deber de información, debe ir acompañado por los oportunos tests de idoneidad y conveniencia a tenor de lo preceptuado por el RD 217/2008<sup>291</sup>.

La correcta evaluación de conveniencia, hubiera evitado las situaciones de indefensión en las que se ven inmersos gran número de clientes. En cualquiera de los supuestos (en el marco de la gestión de carteras o asesoramiento de inversiones, o fuera del mismo), la explicación detallada del producto, hubiera sido suficiente para evitar su contratación<sup>292</sup>.

Incluso para el supuesto que la entidad hubiera llevado a cabo los tests oportunos, la entidad debe comportarse con la diligencia exigida<sup>293</sup> y velar por los

---

<sup>289</sup> Cfr. SAP Murcia (Sección 5ª) de 1 de abril de 2011 (AC 2011,1983) en ROY PÉREZ, C.; «El régimen de protección del consumidor de productos bancarios y financieros», RDM Enero-Marzo 2013, p.168.

<sup>290</sup> Cfr. Art. 78 bis y 78 ter de la LMV.

<sup>291</sup> Cfr. Arts. 64, 72, 73 y 74 del RD 217/2008, de 15 de febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión.

<sup>292</sup> Cfr. Norma tercera y Cuarta de la Circular 3/2013, de 12 de junio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

<sup>293</sup> Cfr. Art. 79 de la LMV.

intereses de sus clientes como si fueran propios, debiendo ser transparente y diligente en mantener al cliente informado durante todo el tiempo que dure la relación contractual, máxime teniendo en cuenta que la relación entidad financiera y cliente, se basa en mutua confianza personal, se acude a una entidad, y no otra, no solo por criterios de precio, sino por la confianza y trato personal que se recibe<sup>294</sup>.

#### 4.4.4 Notas finales

El deber de información exigido a las entidades y sociedades de inversión tanto por el RD 217/2008, como por la LMV, entendemos supone suficiente garantía de protección y tutela para el cliente inversor en la relación jurídica entre el mismo y la entidad financiera o sociedades de inversión.

Este deber de información, debe modularse en función del cliente y el tipo de producto que se le ofrece contratar. Así, el hecho de que se hubiera contratado en un tiempo un determinado producto de riesgo, no puede entenderse que legitime cualquier inversión de este tipo, y se puedan obviar las obligaciones de información.

La inversión en productos de riesgo debe llevarse a cabo tras un pleno conocimiento y asesoramiento en cuanto al producto y cliente, de tal forma que su consentimiento sea informado sabiendo en consecuencia que contrataba y que riesgos asumía.

No es infrecuente el supuesto en el que pese a recibirse la información exigida, y haber firmado el conforme de la inversión, el documento puede entrañar cláusulas calificadas como abusivas<sup>295</sup>.

En la relación jurídica entre cliente y entidad financiera, y en el ámbito de la comercialización de estos productos de riesgo, el deber de protección especial se debe encaminar hacia el cliente minorista, mayoritario en la base de clientela bancaria, y al que evidentemente se han vendido productos de alto riesgo, sin que tuvieran la formación y conocimiento suficiente para conocer este tipo de productos, no convenientes, y mucho menos, disposición de asumir tan graves riesgos.

Igualmente, en los clientes de servicios de asesoramiento y gestión de carteras, su idoneidad, no evita cumplir con lo preceptuado por la LMV y RD 217/2008 de 15 de febrero, tratando obviar, al amparo de ese mayor conocimiento, con la detallada

---

<sup>294</sup> Cfr. SAP de Alava (Sección 1ª) de 22 de junio de 2011 (AC 2012, 854).

<sup>295</sup> Cfr. SAP de Barcelona (SeCC15ª) de 22 de marzo de 2012 (AC 2012, 785), en ROY PÉREZ, C.; «El régimen de protección del consumidor de productos bancarios y financieros», RDM, Enero-Marzo 2013, p.172.

información sobre los riesgos que el producto entraña, si es conveniente o no para su situación.

## **5. Las cláusulas abusivas en los contratos bancarios**

### **5.1 Notas introductorias**

Definidas por el TRLGDCU en sus artículos 82 y ss. como aquellas estipulaciones no negociadas individualmente, y todas aquellas otras prácticas no consentidas expresamente, y 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 que se derivan del contrato.

En la contratación bancaria, tanto presencial como a distancia, es ineludible referirnos a ellas, dada la evidente situación de desequilibrio en la relación jurídica contractual entre la entidad bancaria y el consumidor, y por la trascendencia jurídico económica que comportan en el ámbito contractual.

La situación desequilibrio entre las partes no solo se da o se refiere a la posición económica, que lo es también, sino a la capacidad y posibilidad de negociación y los medios con que cada parte cuenta, imponiéndose al cliente interesado en un producto o servicio bancario, unas condiciones que de no necesitar financiación, o contar con otros medios para realizar su inversión, no hubiera acudido a contratar.

Dada esa situación de desequilibrio, ciertas cláusulas, o todas, pues los contratos a suscribir son en su gran mayoría contratos de adhesión, son impuestas por la entidad no siendo fruto de negociación individual, e implicando un desequilibrio contractual contrario a la buena fe, y pudiendo reputarse como desleal a tenor del principio de buena fe objetiva recogido como cláusula general en la LCD<sup>296</sup>, de otra parte, el hecho de ser cláusulas impuestas, no devienen de por si en cláusulas abusivas.

Las cláusulas predispuestas en los contratos con consumidores estarán sometidas a la LCGC, y el texto normativo entiende que para determinar si una cláusula es abusiva, se tendrá que atender al principio de buena fe en sentido objetivo, determinando la abusividad cuando existe un injusto y claro desequilibrio de prestaciones.

---

<sup>296</sup> Cfr. Art.4 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal, tras la reforma por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

No solo pueden devenir en abusivas aquellas cláusulas o pactos bajo el control de la LCGC, sino también otras disposiciones que pueden ser consideradas abusivas y no están bajo la cobertura de las condiciones generales de contratación, pues el TRLGDCU amplía su contenido a todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente.

En la contratación bancaria es frecuente que se incluya al suscribir un contrato de préstamo, una cláusula o estipulación impuesta por la entidad y en la que se autoriza al banco a para el supuesto de no encontrar saldo acreedor en la cuenta del cliente destinada a pago de las cuotas, compensar esa situación con cualquier saldo acreedor que pudiera tener en la entidad.

Este tipo de cláusula es impuesta, no negociada individualmente, y abusiva en consecuencia. Estas cláusulas son admisibles solamente si el titular de la cuenta deudora y la acreedora es el mismo, si se ha acordado entre las partes, y si antes de efectuar la compensación de saldos se notifica al cliente esta circunstancia<sup>297</sup>.

De igual forma, el concepto de consumidor del TRLGDCU incluye<sup>298</sup> tanto a personas físicas como jurídicas, siendo el rasgo definitorio, el hecho de actuar en la relación contractual con propósito ajeno a su actividad comercial o profesional, y para las personas jurídicas se añade, sin ánimo de lucro.

No obstante, delimitar hasta donde llega la actuación como particular, o como empresario, no siempre esta clara.

Un profesional liberal, puede contratar un préstamo personal, o póliza de crédito con la entidad bancaria, y destinar el importe, tanto para intereses domésticos o gastos particulares, como para adquirir determinados bienes que a la larga son instrumento para su actividad liberal, pero sin que la finalidad del préstamo fuera ésta.

La LCC en su art. 2.1 amplía el ámbito subjetivo, considerando consumidor a toda persona física que en las relaciones contractuales reguladas por la Ley, actúa con fines ajenos a su actividad comercial o profesional.

El TRLGDCU mantiene esta línea interpretativa, y en consecuencia quedarían desprotegidos con relación al resto de usuarios, los pequeños empresarios, autónomos,

---

<sup>297</sup> Cfr. ROY PÉREZ, C.; «El régimen de protección del consumidor de productos bancarios y financieros», RDM Enero-Marzo 2013, p.174.

<sup>298</sup> Cfr.Art.3 y 4 del TRLGDCU.



o profesionales que solicitan servicios bancarios para destinarlos a su actividad profesional, que en numerosos supuestos se incardina en su ámbito familiar<sup>299</sup>.

La normativa sobre transparencia bancaria<sup>300</sup>, se refiere al cliente o clientela, pero no al consumidor, debiendo entender que se refiere a toda la clientela real o potencial de las entidades financieras, independientemente de que actúe como consumidor o empresario, con las debidas matizaciones como se establece en la Circular 5/2012 de 27 de junio, del Banco de España en su norma segunda *in fine*:

“Cuando el cliente actúe en el ámbito de sus actividad profesional o empresarial, las partes podrán acordar que no se aplique total o parcialmente lo previsto en esta Circular, con la excepción de lo establecido en sus normas decimotercera y decimoquinta”

Dadas estas circunstancias, la LCGC, y siendo consciente el legislador que este pequeño y mediano empresario se encuentra en situación de desequilibrio con relación a la entidad bancaria a la que solicita servicios bancarios, extiende su protección a todos aquellos que contraten con condiciones generales, aunque graduando cada supuesto, en función de que intervenga en la relación jurídica, como consumidor o como empresario.

La Directiva 93/13/CE de 5 de abril sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, se manifiesta en éste sentido, estableciéndose que la misma sed aplicará a los contratos celebrados entre profesionales y consumidores (art. 1 de la Directiva 93/13/CE de 5 de abril), y en su art. 2, letra b) establece que se entenderá por consumidor a toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional.

A tenor del TRLGDCU<sup>301</sup> la intervención de este profesional liberal será considerada como llevada a cabo por un consumidor dado que no hay ánimo de lucro en su *iter* negocial.

---

<sup>299</sup> Cfr. MORENO LISO, L.; «El consumidor ante las cláusulas abusivas en los contratos bancarios», RDBB n° 122, Abril-Junio 2011, pp. 53 y 54.

<sup>300</sup> Cfr. Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible; Orden EHA/2889/2011, de 28 de octubre de transparencia y protección del cliente bancario y Circular 5/2012, de 27 de junio del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

<sup>301</sup> Cfr. Art. 3 del TRLGDCU, tras la reforma operada por la Ley 3/2014 de 27 de marzo dictada al objeto trasponer al ordenamiento jurídico español la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores.

En definitiva podemos decir que las condiciones generales pueden darse en contratos entre profesionales, y entre estos y sus clientes o consumidores, pero las cláusulas abusivas solo se dan en él ámbito de las relaciones con consumidores, pudiendo darse tanto en contratos con condiciones generales como en contratos con condiciones o pactos predispuestos por unas de las partes en el contrato que entre ellas suscriben.

La declaración de nulidad de una cláusula o cláusulas, supone la nulidad de la misma, no del contrato, independientemente del tipo de contrato donde se hubiere redactado o incluido<sup>302</sup>.

## **5.2 Rasgos definatorios de las cláusulas abusivas**

En el art. 82 del TRLGDC encontraremos el concepto de cláusula abusiva, y en los siguientes artículos de este Capítulo II, art.82 al art. 91, su régimen jurídico.

El primer rasgo definatorio de una cláusula abusiva, es el de no haber sido negociada individualmente, resultando impuesta por el empresario, pudiendo aparecer tanto en disposiciones particulares del sector empresarial con el que se contrata, como en condiciones generales de la contratación.

El rasgo definatorio de una cláusula abusiva es del no haber sido negociada individualmente y estar impuesta por el empresario teniendo en cuenta la situación de desequilibrio entre ambas partes<sup>303</sup>.

Para declarar una cláusula como abusiva, es preciso que consecuencia de la misma se genere una situación de desequilibrio entre las partes importante, de entidad y trascendencia; desequilibrio que ocasione perjuicio para los intereses del consumidor inclinando la balanza hacia el lado del predisponente de la cláusula, contraviniendo el principio de reciprocidad que inspira nuestro Derecho de los contratos.

El desequilibrio no debe ser específico, un paréntesis en la relación contractual, sino que va más allá, es un desequilibrio jurídico, no solo económico. Debe ser de tal trascendencia que se valorarán<sup>304</sup> los bienes objeto del contrato, las circunstancias que han acontecido en el momento de la celebración del contrato y el resto de cláusulas que integran el contenido del contrato.

---

<sup>302</sup> Cfr. MORENO LISO, L.; «Nuevas soluciones para la protección del consumidor frente a los contratos bancarios», 2010, La Ley, nº 7514, sección doctrina, pp.3 a 5.

<sup>303</sup> Cfr. ROY PÉREZ, C.; «El régimen de protección del consumidor de productos bancarios y financieros», RDM Enero-Marzo 2013, p.175.

<sup>304</sup> Cfr. Art. 82.3 del TRLGDCU.

Se lleva a cabo una valoración de conjunto, siendo trascendente el hecho de ser la cláusula en particular lo suficientemente importante, y de entidad, como factible de inducir a error al prestar consentimiento, o ser de tal condición e importancia en el conjunto del contrato, que el predisponente no hubiera ofrecido el bien o servicio adquirido, de no obtener la firma de esa cláusula por el consumidor.

Por último, el propio TRLGDCU en el art. 82.1 se refiere al principio de la buena fe que debe presidir todas las relaciones contractuales, así como a que el desequilibrio entre las partes, las prácticas no consentidas, provengan de un comportamiento contrario a la buena fe.

El principio de buena fe es el modo de conducta debido en las relaciones contractuales, implica se da mutua confianza entre los contratantes que actúan en la relación jurídica de forma leal y honesta, y en las relaciones bancarias en particular, el cliente confía al suscribir un préstamo en la información que se le ha facilitado por la entidad, y que al amparo de las cláusulas predispuestas, y no negociadas individualmente, no se producirán consecuencias que le causen grave perjuicio económico.

Tras la reforma de la LCDL<sup>305</sup>, el nuevo artículo 4, como cláusula general, instaura el principio de buena fe objetiva, al entender como desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a la buena fe, y en las relaciones de los empresarios con consumidores, se entiende que es contrario a la buena fe, el comportamiento de un empresario que no sea diligente, ni atento con los cuidados profesionales que merece la relación con el consumidor, debiendo ser honesto en sus prácticas comerciales.

En cuanto a como debe ser este comportamiento, y en el ámbito de la contratación bancaria, las normas de transparencia nos ilustran sobre este proceder.

Es sabida la obligación de efectuar los test de idoneidad y conveniencia<sup>306</sup>, y en esta actividad, por parte de la entidad, debe primar la buena fe, lo que no excluye que el cliente deba ser honesto en la información que facilita a la entidad. Las relaciones entre las partes deben estar presididas por la buena fe.

Las exigencias para la entidad bancaria, en cuanto a un comportamiento ajustado a los principios de buena fe, se advierte claramente en el art.74 n° 2 del

---

<sup>305</sup> Cfr. Art.4 de la LCDL, tras la modificación operada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

<sup>306</sup> Cfr. Art.79 bis de la LMV, Normas Cuarta y Quinta de la Circular 3/2013, de 12 de junio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y arts.72 a 74 del RD 217/2008, de 15 de febrero.

RD217/2008, en el sentido de exigir a las entidades, que en ningún caso, incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información prevista para llevar a cabo por ejemplo en test de idoneidad y conveniencia.

Con relación a estas prácticas contrarias al principio de buena fe objetiva, y porque no afirmar, desleales, la jurisprudencia es clara en cuanto a considerar como abusiva una cláusula en la que en cierto modo se promueve el no facilitar la información, y de otra parte, la propia entidad se auto exonera de responsabilidad por no tener esa información, y para el supuesto que el cliente realice la inversión de riesgo y resulte perjudicado<sup>307</sup>, concluye en eximirse de responsabilidad y cargar toda la responsabilidad sobre el cliente.

Se ha incumplido una obligación, que es efectuar el test de conveniencia, y si la entidad hubiera recibido la documentación del cliente, y éste no tuviera los conocimientos suficientes para realizar tal inversión, la entidad debe comunicárselo por escrito, y firmar el documento no recomendando la entidad la inversión de manera expresa.

### **5.3 Cláusulas predispuestas, controles de inclusión y contenido**

En el ámbito particular de la contratación bancaria, la frontera entre cláusulas que son condiciones generales de la contratación, y cláusulas predispuestas por una de las partes, no negociadas individualmente, es en determinados momentos motivo de confusión.

Se interpreta que lo que define a las condiciones generales de la contratación ex artículo 1 de la LCGC, es el dato de estar predispuestas, que tienen unos rasgos de uniformidad y generalidad, y cuya incorporación al contrato es impuesta por una de las partes, y habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

De otra parte se entiende, que en contratos que se celebran en masa, como son los bancarios por regla general, las cláusulas que se incorporan no han sido negociadas individualmente y han sido predispuestas por la entidad para la simple adhesión del cliente.

Ninguna de ambas cláusulas, ha sido negociada individualmente, de un lado la LCGC se refiere a que han sido preparadas para incorporarse de forma masiva a un conjunto de contratos, y no en un único contrato individual, y de otro, las cláusulas predispuestas, en los contratos bancarios, no negociadas individualmente, y

---

<sup>307</sup> Cfr. SAP Alava (sección 1ª) de 22 de junio de 2011 (AC 2012, 854).

predispuesta por el empresario, entendemos también tienen vocación de incorporarse a una pluralidad de contratos.

En la realidad bancaria, en la contratación bancaria, coexisten ambos tipos de cláusulas, unas son condiciones generales de la contratación, y otras son predispuestas para la simple adhesión del cliente.

### 5.3.1 Control de inclusión y contenido en el contrato

Cuando nos referimos a cláusulas predispuestas, no negociadas individualmente, lo haremos haciendo referencia a lo estipulado en los arts. 80 y siguientes del TRLGDCU, pues las condiciones generales de la contratación vendrán reguladas por su propio texto normativo, la LCGC.

Las cláusulas predispuestas, que pueden también ser condiciones generales, deben ser sometidas a un control de inclusión y de contenido en el contrato, de tal forma, que de un lado lleguen a conocimiento del cliente, consumidor, y de otro, que se garantice el análisis de su contenido, de tal forma que si de resultados de éste, devienen en abusivas para el adherente, no se incorporan al contrato<sup>308</sup>.

#### 5.3.1.1 Control de inclusión

Regulado en el art. 80 del TRLGDCU y art. 5 de la LCGC<sup>309</sup>, y con vocación de conseguir que el adherente, cliente, consumidor, a la hora de firmar un contrato, conozca las condiciones contractuales, no solo al firmar el contrato, sino a lo largo de toda la vida del mismo.

Los preceptos legales referidos, en cuanto a la inclusión de este tipo de cláusulas, pretenden que al plasmarse en el contrato, este se entregue al adherente y pueda conocerlas, entenderlas y prestar el consentimiento de forma plena e informada, y para conseguir este objetivo, las condiciones generales, predispuestas, deben ser redactadas de manera clara, concreta y sencilla, utilizando una redacción comprensible para un consumidor medio, ser accesibles para el adherente de forma sencilla y evidentemente, contar con una copia del documento suscrito.

En la redacción de las cláusulas, se debe emplear un lenguaje sencillo y claro, pues ya el art.7 b) de la LCGC entiende como no incorporadas al contrato las

---

<sup>308</sup> Cfr. MORENO LISO, L.; «Nuevas soluciones para la protección del consumidor frente a los contratos bancarios», 2010, La Ley, nº 7514, pp. 5 y ss.

<sup>309</sup> Cfr. Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU, y en particular su disposición derogatoria única, apartado 2, por el que se deroga el apartado 4 del art. 5 de la LCGC, dándose nueva redacción al artículo 5.

condiciones ilegibles, ambiguas, oscuras e incompresibles, con las excepciones que se prevén.

Al ser contratos escritos, debe, de un lado ser conocidas por el adherente las condiciones contractuales, y aceptadas por él<sup>310</sup> firmando las mismas, incluso en la contratación electrónica, donde deberá enviarse inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada<sup>311</sup>.

El contrato debe ser accesible y legible, y la manera más adecuada, es de un lado entregar una copia del documento firmado entre ambas partes, y de otra, por parte del banco, o predisponente, registrar o archivar el documento de manera segura y fácil de obtener copia llegado el caso.

En la contratación electrónica bancaria con condiciones generales, también es preciso que conste la aceptación de todas y cada una de las cláusulas contractuales, aunque no se exija de manera inmediata la firma, pese a que puede darse en un momento posterior como la práctica bancaria reciente demuestra, y así posibilita la LCDSFC.

Sí es exigible, que tras la contratación a distancia, se envíe al consumidor y usuario, documento que justifique la contratación llevada a cabo, remisión de documentación que puede hacerse bien por escrito, bien mediante cualquier soporte de naturaleza duradera adecuado a la técnica de comunicación a distancia empleada, y evidentemente, aunque no se contempla expresamente en el texto legal, haciendo referencia a la página *web* donde el adherente puede encontrar la información sobre la contratación llevada a cabo, y esto se encuadraría en el deber de lealtad y recto comportamiento que debe presidir todas las relaciones contractuales.

En la contratación electrónica, si bien se indica la expresión “enviará inmediatamente”<sup>312</sup>, sería preferible dada la reforma operada en el TRLGDCU, haber hecho ya referencia a un plazo.

Parecería lógico, que si se reconoce el derecho a desistir de un contrato, el plazo para remitir la información fuera como máximo el de 14 días, nuevo plazo de desistimiento<sup>313</sup>, y si no cumpliera, se empleara el plazo de doce meses a contar desde la celebración del contrato.

---

<sup>310</sup> Cfr. Art.5.1 LCGC.

<sup>311</sup> Cfr. 5.3 LCGC.

<sup>312</sup> Cfr. Art.80, nº 1, b) del TRLGDCU.

<sup>313</sup> Cfr.Art.71 TRLGDCU.

Entendemos ambiguo el término empleado por nuestro legislador, “inmediatamente”, es un término que genera inseguridad. La aplicación del plazo del derecho de desistimiento, parece más adecuada y proactiva para la posición del predisponente, que cuidará se lleve a cabo la entrega del contenido del contrato al adherente consumidor.

#### 5.3.1.2 Control de contenido

Tiene como objeto evitar el abuso del predisponente en la redacción e inclusión de cláusulas en el contrato contrarias al derecho positivo, a los usos y la buena fe, entendida esta como justo y leal comportamiento que debe presidir la relación contractual entre las partes<sup>314</sup>.

Para considerar como abusiva una cláusula, o cláusulas, el TRLGDCU en su art. 82 exige que además de no haber sido negociada individualmente, se tengan en cuenta todas las circunstancias con relación al hecho concreto. Debe darse un claro desequilibrio jurídico entre las partes, no solo el económico.

Evidentemente al encontrarnos con una cláusula que a tenor del texto legal cumple todos los requisitos para considerarse abusiva, no basta con la evidencia literal, se hace precisa la reclamación en sede judicial al objeto obtener una sentencia declarativa en este sentido, y el dictamen judicial tras el análisis de las circunstancias que deben darse, como son:

- desequilibrio que genera entre las partes intervinientes en la relación contractual
- mala fe en el predisponente
- abuso de su posición en la relación contractual, y
- no haber sido negociada individualmente,

Dándose estas circunstancias se decretará a instancia, a petición de parte, la abusividad de una cláusula o cláusulas y por tanto su nulidad de pleno derecho, subsistiendo el contrato en los mismos términos siempre y cuando la cláusula declarada nula por abusiva, no fuere de vital trascendencia en la vida del contrato<sup>315</sup>, que supondría la nulidad plena del contrato<sup>316</sup>.

---

<sup>314</sup> Cfr. Art. 80, n° 1, c), y art. 82, n° 1. del TRLGDCU.

<sup>315</sup> Cfr. Art. 83 del TRLGDCU.

<sup>316</sup> Cfr. MORENO LISO, L.; «Nuevas soluciones para la protección del consumidor frente a los contratos bancarios», 2010, La Ley, n° 7514, p.7.

#### **5.4 Tipología de cláusulas abusivas frecuentes incluidas en los contratos bancarios**

Tras el análisis conceptual de las cláusulas predispuestas, no negociadas individualmente, y cláusulas abusivas, así como sus requisitos o controles, de inclusión y contenido en los contratos, los bancarios en particular<sup>317</sup> el TRGDCU nos lleva a la reglamentación y determinación de los tipos de cláusulas abusivas<sup>318</sup>, así serán abusivas:

- aquellas cláusulas que vincule el contrato a la voluntad del empresario
- las que limiten derechos del consumidor y usuario
- las que determinen falta de reciprocidad en el contrato
- las que impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba
- las que resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, y
- las que contravengan las reglas sobre competencia de derecho aplicable.

Partiendo de estas exigencias legales, en el TRLGDCU se plasman en los artículos 85 al 90, el régimen normativo de todas ellas y se fija un amplio repertorio de posibilidades.<sup>319</sup>

Es la jurisprudencia la que ha venido a conformar la casuística y valorar la influencia de las cláusulas abusivas, así como su nulidad.

Particularmente dos sentencias recientes han establecido las consideraciones elementales y claras en materia de cláusulas abusivas en los contratos bancarios: la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de mayo 2005, y la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009<sup>320</sup> que resolvió en casación varios recursos planteados en oposición a aquella, y por la que se ampliaron las cláusulas declaradas nulas inicialmente.

---

<sup>317</sup> Cfr. Arts. 80 al 83 del TRLGDCU.

<sup>318</sup> Cfr. Art. 82.4 del TRLGDCU, y arts. 85 al 90 del TRLGDCU.

<sup>319</sup> Cfr. Roy Pérez, C.; «El régimen de protección del consumidor de productos bancarios y financieros», RDM Enero-Marzo 2013, p.177.

<sup>320</sup> Cfr. SAP Madrid, Sección 3ª, de 11 de mayo de 2005 (JUR 2005, 277300) y STS, de 16 de diciembre de 2009 (RJ 2010,702).



#### 5.4.1 Cláusulas en las que el banco declara no ser responsable en los supuestos de pérdida, sustracción o manipulación de tarjetas

Este tipo de cláusulas, de este tenor literal, y sin matización alguna, son abusivas.

El supuesto de hecho con que nos encontramos es la pérdida o sustracción de la tarjeta de un cliente, la utilización fraudulenta de la misma y la exoneración de responsabilidad para la entidad en base a la cláusula suscrita al efecto. Esta cláusula predispuesta, para ser considerada abusiva, requiere la valoración del hecho concreto y del comportamiento de las partes.

Es habitual, que al suscribir un contrato de tarjeta de crédito, entre su extenso clausulado figure una cláusula referente a la pérdida o extravío, y sustracción de la tarjeta de crédito.

La práctica habitual tiende a que el cliente quede exonerado de responsabilidad, siempre y cuando notifique a la entidad en menos de 24 horas<sup>321</sup> su pérdida o sustracción. Para ambos casos, debe procederse a la presentación de la oportuna denuncia, y de forma preventiva y urgente, proceder a comunicar la entidad esta circunstancia, bien acudiendo a una oficina de la misma, o bien, en caso de festivo, o fuera del horario de atención al público, poniéndose en contacto con los teléfonos 24 horas que se facilitan al cliente en el contrato, así como en la publicidad que existe en los propios cajeros electrónicos y solicitando el bloqueo y anulación del citado medio de pago.

Lo adecuado en esta valoración de circunstancias, es valorar y equilibrar el deber de diligencia del cliente en cuanto a la custodia de este medio de pago (al igual que con los talonarios de cheques), y establecer un máximo de responsabilidad durante el tiempo que media entre la pérdida de la misma hasta la notificación de la misma, fijándose cantidades del orden de 150 euros<sup>322</sup>.

En determinadas situaciones, el juzgador debe valorar equilibradamente la responsabilidad del cliente y la exoneración para la entidad establecida en la cláusula, de tal forma, que puede darse la circunstancia de extravío de la tarjeta y no darse cuenta hasta transcurridas cuarenta y ocho horas o más, esto es, cuando ha podido volver a necesitar la tarjeta.

---

<sup>321</sup> Cfr. Recomendación 88/590/CEE de la Comisión de 17 de noviembre de 1988 relativa a los sistemas de pago y en particular a las relaciones entre titulares y emisores de tarjetas, modificada por la Recomendación de 30 de julio de 1997.

<sup>322</sup> Cfr. SAP Asturias de 15 de febrero de 2005, en MORENO LISO, L.; «Nuevas soluciones para la protección del consumidor frente a los contratos bancarios», 2010, La Ley, nº 7514, p.8 y ss.

Si el cliente ha sido diligente, ha presentado la denuncia tan pronto ha sido conocedor de este hecho, es dable exonerarle de la responsabilidad por esta circunstancia, pues para el caso en concreto, si hubiera conocido la pérdida en 24 horas, tampoco se hubiera evitado ya la utilización fraudulenta, quedando para la entidad la acción contra los establecimientos que han admitido la tarjeta como medio de pago y no cumplieron con la obligación de identificación del titular de la tarjeta, con la persona que la presenta para el pago de adquisición de bienes.

El consumidor, cliente de la entidad, es el responsable de la custodia de la tarjeta, y resulta injusto cargar la responsabilidad a la entidad por una falta de diligencia debida en la custodia de la misma. Para el caso de la sustracción y pérdida existe un deber de diligencia en la comunicación de la misma, que como ya hemos visto es de 24 horas, incluso se ha aceptado las 48 horas atendiendo a la diligencia del cliente.

La Sentencia del Tribunal Supremo citada de 16 de Diciembre de 2009<sup>323</sup>, unifica doctrina y establece que las cláusulas que tajantemente excluyen al banco de toda responsabilidad, sin matización alguna, son abusivas, son contrarias a la buena fe y causan desequilibrio importante en la relación contractual.

Dicho esto, tampoco debe atribuirse siempre la responsabilidad al banco, es más, el deber de diligencia exigido al cliente por la LSP es claro en cuanto a su obligación de comunicar a la entidad la pérdida, extravío o sustracción de la tarjeta sin demora indebida.

Será en consecuencia necesario ponderar el comportamiento del cliente, y como ha comunicado la pérdida, y si la entidad ha facilitado los medios para esta comunicación.

En circunstancias como las descritas, un comportamiento diligente en la comunicación, para el caso de extravío o sustracción de la tarjeta, el cliente soportará la pérdida de los primeros 150 euros<sup>324</sup>, pero de no comunicar debidamente, en tiempo y diligencia debida, asumirá toda la pérdida.

En cuanto al plazo para comunicar la pérdida es para el Tribunal Supremo<sup>325</sup> el de, “sin demora indebida”, en cuanto se tenga conocimiento de ello, pues este término está en sintonía con las exigencias de justo equilibrio contractual y buena fe, siendo

---

<sup>323</sup> Cfr. y STS, de 16 de diciembre de 2009 (RJ 2010,702).

<sup>324</sup> Cfr. Apartado 8.3, de la Recomendación 88/590/CEE de la Comisión, de 17 de noviembre, relativa a los sistemas de pago y en particular a las relaciones entre titulares y emisores de tarjetas (D.O. L 317, 24/11/1998)

<sup>325</sup> Cfr. STS, de 16 de diciembre de 2009 (RJ 2010,702).

por tanto abusivas por imprecisas, inciertas, aquellas cláusulas que al referirse al plazo para comunicar la pérdida, establezcan fórmulas como: “de forma inmediata”; “urgentemente”; “de inmediato”, y “a la mayor brevedad”.

El comportamiento que interesa, es el de diligencia en la forma de actuar del cliente, y en el equilibrio entre las partes. Por parte de la entidad es vital que cuente con los medios accesibles al cliente, fáciles de utilizar y lo suficientemente ágiles como para emitir esa comunicación y recibirla en tiempo y forma, evitando la utilización fraudulenta de la tarjeta de crédito.

La limitación de responsabilidad entra dentro de los términos razonables de la cláusula al efecto, pero lo que hará que la cláusula sea abusiva, será el que no haya excepción alguna a esa limitación de responsabilidad, cargando sobre el cliente y consumidor en todo caso, la responsabilidad en cuanto a la pérdida o extravío de la tarjeta o medio de pago<sup>326</sup>.

También son consideradas abusivas, aquellas cláusulas que exoneren de responsabilidad absolutamente a la entidad bancaria en los supuestos de vulneración de la clave PIN de las tarjetas de crédito, así como aquellas que le eximen de responsabilidad a la entidad bancaria en los supuestos de averías, fallos mecánicos, caídas de línea, o cualquier otra contingencia ajena a la voluntad del banco.

En los supuestos de alteración o cesión del código PIN por coacción, amenaza, fuerza mayor, en la lógica probatoria debe ser quien la ha sufrido quien debe probarlo.

Nuestra jurisprudencia más reciente<sup>327</sup> entiende que la entidad dispone de los medios técnicos suficientes para detectar cuando una tarjeta de crédito ha sido manipulada en cuanto a la modificación del código de seguridad, además de tener la obligación de tener los medios de seguridad tanto física como electrónica en sus equipos electrónicos de dispensación de efectivo, que impidan la instalación de cámaras internas o sistema de retención de tarjetas al objeto grabar las claves que el cliente introduce y así poder clonar la tarjeta, en estos supuestos, evidentemente la responsabilidad del fraude es de la entidad bancaria.

---

<sup>326</sup> Cfr. ROY PÉREZ, C.; «El régimen de protección del consumidor de productos bancarios y financieros», RDM Enero-Marzo 2013, p.177.

<sup>327</sup> Cfr. STS, de 16 de diciembre de 2009 (RJ 2010,702).

5.4.2 Cláusulas que facultan a la entidad bancaria para resolver anticipadamente un préstamo bien por la imposibilidad de inscribir la hipoteca en el registro de la propiedad, bien porque el prestatario hubiera incumplido cualquiera de sus obligaciones

Estas cláusulas facultan a la entidad a resolver el contrato en el supuesto del enunciado<sup>328</sup>, pero debemos tener en cuenta que la responsabilidad de la no inscripción de la hipoteca, de la garantía real, en el registro de la propiedad, es más atribuible a la entidad financiera que al cliente, pues quien solicita la documentación, las verificaciones registrales, redacta la escritura, acude al fedatario público con el cliente, es la entidad financiera.

Le es exigible a la entidad un deber de diligencia profesional que evite un importante daño al cliente, pues la entrega de efectivo se produce simultáneamente a la firma del préstamo ante fedatario público, sino antes, y tras la entrega del efectivo, se llevan a cabo las inversiones que responden a la finalidad del préstamo, en la mayor parte de los casos, adquisición de viviendas.

La entidad puede acogerse, como así suele hacer, a la alegación de haber suscrito una condición resolutoria en el contrato de préstamo, y puede alegar, que el cliente está en su derecho de reclamar daños y perjuicios.

Las condiciones resolutorias evidentemente son legales, y se encuentran dentro del marco de la autonomía de la voluntad y libertad de pactos, pero no pueden ser de tal rigor, que solo se conceda esta facultad a la entidad financiera, y no en el mismo equilibrio a la otra parte.

El art. 80.2 del TRLGDCU, dispone que en caso de duda sobre el sentido de una cláusula, deba prevalecer la interpretación más favorable para el consumidor, lo que no parece adecuado con la interpretación de trasladar solo al consumidor la carga del riesgo de la entidad financiera<sup>329</sup>.

En consecuencia, una cláusula en la que se contemplara exclusivamente la facultad para resolver por parte de la entidad financiera en caso de no poderse inscribir el préstamo, sin hacer ningún tipo de mención o referencia a contraprestaciones para el consumidor, resultaría abusiva.

---

<sup>328</sup> Cfr. Art.85.4 y art. 1129 del CC

<sup>329</sup> Cfr. MORENO LISO, L.; «Nuevas soluciones para la protección del consumidor frente a los contratos bancarios», 2010, La Ley, nº 7514, pp.11 a 29.

Otra cuestión sería, y así lo plantea nuestro alto Tribunal, es que hiciera mención en la cláusula a la circunstancia que se resolverá el préstamo anticipadamente, si la causa de la no inscripción fuera imputable al prestatario.

El otro supuesto planteado, es el genérico en cuanto al vencimiento anticipado por incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales.

Como ya hemos comentado, la inclusión de una cláusula con condición resolutoria sobre una circunstancia en particular es perfectamente admisible, lo que choca contra la buena fe, equilibrio entre las partes y reciprocidad, es la inclusión de una cláusula absolutamente genérica e inconcreta, que atribuiría a una de las partes, en este caso, la entidad, ya de por sí parte con mayor peso en la relación jurídica, una capacidad desorbitada para dirigir la relación contractual, y encontrarse el consumidor al arbitrio y capricho de cómo entiende la contraparte la relación jurídica.

El art. 1124 del CC es claro en cuanto al incumplimiento de las obligaciones, permitiendo al perjudicado escoger entre el cumplimiento de la obligación, o la resolución de la relación contractual con el abono de la indemnización de daños y perjuicios.

El art. 693.2 de la LEC prevé la posibilidad de resolución de las obligaciones, limitando a un determinado plazo, tres meses, el periodo de tiempo que permitiría resolver el contrato, pero siempre y cuando se hubiera incluido esta posibilidad en el contrato.

Nuestra jurisprudencia<sup>330</sup> en sentencias de referencia en esta materia, opta por la consideración de considerar válidas las cláusulas que permiten resolver anticipadamente un préstamo, pero por razones evidentes: no son genéricas, no es cualquier obligación, y se podría causar un grave perjuicio al prestamista.

Es admisible a juicio del alto Tribunal la cláusula de vencimiento anticipado<sup>331</sup>, en los supuestos de deterioro grave de la solvencia del prestatario, embargos de sus bienes, pérdida de capacidad para hacer frente al préstamo, pero en los supuestos de una situación de insolvencia y grave deterioro patrimonial en sede de derecho concursal, que sea declarada, y actual.

En sede de derecho concursal, más habitual en la empresa, el optar por el vencimiento anticipado y reclamar el total de préstamo solo podría hacerse en la fase

---

<sup>330</sup> Cfr. SAP Madrid, Sección 3ª, de 11 de mayo de 2005 (JUR 2005, 277300) y STS, de 16 de diciembre de 2009 (RJ 2010,702).

<sup>331</sup> Cfr. Art.1255 del CC

previa a la declaración de concurso de acreedores, pues tras la declaración de la situación de concurso, el préstamo se integraría en la deuda global de la concursada.

En los supuestos de insolvencia patrimonial del cliente bancario, que por circunstancias económicas sobrevenidas, resulta insolvente, la cancelación anticipada del préstamo no parece pueda considerarse abusiva pues ante la reclamación de la entidad prestamista, bien extrajudicial, bien judicial, puede proceder al pago, o bien convenir con la entidad un plan de pagos al objeto satisfacer la deuda.

#### 5.4.3 Cláusula que prohíbe el arrendamiento de la casa hipotecada

En la relación crediticia con garantía hipotecaria es frecuente que las entidades financieras establezcan cláusulas en las que se limite la posibilidad de arrendar la finca hipotecada, finca urbana habitualmente, o bien venderla, pero cuando la entidad financiera autorice la subrogación en el préstamo.

Tampoco es abusiva la cláusula que establece en caso de arrendamiento, un mínimo tanto en cuanto a plazo, que viene a ser de cinco años, como en cuanto a precio, al menos un 5% superior al tipo de subasta, pues de no limitarse el plazo, las posibilidades de adjudicación son complicadas, pues el adquirente, debe soportar la carga del arrendamiento.

Con estas limitaciones, lo que se consigue es que no se produzca pérdida de valor del bien, y que siga teniendo opciones de venta. Si sería abusiva la cláusula que estableciera la prohibición absoluta de arrendar la finca hipotecada<sup>332</sup>.

El arrendatario que lo fuera en una situación como las descritas, encuentra amparo y protección legal<sup>333</sup>, pudiendo permanecer en la vivienda hipotecada aún cuando esta resulte ejecutada y adjudicada a un nuevo propietario que deberá soportar el arrendamiento durante el período de tiempo que reste hasta la finalización del plazo de cinco años pactado con el anterior propietario.

#### 5.4.4 Incluir el pago de las costas procesales para el supuesto de ejecución hipotecaria

En la redacción de la minuta de préstamo hipotecario, es frecuente al describir la garantía el incluir junto con principal e intereses principales y de demora, una cantidad estimada para intereses y costas.

---

<sup>332</sup> Cfr. STS, de 16 de diciembre de 2009 (RJ 2010,702), en MORENO LISO, L.; «Nuevas soluciones para la protección del consumidor frente a los contratos bancarios», 2010, La Ley, nº 7514, pp.12 a 29.

<sup>333</sup> Cfr. Art. 13.1, Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos.

No puede considerarse abusivo, no perjudica al consumidor deudor ejecutado que no cumple con el préstamo hipotecario, y en suma, este importe de las costas pasa a integrar la deuda y se recupera para la entidad con la ejecución del bien hipotecado, salvo que el deudor principal, antes de la ejecución llegue a un acuerdo extrajudicial con la entidad, en el que no ha lugar a costas procesales algunas.

#### 5.4.5 Renuncia expresa a ser notificado por la entidad en los supuestos de cesión del préstamo

A tenor del TRLGDCU<sup>334</sup> este tipo de cláusula es abusiva, pues se le estaría privando al consumidor de la posibilidad de poder liberarse del crédito o deuda tal cual establece el art. 1527 del CC, y también se le privaría del derecho a la compensación del crédito a tenor de lo previsto en el art. 1198 del CC<sup>335</sup>.

Las sentencias comentadas, SAP de Madrid y TS<sup>336</sup>, si contemplan la posibilidad de incluir este tipo de cláusulas, pero con la oportuna matización en el sentido de que cuando el banco se reserva en exclusiva y unilateralmente estas facultades de modificación contractual e impone renunciaciones al prestatario, es evidente que esta imponiendo y limitando derechos del consumidor y privándole de derechos que la ley civil le otorgan, por lo que este tipo de cláusula en estos términos, es declarada nula por abusiva.

#### 5.4.6 Compensación de crédito con saldo a favor del deudor

Han sido muy frecuentes, y siguen vigentes en préstamos vivos, cláusulas en las que literalmente por parte de la entidad se dispone que la deuda resultante contra los titulares de un contrato de préstamo con la entidad, podrá ser compensada por el banco con cualesquiera otras posiciones acreedores que los titulares pudieran tener en la entidad, independientemente de los tipos de contratos o posiciones en que estén documentadas, e incluso en cuentas que figuren como único titular o con otros titulares<sup>337</sup>, solidaria o mancomunadamente.

Esta cláusula o condición es admisible, siempre y cuando tanto el titular del crédito, como el cotitular de las cuentas citadas conozcan y acepten esta posibilidad. Lo mismo ocurriría en las cuantas mancomunadas, solidarias o indistintas.

---

<sup>334</sup> Cfr. Art. 85.4 del TRLGDCU.

<sup>335</sup> Cfr. ROY PÉREZ, C.; «El régimen de protección del consumidor de productos bancarios y financieros», RDM Enero-Marzo 2013, p.179.

<sup>336</sup> Cfr. SAP Madrid, Sección 3<sup>a</sup>, de 11 de mayo de 2005 (JUR 2005, 277300) y STS, de 16 de diciembre de 2009 (RJ 2010,702)

<sup>337</sup> Cfr. Fundamento Séptimo, de la STS, de 16 de diciembre de 2009 (RJ 2010,702).

La cláusula debe ser transparente, claramente aceptada, debe haberse informado no solo al prestatario, sino a los cotitulares de las cuentas, que obligaciones asumen y que consecuencias se derivan del impago de cuotas del préstamo. De no reunir esta cláusula las características de clara, concisa, sencilla de entender, legible e informada, sería declarada nula por abusiva<sup>338</sup>.

#### 5.4.7 Cláusula de remisión genérica a las tarifas aprobadas por la entidad

Las entidades están obligadas a prestar información clara, sencilla y accesible en cuanto a las comisiones y tarifas que se aplican en las relaciones contractuales con sus clientes<sup>339</sup>, siendo el objetivo de la información la transparencia y proporcionalidad de sus términos, de forma que el consumidor pueda entender los motivos del coste de los servicios bancarios, máxime cuando durante la vida del contrato estas comisiones varían.

Así, en las operaciones de banca electrónica, y a tenor de lo dispuesto en la EHA/2899/2011 de 28 de octubre, la advertencia del coste de la transacción debe hacerse al inicio de la operación, dando la facilidad al cliente de poder no continuar con la operación una vez informado de las tarifas y comisiones a aplicar.

Este tipo de cláusulas de remisión genérica a las tarifas de la entidad son declaradas nulas por abusivas<sup>340</sup> conforme a lo previsto en el art. 80 del TRLGDCU.

#### 5.4.8 Cláusula por la que se determina e impone un fuero judicial al cliente para el supuesto de litigio

Es claro el TRLGDCU en cuanto a la abusividad de aquellas cláusulas que imponen un fuero distinto del que corresponde al domicilio del consumidor, al lugar de cumplimiento de las obligaciones o al de la radicación del bien, como aquellas cláusulas que impone un sistema de arbitraje distinto del de los órganos de arbitraje de consumo, así como la sumisión expresa a un derecho extranjero distinto del que fuera aplicable al consumidor por razón de domicilio o de cumplimiento de sus obligaciones.

La LEC en su art.54.2 y 3, es clara en el mismo sentido y no permite la sumisión expresa en contratos de adhesión o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes<sup>341</sup>.

---

<sup>338</sup> Cfr. Art. 85.3 del TRLGDCU.

<sup>339</sup> Cfr. Art. 80 del TRLGDCU y Art. 3 y 31 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

<sup>340</sup> Cfr. ROY PÉREZ, C.; «El régimen de protección del consumidor de productos bancarios y financieros», RDM Enero-Marzo 2013, p.179.



La remisión al arbitraje de un órgano distinto al de consumo, y radicado fuera del lugar donde el consumidor tiene su domicilio habitual, incluso también distinto del lugar donde esta radicada la sucursal o entidad financiera en la que se ha formalizado el contrato, debe considerarse abusiva, y declarar su nulidad.

En determinados contratos, como los suscritos para la suscripción de acciones preferentes, se ha incluido la cláusula de remisión al arbitraje para el supuesto de solución de conflictos entre las partes.

Con esta remisión, se han planteado cuestiones prejudiciales al presentar la demanda, toda vez que el tribunal del domicilio del consumidor tienen que declararse no competente por haber las partes convenido remitirse al arbitraje en otra provincia.

Es una práctica con una pretensión disuasoria cara a la presentación de reclamaciones judiciales, y que puede llegar a considerarse contraria a la buena fe, utilizando recursos procesales que el legislador no ha establecido con ese fin.

5.4.9 Cláusulas en las que se establece un reparto de responsabilidad entre cliente y banco, para el supuesto pagos de cheques que han sido robados, manipulados o falsificados

Para este supuesto (muy similar al de la pérdida o extravío de tarjetas de crédito), se considera abusiva la cláusula que exonerara totalmente a la entidad para el supuesto pagos de cheques que han sido robados, manipulados o falsificados mientras no se comunique el extravío<sup>342</sup>.

La declaración de abusividad se debe al darse una desproporción en el reparto de responsabilidades y por contravenir lo dispuesto en la Ley Cambiaria y del Cheque en su art. 156. El daño causado por el pago de un cheque falso o manipulado, será imputable al librado siempre y cuando el librador demuestre que ha sido diligente en la custodia.

En el supuesto de manipulación, alteración de firma y cantidad, si el librador ha sido diligente, la conducta a enjuiciar es la de la entidad pagadora del citado cheque, y en particular, si la misma ha cumplido con el deber de diligencia debido en cuanto a su obligación de verificar si el título que se presenta al pago esta correctamente firmado, la firma es del librador y el cheque cumple con todos los requisitos intrínsecos y extrínsecos.

---

<sup>341</sup> Cfr. MORENO LISO, L.; «Nuevas soluciones para la protección del consumidor frente a los contratos bancarios», 2010, La Ley. 7514, pp.14 a 29.

<sup>342</sup> Cfr. STS, de 16 de diciembre de 2009 (RJ 2010,702).

Si se demuestra que el librador ha sido negligente, no ha prestado la debida atención a la custodia y circulación de sus cheques, la responsabilidad debe asumirla el librador, lo que no excluye *per se* que la entidad bancaria quede exenta de responsabilidad si no ha sido diligente en el cumplimiento de sus obligaciones a la hora de atender el pago del cheque falsificado, pues cuenta con los medios suficientes para, si no impedir, si minimizar los riesgos de fraude.

Entraña esta situación un intenso proceso de prueba en sede judicial, incluso una vez declarada la abusividad de una cláusula exoneratoria total para la entidad.

Pensemos en la posibilidad de comunicar el extravío a sabiendas que ya hay cheques en circulación y el librador lo que pretende es cometer un fraude a la entidad.

Resultaría sencillo comunicar el robo, emitir los cheques, y llevarlos al cobro simultáneamente, con lo que podría generar un grave perjuicio a la entidad, y en parte, de no descubrirse el delito, estaría exento de responsabilidad toda vez que ha comunicado y formalizado la denuncia en cuanto al robo del talonario.

Dadas estas circunstancias la jurisprudencia referida entiende que la responsabilidad contractual o extracontractual es, incluso, apreciable de oficio, pudiéndose moderar la responsabilidad del banco y aminorar su obligación indemnizatoria, repartiendo el daño entre las partes: una de ellas por no haber sido diligente y la otra, la entidad, por no haber cumplido con su deber de diligencia debida<sup>343</sup>.

#### 5.4.10 Cláusulas abusivas por intereses de demora desproporcionados y cláusulas suelo en préstamos hipotecarios

En la determinación del tipo de interés en las operaciones de activo, el consumidor no interviene salvo excepciones muy determinadas, encontrándose que la cláusula en cuestión ha sido predispuesta por la entidad concedente del préstamo, redactada por la misma e incluida en el contrato junto con el resto de condiciones contractuales.

La cláusula referente a los intereses de demora por retraso en el pago de las cuotas, suscita la polémica y controversia lógica, dado que no hay un criterio uniforme en nuestra jurisprudencia, pues ya en sede de Primera Instancia, y al objeto unificar criterios de enjuiciamiento, se acordó en la Junta de Jueces de Primera Instancia de Barcelona, 4 de abril de 2013, que para el supuesto de préstamos hipotecarios se puede considerar abusivo el interés de demora, cuando es superior a 2,5 veces el

---

<sup>343</sup> Cfr. MORENO LISO, L.; «Nuevas soluciones para la protección del consumidor frente a los contratos bancarios», 2010, La Ley nº 7514, pp.16 a 29.

interés legal del dinero tomando como fecha de referencia el del día de la contratación, salvo si el interés remuneratorio es superior a dicho límite, en cuyo caso se estimará abusivo el interés de demora aplicado cuando supera en dos puntos el remuneratorio<sup>344</sup>.

Si bien puede aceptarse dentro del principio de la libertad de pactos, que se establezca una cláusula de este tenor, de contrario, no puede aceptarse una cláusula que imponga a la otra parte, consumidor, una indemnización o compensación desproporcionadamente alta para el supuesto que no cumpliera o se retrasara en el cumplimiento de sus obligaciones<sup>345</sup>.

Para determinar el carácter abusivo de una cláusula de este tenor debemos tener en cuenta la claridad con que se expresa nuestro legislador en el art. 82.3 del TRLGDCU, pues en este artículo se vertebra la estructura del análisis a seguir ante un supuesta cláusula abusiva, debiendo tener en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios del contrato así como las circunstancias que acontecían en el momento de la celebración del mismo, así como de otro contrato vinculado del que pudiera depender o estar relacionado. De inicio no puede considerarse abusiva una cláusula en la que el interés de demora sea superior al interés legal del dinero<sup>346</sup>.

Para los créditos que se concedan en descubierto, esto es, excedidos en el saldo de cuenta corriente la legislación de crédito al consumo (LCC) claramente limita que el interés de demora por descubierto en cuenta corriente no puede ser superior a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero, tal y como dispone el art. 20.4 de la LCC

Evidentemente no contamos con disposición clara y determinante, que cuantifique el tipo de interés de demora aplicable a las operaciones crediticias, pues parece lógico que nuestro legislador evite normar en exceso las relaciones contractuales entre entidades y clientes o consumidores.

La labor del legislador debe ser proteccionista y tuteladora, vigilante en cuanto al cumplimiento de las normas de transparencia, legislación de consumo y la sectorial, pero no puede contravenir el principio de libertad de pactos proclamado por el art. 1255 del CC, ni sustituir la voluntad de una de las partes.

---

<sup>344</sup> Cfr. ACHÓN BRUÑEN, M. J.; «Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales», 2013, La Ley, nº 8127, pp. 2 a 4.

<sup>345</sup> Cfr. Art. 85.6 del TRLGDCU.

<sup>346</sup> Cfr. STS de 2 de octubre de 2001 (RJ 2001,7141), y STS de 26 de octubre de 2011 (RJ 2012, 1126).

Serán nuestros Tribunales los encargados de valorar ante una determinada reclamación, todas las circunstancias que rodean la relación jurídica establecida entre las partes.

Para poder determinar si el interés de demora acordado es desorbitado, tendrá que retrotraerse al momento y circunstancia en que las partes suscribieron el contrato, que tipo de interés era el común aceptado en el sector, cual ha sido el cumplimiento de las amortizaciones del préstamo, como ha actuado la entidad bancaria en cuanto a cumplimiento de normas de transparencia y demás normas sectoriales, como ha sido la información facilitada al cliente, en definitiva, debe recabar información y sopesar la circunstancias, para determinar que en efecto de ha habido una imposición desproporcionadamente alta en cuanto al tipo de interés de demora aplicado<sup>347</sup>, calificando la cláusula como abusiva, y declarando la nulidad de la cláusula.

En cuanto a las cláusulas suelo<sup>348</sup> y techo, ya definidas como aquellas que acotan al alza o a la baja las variaciones del tipo de interés en los contratos de préstamo suscrito a interés variable, nos encontramos con una importante divergencia jurisprudencial a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013<sup>349</sup> en cuanto a si nuestro ordenamiento jurídico admite o no el control de contenido de estas cláusulas, como elementos esenciales del contrato, y también, si se consideran o no estas cláusulas elementos esenciales del contrato al formar parte del precio<sup>350</sup>.

El motivo de esta incesante cascada de sentencias, y discusiones doctrinales, no es otro, en resumen, que la conciliación entre la protección del consumidor y la salvaguarda de los legítimos intereses de la actividad empresarial, banca, junto con la libertad contractual.

En la contratación bancaria especialmente, la situación en que las partes contratantes se posicionan, es absolutamente asimétrica<sup>351</sup> tanto en la capacidad de negociación como a nivel de información, lo que le hace adherirse a condiciones redactadas de antemano y ante las cuales en poco o nada puede influir, máxime cuando la necesidad de financiación precipita su capacidad de decisión.

---

<sup>347</sup> Cfr. ROY PÉREZ, C.; «El régimen de protección del consumidor de productos bancarios y financieros», RDM, Enero-Marzo 2013, p.183.

<sup>348</sup> Cfr. Título III, apartado 2.3.2, B), n° 1.c) de este trabajo, y AZPARREN LUCAS, A.; «Protección de los consumidores en los contratos bancarios: especial referencia a la cláusula suelo», II Jornadas sobre productos bancarios-Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, 2013, pp.6 y ss.

<sup>349</sup> Cfr. STS de 9 de mayo de 2013, Recurso: 485/2012, N° de Resolución: 41/2013 (en adelante STS de 9 de mayo de 2013).

<sup>350</sup> Cfr. ROY PÉREZ, C.; «El régimen de protección del consumidor de productos bancarios y financieros», RDM Enero-Marzo 2013, p.183.

<sup>351</sup> Cfr. Apto. 108 de la STS de 9 de mayo de 2013.

La jurisprudencia y la doctrina, no coinciden necesariamente en cuanto a las dudas planteadas en cuanto al control de estas cláusulas en función de cómo sean calificadas, si como esenciales o accesorias.

La cuestión de fondo es que nuestro legislador no ha facilitado el camino, no ha dispuesto sobre el particular y no tenemos disposición expresa en ese sentido, en cuanto al control del precio, como cláusula esencial, y el control de adecuación al servicio o producto recibido.

La Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU, y otras leyes complementarias, da nueva redacción al art. 83 del TRLGDCU, estableciendo que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho, y se tendrán por no puestas; y el juez, previa audiencia de las partes declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato.

Ha sido un excelente momento para determinar los efectos de la nulidad de las cláusulas, *ex nunc o ex tunc*, lo que hubiera evitado nuevas divergencias, que a la postre, se traducen en incertidumbre e inseguridad jurídica, salvo que entendamos es labor del juez, y con casi toda seguridad, en función del *suplico* de la demanda, previa declaración de acumulación de acciones, declarativa de nulidad de la cláusula suelo por abusiva, y de cantidad por lo indebidamente cobrado, al encabezamiento de la demanda.

La doctrina del Tribunal Supremo, tampoco nos ayuda, contraponiéndose en sentencias muy próximas en el tiempo<sup>352</sup>, de un lado parece admitir ese control, y de otro en la reciente STS de 18 de junio de 2012<sup>353</sup>, se opone a ello.

La reciente STS de 9 de mayo de 2013, es clara al posicionarse a favor de la tesis de considerar las cláusulas suelo como parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, lo que puede definir las como objeto principal del contrato, y no pudiendo calificarse de cláusulas accesorias.

Las cláusulas suelo forman parte del precio, pues el cuánto se pagará, y el cómo, se determina en las mismas, producto de la negociación de las partes, y siendo así no puede examinarse la abusividad de su contenido, lo que no obsta, que llegado el momento deba analizarse el equilibrio entre las partes, las condiciones impuestas, así como someterse a los oportunos controles de transparencia.

---

<sup>352</sup> Cfr. SSTs de 4 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 8021) y STS de 2 de marzo de 2011 (RJ 2011, 1833).

<sup>353</sup> Cfr. STS de 18 de junio de 2012, Sala I, Sentencia 406/2012 (RC 46/2010).

Para valorar y declarar abusiva una cláusula, debemos tener en cuenta tanto la LCGC como el TRLGDCU básicamente, pues serán cláusulas predispuestas por una de las partes, condiciones generales de la contratación, y no haber sido negociadas individualmente, pero bien sabemos que la abusividad no solo se declara en condiciones generales de la contratación, sino también en cuanto otro tipo de disposiciones incluidas en los contratos.

Que una cláusula sea transparente, clara y comprensible, no supone que beneficie al consumidor, pues si es de las que se refieren al objeto principal del contrato, escapan del control de abusividad. En cambio si esas cláusulas no se refieren al objeto principal del contrato, pese a ser claras y comprensibles, si pueden ser sometidas al control de abusividad. Podemos encontrarnos también con cláusulas que no son transparentes, y no necesariamente producen desequilibrio en los derechos del consumidor.

Los controles de transparencia y concreción, como exigencia legal, permiten analizar una cláusula como la referida al tipo de interés, y poder declararla abusiva, pese a ser condición esencial del contrato.

Si la cláusula esencial, esta enmascarada junto con múltiples accesorias, de tal forma que no es comprensible ni transparente al consumidor, la esencialidad de la cláusula no deviene en que por este motivo ya no pueda entrarse a su control, pues de contrario, se produciría una situación de absoluta indefensión ante la entidad que sin así advertirlo ha incluido en remotos apartados del contrato elementos esenciales.

Para el supuesto de no cumplir la entidad bancaria con las exigencias de transparencia, y comprensión real, exigidas tanto por la LCGC como por el TRLGDCU, y en particular para declarar abusiva una cláusula suelo o techo, nuestro Tribunal Supremo, en la citada sentencia de referencia de 9 de mayo de 2013, facilita unos criterios uniformes que no son sino reflejo de lo dispuesto en el art.82.1 del TRLGDCU:

-que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin haber sido negociadas individualmente

-que siendo contrarias a la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato y

-que el desequilibrio perjudique al consumidor.

El momento en que debe valorarse la posibilidad de abusividad de una cláusula es de la celebración del contrato, atendiendo a las circunstancias concurrentes en la

celebración del mismo, así como las demás cláusulas que en el contrato se incluyen, atendiendo a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato.

De los textos normativos citados los elementos básicos para determinar el carácter abusivo de una cláusula en contratos con consumidores serán:

- que las estipulaciones hayan sido predispuestas, no negociadas individualmente
- que sean prácticas contrarias a las exigencias de la buena fe, y
- que se cause un desequilibrio importante de derechos y obligaciones.

Tanto la jurisprudencia del TS, como la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril, traspuesta por la LCGC, y el TRLGDCU, nada aclaran en cuanto a que debe entenderse por "desequilibrio importante contrario a la buena fe".

Debemos entender que nuevamente será la jurisprudencia la que deba asumir ese cometido de interpretación.

La práctica bancaria en toda su operatividad, tanto presencial como a distancia, no está excluida de la aplicación de la LCD, y es este texto normativo el que nos facilitará el camino para determinar y entender que prácticas y modos de actuación en el sector financiero, no son leales y contrarios a la buena fe.

El art. 4, de la LCD en su número 1 establece que se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a la buena fe, y en el ámbito de las relaciones con los consumidores y usuarios, es contrario a la buena fe un comportamiento alejado del deber de diligencia profesional que le es exigible a la entidad financiera.

Se norma y se prohíben las prácticas comerciales desleales, esto es, distorsionar el comportamiento económico del consumidor utilizando medios, informaciones o cláusulas que puedan mermar su capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa.

Las irregularidades en la oferta de productos y servicios bancarios y financieros, así como de la información a facilitar al consumidor, quedan sometidas a la Directiva 2005/29/CE del Parlamento europeo y del consejo de 11 de mayo, y obviamente a la Ley 29/2009 de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuario, y que transpone la Directiva 2005/29/CE de 11 de mayo y la Directiva 2006/114/CE del Parlamento europeo y del consejo de 12 de diciembre.

En suma, la LCD es un medio esencial en la calificación sobre la posible abusividad de una cláusula inserta en un contrato bancario, siendo determinante atender a las circunstancias en el momento en que se ha celebrado el contrato y las técnicas empleadas para comercializar el producto o servicio bancario.

Para la redacción de los contratos, y como mala práctica, se emplean redacciones complejas de las cláusulas y enmascarándolas entre el resto de cláusulas del contrato, de menor trascendencia, en cierto modo bloqueando la capacidad comprensiva del consumidor que no ha recabado en el contenido de todo el clausulado<sup>354</sup>, y que como es frecuente en la práctica, poco tiene que opinar sobre el clausulado, dado que la oposición a una cláusula esencial como es la cláusula suelo, hará inviable que le concedan el préstamo.

El comportamiento leal en la relación profesional se da por asumido y exigido por el mero hecho de ser profesional, empresario que acude al mercado a libremente comercializar productos o servicios, como es en el sector financiero, producto o servicios bancarios.

Como proclama la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) de 14 de marzo de 2013<sup>355</sup>, para poder valorar si ha existido importante desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, y comportamiento contrario a la buena fe, se establece la recomendación al juez nacional en el sentido de que debe comprobar si el profesional podía estimar razonablemente, que, tratando de manera leal y equitativa con el contratante consumidor en el marco de una negociación individual, y explicándole los pros y contras de la misma, éste hubiera firmado tal disposición.

En el ámbito de las cláusulas suelo, nuestro Tribunal Supremo entiende en la sentencia de 9 de mayo de 2013, que para determinar el desequilibrio entre las partes debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos de interés, pues en las cláusulas suelo, tal y como están diseñadas por las entidades financieras, son de facto cláusulas de interés fijo, aunque al cliente se le comercialicen como de interés variable.

Tal es así, que las oscilaciones a la baja, siempre frustran las expectativas del consumidor de beneficiarse de una posible bajada de tipos, y en cambio, cuando los tipos de interés suben el beneficiado sigue siendo el banco, y el consumidor ve incrementado su tipo de interés.

---

<sup>354</sup> Cfr. AVILÉS GARCÍA, J.; «La interferencia de los usos y las prácticas abusivas en la responsabilidad civil», Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro, nº 7, Julio-Agosto 2014, pp. 16 a 19.

<sup>355</sup> Cfr. STJUE de 14 de marzo de 2013, caso Aziz.



A tenor de la LCD, determinados comportamiento en cuanto a la falta de información, falta de transparencia y claridad, podríamos calificarlo de comportamientos desleales, actos de engaño del art. 5 de la LCD

Debemos en consecuencia atender no solo a los comportamientos y ámbito objetivo del TRLGDCU y LCGC, sino también a la normativa de competencia desleal, y determinar que una cláusula es abusiva, como la del tipo de interés estudiada, cuando se dan las circunstancias de no ser claras ni transparentes, haber sido predispuesta y no negociada individualmente, prácticas contrarias a la buena fe, que causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes, que por la naturaleza de los bienes nos permita determinar la importancia en la relación jurídica, y las circunstancias que se dieron en el momento de suscribir la cláusula.

Las cláusulas suelo son absolutamente lícitas, pero siempre que su transparencia permita al consumidor identificarla como definitoria del objeto del contrato, objeto principal, y conocer cual es el reparto de riesgo real entre las partes.

Pero no solo eso, debe haber sido informado de manera clara, con diversos supuestos fácticos, como se va a comportar al menos en el más corto plazo venidero, el tipo de referencia, al menos de manera aproximada.

Debe indicársele al consumidor, que si se ha pactado por ejemplo un tipo del 3%, y un techo del 5%, la variación de tipos para él va a estar más entre el 3 y el 5 %, al alza, que por debajo del tres, que es el que la entidad ha impuesto realmente, y que deviene en un interés fijo, pues será muy extraño que el euríbor, baje más de 2 puntos<sup>356</sup>, o bien de producirse variaciones a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible.

La transparencia en consecuencia determinará la calificación de la cláusula.

Nuestro alto Tribunal en la sentencia reciente de 8 de septiembre de 2014<sup>357</sup>, introduce un concepto en cierto modo novedoso, a falta de poder aplicar el criterio de abusividad por falta de reciprocidad que ya la sentencia citada de 9 de mayo de 2013 había establecido.

Se va a referir el Tribunal Supremo en esta sentencia, a lo que denomina transparencia real para acordar la abusividad de la cláusula suelo, y en base a ello acordar su nulidad, por falta de transparencia.

---

<sup>356</sup> Cfr.: STS de 9 de mayo de 2013, Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil Sede: Madrid Sección: 991 N° de Recurso: 485/2012 N° de Resolución: 41/2013. STS de 9 de mayo de 2013, ROJ STS 1916/2013.

<sup>357</sup> Cfr. STS de 8 de septiembre de 2014, sala de lo civil, recurso 1217/2013, ROJ 3903/2014.

No es suficiente que la cláusula suelo, y la limitación de intereses esté incluida en el contrato y en la oferta precontractual y resaltada en negrita. Este elemento diferenciador, la denominada transparencia real, operará en consecuencia:

“...como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato”, STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014).<sup>358</sup>

Si bien la sentencia acoge este criterio de transparencia real, sigue manteniendo la línea y posición de su anterior pronunciamiento en la sentencia de 9 de mayo de 2013 en cuanto a recoger la misma la teoría del doble control de abusividad, reflejado en el control de equilibrio de prestaciones como control de transparencia de las cláusulas.

Entendemos que este nuevo posicionamiento jurisprudencial supone en cierto modo reforzar las garantías de los consumidores, particularmente en la contratación bancaria con condiciones generales y contratos seriados, y en los que el control de transparencia no debe limitarse al cumplimiento formalista de las condiciones impuestas, sino que se exige al predisponente algo más.

La cláusula suelo, esto es, la que determina el tipo de interés, se encuentra obviamente en el contrato y determina el tipo de interés, reúne los requisitos formales, pero esta dispuesta de tal forma que el usuario no es capaz de manera fácil y comprensible de entender su operatividad, ni el predisponente tampoco presenta simulaciones en cuanto al modo de operar la citada cláusula, pues de haberlo hecho, en no pocas ocasiones no se hubiera firmado el préstamo o al menos se hubiera negociado la forma de modular el tipo de interés.

El predisponente tiene unos especiales deberes de configuración contractual en orden al equilibrio prestacional y a la comprensibilidad real de las condiciones contractuales como mantiene también la jurisprudencia del alto Tribunal europeo, afirmando que:

---

<sup>358</sup>Cfr. STS 8 de septiembre 2014, fundamento 6; Centro de Estudios de Consumo, [https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/notas\\_jurisprudenciales](https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/notas_jurisprudenciales), consultado el 16 de diciembre de 2014. STS 8 de septiembre 2014.

"El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo"<sup>359</sup>.

En la sentencia citada de 8 de septiembre de 2014, el Tribunal Supremo, al acordar la abusividad de las cláusulas suelo recurridas, afirma que uno de los argumentos que le inclinan para acordar la abusividad de la cláusula suelo, es la ausencia de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés mínimo en el momento de la contratación, de tal modo que el consumidor pueda formarse una idea real antes de emitir el consentimiento.

Es argumento de oposición esgrimido por el predisponente, el hecho de haber sido firmada la póliza de préstamo ante notario y contar con el borrador previo a la firma, al objeto el consumidor conozca con antelación suficiente el contenido y significado de las cláusulas.

Nuestro alto Tribunal, no duda de la intervención garantista del fedatario público, pero su intervención en si misma, no reviste garantía suficiente en cuanto a la validez de la cláusula suelo. La firma ante notario, no excluye el deber de transparencia real que debe presidir la relación contractual entre las partes.

Podemos preguntarnos si es dable la aplicación de la LCD en cuanto al comportamiento del predisponente al redactar y ubicar las cláusulas relativas al tipo de interés, en contratos con consumidores, como son los contratos bancarios.

Entendemos que la respuesta debe ser afirmativa en cuanto a considerar desleal como comportamiento contrario a las exigencias de la buena fe, el del predisponente (banco en la práctica habitual) que ubica y redacta dentro del contrato de préstamo la cláusula del tipo de interés, de tal forma que no favorece la claridad y comprensión real de las implicaciones económicas que para el consumidor se derivan.

---

<sup>359</sup> Cfr. STJUE de 30 de abril de 2014 (C-26/13).

Contraviene el predisponente lo dispuesto en el art. 4.1, II de la LCD en cuanto a emplear unas prácticas que distorsionan de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio.

## **6 Prácticas abusivas y prácticas comerciales desleales**

### **6.1 Prácticas abusivas**

#### 6.1.1 Concepto

La Ley 44/2006 de 29 de diciembre sobre mejora de la protección de los consumidores y usuarios (LMPCU en adelante) introduce mejoras en la legislación de consumo que nos plantearán problemas de interpretación y que analizaremos a continuación.

El concepto de cláusulas abusivas no es hermético, pues en su seno se incluirán las denominadas prácticas no consentidas expresamente que incurran en abusividad.

En el TRLGDCU no se definen expresamente, se incluyen en el art. 82.1 al considerar como cláusulas abusivas aquellas practicas no consentidas expresamente: “Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas practicas no consentidas expresamente...” .

Las prácticas abusivas se caracterizarán por ser prácticas habituales en el ámbito del sector de la contratación de que se trate, usos o modos de actuar.

-no han sido consentidas expresamente

-se aceptan tácitamente, y

-son abusivas cuando contra las exigencias de la buena fe, al aplicarse causen en perjuicio del consumidor y usuario un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

En la discusión del Proyecto y del Anteproyecto de la Ley de Mejora y Protección de Consumidores y Usuarios (LMPCU), en el trámite del Consejo de Estado, éste retoma las posturas de los departamentos proponentes que mantienen la posición de, con el término de “prácticas contractuales”<sup>360</sup> se pretende equiparar el tratamiento de las cláusulas o estipulaciones abusivas, con las prácticas que sin figurar en el documento contractual, tienen el mismo alcance.

---

<sup>360</sup> Cfr. BALLUGERA GOMEZ, C.; «Prácticas abusivas, información, integración contractual y regla contra proferentem», 2007, Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías (RDNT), p.19.

No parece afortunada tal equiparación, como afirma el Consejo de Estado, pues las prácticas son usos, modos, pautas de comportamiento o proceder, pero no cláusulas propiamente dichas.

Las prácticas se caracterizan por:

- no se formulan en el contrato
- son usos contractuales
- no son objeto de negociación, y
- son consentidas tácitamente.

En cuanto a la característica de ser usos contractuales, se plantea la discusión de antiguo en cuanto a si prevalece el uso mercantil a la ley dispositiva.

Una postura doctrinal basaba la prevalencia de los usos a la ley dispositiva, en cuanto era el resultado de la voluntad de las partes; Oertmann, defendió lo contrario<sup>361</sup> y su postura se mantuvo, resultando de otro modo más garantista; los usos no pueden sacrificar los contenidos de justicia de la ley.

El principio de libertad contractual es sobre el que se asientan las diferentes posturas mantenidas en cuanto a la prevalencia de los usos frente a la ley dispositiva.

La postura de hacer prevalecer el principio de libertad contractual, ha dado lugar a una postura de dualidad, diversidad de normas dispositivas, de tal manera que la ley retrocede ante cualquier pacto en contrario, y otras disposiciones solo cedían ante pactos individuales, pero no ante los usos mercantiles por ser estos de carácter general.

El legislador se refiere a “prácticas”, con todas sus características, sin hacer mención expresa a “usos”, dado que es un rasgo definitorio de las prácticas, y se inclina por asimilar los usos a las cláusulas abusivas, aplicando las mismas exigencias en cuanto a su carácter abusivo (arts. 85 al 91 del TRLGDCU) aunque por el predisponente se pretenda dotarlos de carácter meramente interpretativo, cuando no es así, suponiendo una auténtica cláusula no escrita.

#### 6.1.2 Prácticas abusivas y cláusulas abusivas

---

<sup>361</sup> Cfr. MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.; «Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamento vigentes en España y en la Unión Europea», en referencia a la postura doctrinal de este autor, 2011, p.713.

La reforma operada por la LMPCU equipara el concepto de cláusula abusiva con el de práctica abusiva, siendo común en ambas, para ser consideradas abusivas, el de causar un desequilibrio importante en la relación jurídica entre las partes en perjuicio del consumidor, siendo contrarias tanto las unas como las otras al principio de buena fe objetiva<sup>362</sup>.

Las prácticas comerciales, no siendo cláusulas contractuales operan como tales tanto al inicio, durante y al final del contrato, incidiendo en la formalización y ejecución del mismo, siendo consentidas tácitamente por el adherente, no figurando en el contrato, y comportándose como la práctica comercial exige.

El predisponente, no impone comportamientos, invita e informa al adherente en cuanto a las prácticas comerciales relativas al negocio en que se desarrollará el contrato.

Su comportamiento *per se* no es un proceder abusivo, solo si se dieran los presupuestos establecidos en el art. 83 del TRLGDCU, y leyes sectoriales que así lo determinen como la LCD en su art.4.; así, entre otras, serán circunstancias que determinarán la abusividad, el imponer al consumidor obstáculos desproporcionados en el ejercicio de sus derechos contractuales, requerir su presencia para trámites contractuales, obligarle a comunicarse no personalmente sino a través de canales automatizados.

Consideraremos en consecuencia, prácticas abusivas en la contratación con consumidores, a aquellas que sin figurar en el contrato expresamente, imponen al consumidor un comportamiento, que de verse reflejado en el contrato, sería considerado como cláusula abusiva.<sup>363</sup>

### 6.1.3 El consentimiento

No nos referimos al consentimiento contractual propiamente dicho del art. 1262 y ss. del CC, sino al consentimiento en cuanto al empleo de prácticas comerciales en la

---

<sup>362</sup> Cfr. BALLUGERA GOMEZ, C.; «Prácticas abusivas, información, integración contractual y regla contra proferentem», 2007, Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías (RDNT), p.23.

<sup>363</sup> Cfr. BALLUGERA GOMEZ, C.; «Prácticas abusivas, información, integración contractual y regla contra proferentem», 2007, Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías (RDNT), p.25.

relación contractual, y especialmente en los contratos por adhesión en los que habitualmente se darán.

En las prácticas comerciales, al no figurar en el contrato, no puede haber una manifestación de voluntad expresa en cuanto al contenido de las mismas, de un comportamiento, pese a que las prácticas formen parte del contrato.

Las prácticas se aplican, se consiente en ellas y lo que comportan, pero no se manifiesta el consentimiento de forma expresa. Las prácticas, son “toleradas”, admitidas tácitamente.

Son consentidas y aceptadas en el ámbito en el que la relación comercial se desarrolla, empleándose usos y modos de comercio *ad hoc* y que si bien no son consentidos expresamente, se utilizan en el mercado.

Bien es cierto que nuestro CC proclama en el art. 1254 la libertad contractual, como el art. 1255 la libertad obligacional y el art. 1262 se refiere al consentimiento en la relación contractual, pero si bien se establecen estos pilares para el ejercicio de la actividad entre los contratantes, no es menos cierto que ya el art. 1255 si bien establece la libertad de pactos, lo hace, siempre y cuando los mismos no sean contrarios a la moral ni al orden público.

Las prácticas comerciales, podrán ser calificadas igualmente de abusivas a tenor de lo dispuesto en el art. 82.1 del TRLGDCU, que las asimila a las cláusulas abusivas en este sentido.

La práctica será abusiva cuando el predisponente incumple la práctica, y genera una situación de desequilibrio en la relación contractual imponiendo al adherente comportamientos que exceden de lo pactado y de la práctica comercial.

No será infrecuente que el predisponente ante una práctica comercial abusiva, demande del adherente consentimiento expreso a la misma y poder incluirla en el contrato como cláusula, pues de esta manera, sí esta bajo control, evitando demostrar que estaba incumpliendo una práctica, y absteniéndose en lo sucesivo de comportamientos abusivos una vez que ha conseguido la inclusión de la práctica como cláusula<sup>364</sup>. Entendemos, no obstante, que si esa inclusión llegara a producirse, nada obsta poder atacar la validez de esa cláusula si se demuestra su abusividad.

---

<sup>364</sup> Cfr. BALLUGERA GOMEZ, C.; «Prácticas abusivas, información, integración contractual y regla contra proferentem», 2007, Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías (RDNT), p.26.

No existe un consentimiento tácito en cuanto a admitir las prácticas, sino un comportamiento pasivo del consumidor, no tiene otra opción si desea contratar en ese supuesto concreto. El predisponente le impone una conducta, no consiente tácitamente.

Las prácticas contempladas en el texto legal, art. 82.1 del TRLGDCU, son prácticas no consentidas expresamente.

Para consentir, el predisponente en la información precontractual debería informar sobre las mismas al adherente, y este admitir o aceptar.

#### 6.1.4 La abusividad de las prácticas

Las prácticas no son abusivas *per se*, la abusividad deviene del modo en el que el predisponente pretende se ejecuten y de la forma en que se han comunicado al adherente.

El art. 83.1 del TRLGDCU se refiere, al declarar la abusividad, a que las citadas prácticas, no consentidas expresamente, causen un importante desequilibrio en el ejercicio de derechos y cumplimiento de obligaciones entre las partes.

No obstante, existe otra característica delatadora de la abusividad de las prácticas, como es la falta, o limitada, información facilitada al adherente en cuanto a las mismas, y que este hecho suponga, o genere, desequilibrio importante en las prestaciones entre las partes.

No es la ausencia de información, o limitada información, lo que determinará la abusividad de la práctica, sino la relación de causalidad entre esa carencia de información y la firma del contrato, de tal forma que de haber conocido el adherente las características de la práctica, no hubiera firmado el contrato.

En la contratación de servicios financieros, y en particular en cuanto a la fijación de tipos de interés y modificaciones del tipo por variaciones de los índices pactados, se exige a la entidad informar sobre los cambios o variaciones como contempla el art. 85.3, II del TRLGDCU pese a que ya estén pactados, y si se exige lo más evidente, el deber de información precontractual.

En consecuencia, las prácticas para calificarlas de abusivas, deben no haber sido negociadas expresamente, contrarias a la exigencias de la buena fe, generar desequilibrio importante entre las partes y no haber sido facilitadas, informado sobre las mismas al adherente en la fase precontractual.

#### 6.1.5 Conclusión



En la sociedad de consumo moderna, donde las nuevas tecnologías imperan y cada vez más y alejan al consumidor de la presencia física con el oferente, el legislador se ve obligado a un continuo proceso de adaptación al ordenamiento jurídico nacional de todas aquellas Directivas de la comunidad europea que regulan y se adaptan a la evolución del mercado.

En las relaciones contractuales que operan en la sociedad de consumo con consumidores, éste, no puede determinar ni intervenir en la redacción del contrato a suscribir, que será habitualmente un contrato de adhesión<sup>365</sup>.

El consumidor, contratante, se adhiere o no, es mero observador y al menos debe estar suficientemente informado tanto del objeto del contrato como de todas aquellas prácticas que no constando en el mismo, se van a aplicar. Su única alternativa, ante la falta de información y el importante desequilibrio que suponen la aplicación de determinadas cláusulas y la aplicación de prácticas comerciales concretas en el sector comercial en el que se encuentra inmersa la relación contractual, es la de no contratar.

Ante esta opción finalista y cerrada de sustraerse a la contratación por la carencia de información, el legislador mantiene un esfuerzo vivo y prolijo en cuanto a cada vez más cerrar el anillo legislativo que abarque no solo la legislación de consumo, sino como no, la competencia desleal con la LCD.

El esfuerzo del legislador va dirigido a facilitar el buen funcionamiento del mercado, que aunque aparentemente no sea el objetivo de los textos legislativos específicos (TRLGDCU, LCD, LMPCU), de facto, si van dirigidos a conseguir un buen funcionamiento del mismo.

No debemos entender la legislación de consumo como personalizada en el consumidor, tiene vocación universal, de mercado, con un fin de mejora y garantista del mismo.

La legislación de consumo tiene claro afán proteccionista del consumidor, la parte más débil en la relación jurídica. Se favorecen nuevos canales de contratación, más seguros y más garantista, pero si esto es cierto, obviamente no se puede encorsetar el comportamiento empresarial hasta límites que van más allá de lo dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico.

---

<sup>365</sup> Cfr. MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.; «Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamento vigentes en España y en la Unión Europea», 2011, p.716.

En la misma línea que la legislación de consumo, y entendemos solapado a ella, el Derecho competencial interviene de igual manera en el mercado, con una visión global: un mercado leal, diligente, es un mercado sano, eficiente, en el que el consumidor cuenta con suficientes garantías que mejoran y facilitan su actividad. Derecho de consumo y Derecho competencial van íntimamente unidos en las relaciones contractuales.

Es deseable que la vocación de nuestro legislador vaya dirigida hacia un texto único de consumo, lo que parece ser un futuro no muy lejano, a tenor de los esfuerzos tanto nacionales, con la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de contratos y obligaciones (en adelante PMCC), la Propuesta de nuevo Código Mercantil (PCM), como internacionales en el marco europeo, como es el Marco común de referencia (DCFR) capaz de englobar en gran medida, sino en su totalidad, las incidencias que suscita la contratación con consumidores.

En esta línea, y en cuanto a la materia específica de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores, países de nuestro ámbito cultural y político, optaron por un criterio práctico y garantista, así el legislador francés optó por trasponer la Directiva 2002/65/CE en el Código de Consumo (*Code de la Consommation*, arts. L 121-16 y ss).

En Alemania, en el año 2001 y con clara vocación de seguridad jurídica y actualización del Código Civil a las nuevas tecnologías, se incluye la regulación general de los contratos a distancia con consumidores en el Código civil (BGB). En el año 2004, se incluyó la regulación específica para los servicios financieros completando así la materia de contratación a distancia.

## **6.2 Prácticas comerciales desleales**

### 6.2.1 Concepto e interrelación de la legislación competencial con la legislación de consumo

Nos hemos referido a las prácticas en sentido genérico y enmarcadas en la actividad de la contratación con consumidores en la que lo habitual son los contratos por adhesión como modo de contratar.

Las prácticas comerciales serán abusivas cuando no hubieran sido consentidas expresamente, sean contrarias a la buena fe y causen un desequilibrio importante en el ejercicio de derechos y obligaciones de las partes.

En la LCD, en su art. 4.1 II, se describe un comportamiento similar al descrito en el TRLGDCU, haciendo referencia igualmente a comportamiento desleal como aquel

que objetivamente es contrario a la buena fe, y podemos afirmar que estamos ante una de las dos cláusulas generales que se describen en este artículo, y que hace referencia a las relaciones entre empresarios y profesionales<sup>366</sup>, es la buena fe objetiva.

Este art.4.1, II de la LCD facilita las claves para entender que es comportamiento desleal, y en consecuencia cuando considerar una práctica como desleal.

Determinar qué es contrario a “las exigencias de la buena fe”, que es comportamiento “leal” o “prácticas honestas”, el legislador lo describe en el segundo párrafo del número 1 del art. 4 del LCD, y es en este apartado donde se contempla la segunda cláusula general, prácticas honradas:

“En las relaciones con consumidores y usuarios...”, no se refiere a las relaciones entre empresarios y profesionales, sino a las relaciones de empresarios con consumidores, “...se entenderá contrario a la buena fe, el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida esta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio ...” (art. 4.1, II, de la LCD).

Al igual que para la legislación de consumo, art. 82.1 del TRLGDCU, es preciso que para ser consideradas abusivas las prácticas, éstas deben causar en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones entre las partes, para legislación competencial, en el art. 4.1, II de la LCD, para considerar desleal un comportamiento empresarial, contrario a las exigencia de la buena fe, es preciso que ese comportamiento del empresario sea capaz de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor.

Nuestro legislador al transponer la Directiva 2005/29/CE de 11 de mayo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior , opta por establecer como cláusula general única el principio general de buena fe, que es el enunciado del nº 1 del art. 4 de la LCD, separándose del criterio “dual” de la Directiva 2005/29/CE de 11 de mayo, que gira entorno al concepto de diligencia profesional, permitiendo se acuda por parte de los operadores jurídicos, tanto al concepto de “prácticas honestas” como al “principio general de la buena fe”.

---

<sup>366</sup> Cfr. AVILÉS GARCÍA, J.; «Usos y prácticas en la contratación de consumo después de la transposición de la normativa europea», 2014, Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil nº 5/2014, p.6.

Si bien es cierto que nuestro legislador opta por mantener el principio de buena fe como cláusula general, no lo es menos, que este art. 4 de la LCD, es transcripción prácticamente idéntica del art. 2 de la Directiva 2005/29/CE de 11 de mayo.

Las descripciones y referencias que se incluyen en el art. 4 de la LCD, no deben ser consideradas cerradas, un “un artículo más” en el texto competencial, sino que los conceptos “diligencia profesional”, “prácticas honestas del mercado”, “distorsión del comportamiento económico del consumidor”, deben ser tenidos en cuenta en la aplicación del texto legal en su conjunto.

Este artículo 4 de la LCD actúa como “norma de cierre” del sistema competencial<sup>367</sup>.

Esta norma, art. 4 de la LCD, no podrá aplicarse en supuestos que ya están tipificados específicamente como por ejemplo el Capítulo III de la LCD, referido a determinadas prácticas con consumidores y usuarios.

El art. 4 de la LCD, se aplicará cuando nos encontramos ante prácticas que no están expresamente tipificadas en el texto legal, ya con carácter específico, Capítulo III, arts. 21 al 31, como con carácter general, arts. 5,7 y 8 de la LCD.

El segundo párrafo, del nº 1 del art. 4 de la LCD, para los supuestos que ya están contemplados en otra norma competencial, solo podrá aplicarse como norma de complemento, cierre o refuerzo de conclusiones.

Debemos tener en cuenta al tratar las prácticas desleales, en el ámbito subjetivo, el comportamiento del empresario o profesional que comercializa el bien, y el de un consumidor que lo adquiere.

Debe gravitar en la relación con el consumidor, el principio de buena fe, cláusula general recogida en el art. 4 de la LCD. La ausencia de buena fe en el comportamiento, el actuar no ajustado a las exigencias de la buena fe, determinara que ese comportamiento del empresario sea considerado desleal.

El comportamiento del empresario, en sus relaciones con el consumidor, como hemos citado, se reputa desleal cuando se dan los presupuestos descritos en el art. 4.1, II de la LCD, con relación también entendemos con el art.19.2, II del TRLGDCU referido a las prácticas comerciales.

---

<sup>367</sup> Cfr. AVILÉS GARCÍA, J.; «Usos y prácticas en la contratación de consumo después de la transposición de la normativa europea», 2014, Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil nº 5/2014, p.8.

De la lectura del art. 19 del TRLGDCU, podemos concluir la existencia de una íntima y necesaria consideración entre la legislación competencial y la legislación de consumo, y más aún tras la lectura del párrafo IV y V del art. 4.1 de la LCD.

El art. 19.2, II, del TRLGDCU se refiere con carácter general a las prácticas comerciales, y la LCD, se refiere a ellas en el IV y V del art. 4.1 de la LCD, para establecer que:

“Igualmente a los efectos de esta ley se entiende por distorsionar de manera significativa el comportamiento económica del consumidor medio utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable su capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no hubiera tomado” (art.4.1, IV, de la LCD).

#### 6.2.2 Los deberes de información y su trascendencia en materia competencial

A través de la Directiva 2005/29/CE de 11 de mayo se ha conseguido un alto grado de aproximación entre las distintas disposiciones nacionales, y especialmente, vía deberes de información donde la interrelación entre la legislación competencial y la legislación de consumo es más notoria.

El espíritu de la Directiva 2005/29/CE de 11 de mayo, y así se transpone en la LCD y TRLGDCU en los artículos que se ven afectados, no es otro sino el de eliminar obstáculos en el comportamiento del consumidor, facilitar su libertad contractual en un marco competencial seguro.

Textualmente, en el considerando (13) de la Directiva 2005/29/CE de 11 de mayo se establece que: “A fin de conseguir los objetivos comunitarios mediante la eliminación de los obstáculos al mercado interior, es preciso reemplazar las cláusulas generales y principios jurídicos divergentes de los Estados miembros. La prohibición general común establecida por la presente Directiva abarca por ello las prácticas comerciales desleales que distorsionan el comportamiento económico de los consumidores...”.

Debemos entender que la referencia a prácticas comerciales desleales, engañosas, abarca también a la publicidad engañosa y a la deficiente información, o información parcial que afectan al comportamiento del consumidor en la contratación que debe recibir la información necesaria para poder formar su voluntad o decisión de contratar.

Los deberes de información, a los que hace alusión el considerando (15) de la Directiva 2005/29/CE de 11 de mayo, podemos considerarlos como guía a seguir en la transposición a los ordenamientos jurídicos nacionales, y así:

“En los casos en que el Derecho comunitario establece requisitos de información relacionados con las comunicaciones comerciales, la publicidad y la comercialización, esa información se considera sustancial con arreglo a la presente Directiva. Los Estados miembros podrán mantener o añadir requisitos de información relacionada con el Derecho contractual y con repercusiones en el ámbito del Derecho contractual si así lo autorizan las cláusulas mínimas de los instrumentos de Derecho comunitario vigentes...”.

En nuestro ordenamiento jurídico, especialmente en materia competencial, contractual, debemos afirmar que aunque aparentemente exista una separación entre los textos legislativos que regulan la competencia desleal y el derecho contractual básico en el ámbito de consumo, se dan suficientes muestras para opinar lo contrario<sup>368</sup> de la lectura de aquellos preceptos que se refieren a los deberes de información.

Las conductas previstas en los arts. 5 y 7 de la LCD, tipifican como desleales por engañosas aquellas conductas que omiten información, o facilitan información falsa, debiendo tenerse en cuenta también la publicidad<sup>369</sup> como vehículo a través del cual, y en materia de consumo, llegan las ofertas al consumidor medio global, que en un momento posterior decidirá contratar o no.

Los comportamientos descritos como actos y omisiones engañosas (arts. 5 y 7 de la LCD), deben relacionarse con los deberes de información descritos en el art. 60 del TRLGDCU. El citado artículo al referirse a la información precontractual, en su apartado 2, afirma que: “Serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y cualesquiera otras que resulten de aplicación”.

No se establece un área cerrada, todo lo contrario, se abre la posibilidad de interrelación entre ambos textos legislativos, consumo y competencial.

---

<sup>368</sup> Cfr. AVILÉS GARCÍA, J.; «Usos y prácticas en la contratación de consumo después de la transposición de la normativa europea», 2014, Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil n° 5/2014, p.12.

<sup>369</sup> Cfr. Art.3, e) de la LGP: es ilícita: «La publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal».

Contamos con diversos textos específicos, y la conexión entre ellos es necesaria, y especialmente en materia de información, pilar en la contratación con consumidores, y por ende, de la protección del consumidor.

En definitiva, es desleal el comportamiento de un empresario, que en la relación con el consumidor actúe de modo contrario a las exigencia de la buena fe, no adaptado a la diligencia profesional que le es exigible utilizando prácticas que no son honestas, y que con ese comportamiento, afecte y distorsione el posicionamiento del consumidor medio, que se vea afectado por la práctica comercial empleada. Es desleal asimismo, la ocultación de información previa al consumidor, así como la publicidad e información engañosa.

### 6.2.3 La aplicación de la Directiva 2005/29/CE de 11 de mayo en la comercialización de servicios financieros

En materia de servicios financieros, la Directiva 2005/29/CE de 11 de mayo establece es su art. 3, 9., haciendo alusión a la Directiva 2002/65/CE de 23 de septiembre de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores, una cláusula de armonización mínima, al reseñar que los Estados miembros podrán "...imponer requisitos más exigentes, o más restrictivos que los previstos en la presente Directiva en el ámbito objeto de la aproximación que ésta realiza...".

La trascendencia de este pronunciamiento es evidente. Se podrá aplicar la LCD en todos aquellos contratos en los que aparezcan actos de comunicación, publicidad o comercialización de servicios financieros, incluida también la comercialización a distancia de los mismos<sup>370</sup>, lo que nos permite considerar a la Directiva 2005/29/CE de 11 de mayo, como base de aplicación general de los deberes de información, no solo en el área competencial y contratación general con consumidores, sino también en materia de servicios financieros.

En consecuencia, no cabe duda que las prácticas habituales en el sector financiero entran en el ámbito de competencia de la LCD, y de la Directiva 2005/29/CE de 11 de mayo, además de la ley específica evidentemente.

El esfuerzo del legislador tanto comunitario como nacional, tiene un objetivo integrador, con el fin de conseguir por medio del control y exigencias en los modos de

---

<sup>370</sup> Cfr. AVILÉS GARCÍA, J.; «Usos y prácticas en la contratación de consumo después de la transposición de la normativa europea», 2014, Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, n° 5, 2014, p. 13.

contratar, un marco de seguridad jurídica en el que la protección del consumidor este garantizada.

A su vez, la exigencia de un comportamiento leal, honesto y adecuado al principio de buena fe como cláusula general, en cierto modo redunde en beneficio del empresario leal fomentándose la agilidad del mercado, la justa competencia, y en definitiva, una equilibrada posición en la contratación, independientemente del sector en el que se desarrolle.

El propio legislador europeo, la Comisión Europea, se refiere como prácticas comerciales desleales, aquellas comisiones bancarias que resulten opacas, así como aquella información contractual que resulte ininteligible para el fin buscado y para el usuario bancario, también la información insuficiente o parcial que impedirán al consumidor formar la voluntad de contratar.

Estas prácticas empleadas, pueden ser calificadas de engañosas, las descritas en el art. 5.1 de la LCD, incluso sin que expresamente se hubieran utilizado, si se demuestra que mediante el empleo de las mismas de una manera u otra, se ha influido en la voluntad del consumidor a la hora de contratar.

La referencia a la información en este artículo 5.1 de la LCD, es determinante: “Se considerará desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aún siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error en los destinatarios...”.

El legislador, tanto comunitario como nacional, adelantan soluciones a problemas interpretativos muy posibles en sede judicial, pues la posibilidad de demostrar, dependerá de la capacidad de establecer un nexo causal entre omisión del deber de información, o comportamiento desleal, con un resultado o perjuicio para el consumidor que ha contratado con unas expectativas y que tras ejecutarse el contrato resultan no ser las pactadas, debido a la información parcial, limitada o engañosa que ha recibido por parte del profesional.

Para exonerarse de responsabilidad el profesional, no bastará con demostrar que se ha facilitado la información correcta, sino que además debe demostrar que el modo de transmisión de la información ha sido el correcto, que se ha presentado de tal modo que es imposible inducir a error alguno en el destinatario de la información.

La información, no cualquiera, la sustancial o elemental que deben trasladar los profesionales al consumidor para poder formar la voluntad de contratar, presenta unos rasgos definitorios:



a) general

En cuanto a la responsabilidad que puede deducirse por comportamientos de empresarios y profesionales, en cuanto a las comunicaciones comerciales, publicidad o comercialización general de empresario y profesionales con los consumidores, y que se recogen en el Anexo II de la Directiva 2005/29/CE de 11 de mayo. Actividades descritas y reseñadas en el Anexo, en cuanto a aquellos deberes que afectan a la información.

b) particular

En cuanto a la responsabilidad que se deduzca por la invitación a comprar, comprenderá todas aquellas prácticas relacionadas con la información sobre el producto o bien contratado, la identidad del comerciante, el precio y gastos adicionales, forma de pago, comunicaciones con el consumidor y derecho de desistimiento.

Las previsiones del art.7.4 de la Directiva 2005/29/CE de 11 de mayo, fueron transpuestas en el art.20 del TRLGDCU titulado como “Información necesaria en la oferta comercial de bienes y servicios”, y como podemos concretar, se trata de información necesaria, esencial e imprescindible para el conocimiento del bien objeto del contrato, y evidentemente para formar la voluntad en cuanto a la decisión de contratar<sup>371</sup>.

El incumplimiento de lo previsto en el art.20 del TRLGDCU, es sancionado como practica engañosa (art.20.2 del TRLGDCU). Esto no impide poder atacar la validez de aquellas cláusulas y prácticas<sup>372</sup>, respecto de las cuales no se ha facilitado la información requerida, conforme al art. 60 y 61.2 del TRLGDCU.

No es solo el hecho de facilitar la información, se mantiene el mismo criterio para el supuesto que habiéndose facilitado, esta información fuere insuficiente, farragosa o ininteligible.

La consideración de una práctica como desleal por engañosa, con lo que comporta, se determina, entre otros comportamiento, por las carencias en cuanto a

---

<sup>371</sup> Cfr. AVILÉS GARCÍA, J.; «Practicas comerciales, publicidad y deberes precontractuales de información. Su ampliación a la comercialización de productos y servicios bancarios, financieros y de inversión. La ampliación de los mecanismos de interpretación de los contratos con consumidores y usuarios», Revista crítica de derecho inmobiliario, n.º. 746, noviembre-diciembre 2014, p.2698.

<sup>372</sup> Cfr. AVILÉS GARCÍA, J.; «Usos y prácticas en la contratación de consumo después de la transposición de la normativa europea», 2014, Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil n.º 5/2014, p.15.

información, o por falsa información, o por información que aun siendo verdadera y debido a la forma y medio en que se ofrece, y teniendo en cuenta al consumidor como destinatario, le puede inducir a error siempre que incida en elementos esenciales del contrato (art. 5 de la LCD).

La información es en sí relevante, esencial en el plano de la contratación. El art. 65 del TRLGDCU así lo establece al considerar que: “Los contratos con los consumidores se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante”.

En la Propuesta de Modernización del Código Civil, y en su art. 1276, se afianza este criterio, al integrar la información en el contrato:

“Quedarán insertadas en el contrato y tendrán valor vinculante las afirmaciones o declaraciones efectuadas por un profesional en la publicidad o en actividades de promoción de un producto o servicio, salvo que pruebe que la otra parte conoció o debió haber conocido que tal declaración o afirmación era incorrecta. No impedirá la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior el hecho de que las afirmaciones o declaraciones provengan de un tercero siempre que resultaran conocidas, o cognoscibles, para el contratante profesional, éste no hubiera excluido expresamente su aplicación al contrato y se refieran a un producto, que, según el contrato celebrado, se encuentre en la cadena de producción o comercialización en la que profesional y tercero se encuentren insertos”.

#### 6.2.4 Conclusiones

Tanto en el plano de la contratación (TRLGDCU) como en el plano competencial (LCD), ambos textos normativos, están íntimamente conectados, siendo recursos normativos necesarios e imprescindibles en el tratamiento y análisis de los contratos entre consumidores y profesionales, y en particular en contratos con condiciones generales de la contratación, y contratos de adhesión.

Ciertamente no es fácil establecer la diferencia entre práctica comercial abusiva de cláusula abusiva.

Las prácticas comerciales, no estando insertas en los contratos, pueden devenir en abusivas.

Las prácticas comerciales en nuestro ordenamiento jurídico privado, se encuentran unidas al principio de protección del consumidor<sup>373</sup>, habiéndose inspirado en las Directivas y reglamentos de derecho comunitario tratadas.

Al identificar una práctica como abusiva, la catalogamos e incluimos en el Derecho de la contratación, y si la catalogamos como desleal, en el Derecho de la competencia.

En uno y otro caso, es evidente que están presentes cada vez más en las relaciones profesionales, debiendo ser constantes, y conscientes, a la hora de interpretar su grado de cumplimiento y la responsabilidad civil que puede deducirse de su presencia en la vida del contrato.

El art.4.1, II, de la LCD, como norma de cierre del sistema competencial, describe conceptos en sentido amplio como practicas comerciales; comportamiento empresarial contrario a la diligencia profesional; prácticas honestas del mercado; distorsión del comportamiento económico del consumidor medio, entre otros comportamientos. Estos conceptos o conductas, no deben ser considerados aisladamente y circunscritos exclusivamente al área competencial.

De la lectura de este precepto, art. 4 de la LCD, entendemos tiene vocación no solo de afectar al Derecho competencial, sino también, y así lo hace, al área del Derecho de los contratos, del área de consumo.

La relación entre ambas disciplinas, contratación y competencial, es íntima.

La cláusula general del art.4.1 de la LCD, describe comportamientos, prácticas y deberes del empresario en sus relaciones con los consumidores. Entre esos deberes, los de información contractual, muestran la conexión entre la legislación competencial y contractual, suponiendo de una parte, un comportamiento acorde a la diligencia profesional, y de otro, unos deberes de información al consumidor que la legislación sectorial determina (LMV, LCDSFC...).

La equiparación entre prácticas abusivas y cláusulas abusivas, no solo plantea diferentes posicionamientos doctrinales, sino también posicionamientos diversos llegado el momento de plantear supuestos de hecho concretos en sede judicial. Las circunstancias descritas se acentúan, tras la transposición de la Directiva 2005/29/CE de 11 de mayo, y tanto es así que la descripción de comportamientos del

---

<sup>373</sup> Cfr. AVILÉS GARCÍA, J.; «Usos y prácticas en la contratación de consumo después de la transposición de la normativa europea», 2014, Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil nº 5/2014, p.16.

art. 4.1, II de la LCD, permite interpretar e identificar las cláusulas que de alguna manera encubren prácticas abusivas o desleales.

La LCD y la Directiva 2005/29/CE de 11 de mayo, consiguen de alguna manera abrir el marco regulador en materia competencial y de la contratación con consumidores, reforzando claramente las posiciones del TRLGDCU, y las leyes sectoriales.

Es deseable un Código de Consumo en el que poder aunar estas materias, evitando la dispersión jurídico-normativa actual, dado que ésta última no avala la mejoría ni los esfuerzos en cuanto a fortalecer los instrumentos de protección del consumidor, que en definitiva redundan en la fortaleza y agilidad del mercado y del empresario, el cual en cierto modo, se posiciona recelosamente en cuanto a aumentar su presencia en la contratación no solo presencial, sino a distancia.

## 1. Justificación

La contratación electrónica, es el resultado, uno más, de lo que venimos denominando autonomía privada o autonomía de la voluntad, sin entrar en el trasfondo filosófico que la distinción entre ambas comporta<sup>374</sup>, la autonomía de la voluntad es el estado por el cual ésta es una ley para si misma, independientemente de cómo estén constituidos los objetos del querer.

El principio de autonomía de la voluntad esta proclamado en el art. 1255 del Código Civil<sup>375</sup> (en adelante CC), postura de nuestro CC, mantenida y defendida por la doctrina más solvente<sup>376</sup>, en el sentido de establecer que cuando la persona física resulta obligada en virtud de un acto jurídico, especialmente un contrato, es porque así lo ha querido, representando el contrato el comienzo de la vida jurídica, siendo la voluntad individual principio del contrato, y asimismo, el principio de libertad de forma en el art.1278 del CC, con las salvedades u obligaciones establecidas en los arts. 1279 y 1280 en cuanto a la obligatoriedad de formalizarse en escritura pública, conformarán lo que convenimos denominar autonomía de la voluntad, libertad de contratar.

Plasmado en nuestro C.C. el principio de autonomía de la voluntad como motor en la contratación, se hace preciso establecer, y así lo hace el C.C, límites a la libertad de contratación, como por ejemplo los supuestos de hecho contrarios a la moral, art. 1275 del CC, a las buenas costumbres art. 1116; y prohibición de compraventa entre ciertas personas como establece el art.1859 entre otros<sup>377</sup>. Junto a las limitaciones establecidas *ex lege* coexisten las establecidas gracias a las amplias facultades concedidas a los Tribunales.

Es preciso afirmar que la contratación bancaria electrónica no es una disciplina especial del Derecho de la contratación, se integra en el marco general del comercio electrónico, de la contratación electrónica, en la que la relación entre las partes

---

<sup>374</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, L.; «A vueltas con la autonomía privada en materia jurídica», La Ley 21915/2011, p. 3.

<sup>375</sup> Cfr. Art. 1255 CC: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público».

<sup>376</sup> Cfr. CARBONNIER, J.; «Derecho Civil», Tomo II, pág. 127, en DÍEZ-PICAZO, L., La Ley 21915/2011 «A vueltas con la autonomía privada en materia jurídica», p.2.

<sup>377</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, L.; «A vueltas con la autonomía privada en materia jurídica», La Ley 21915/2011, p. 5.

intervinientes se lleva a cabo mediante la transmisión de datos necesarios para la formación de la voluntad de contratar, y que tiene por objeto un bien o servicio<sup>378</sup>.

La especialidad versa por el objeto del contrato, que será prácticamente en la mayoría de los contratos, si no en todos, servicios bancarios, y en el ámbito subjetivo por intervenir una entidad financiera, y por llevarse a cabo las transacciones y relaciones entre las partes intervinientes, por medios electrónicos.

## **2. Canales y medios de contratación**

El desarrollo comercial, la actividad de consumo, en todos los ámbitos de nuestra sociedad en los últimos treinta años, tanto en el orden comunitario europeo, en el orden continental, como dentro de nuestras propias fronteras, ha sido y es, motivo de la aparición de novedosos medios y formas distintas de contratación, como la contratación a distancia en contraposición a la contratación entre partes presentes físicamente; ofreciéndose a través de las técnicas de comunicación a distancia como telefonía vocal, fax, Internet, todo tipo de servicios, productos y bienes, tanto en el ámbito del comercio minorista, como en el del sector financiero.

Hemos ganado en comodidad, agilidad, de tal forma que las tecnologías, utilizando internet como vehículo, nos ponen al alcance de la mano, sin salir de casa, una abrumadora cantidad de información, que esencialmente conseguimos utilizando las páginas *Web (WWW-World Wide Web)* aplicación que nos permite acceder y navegar por la red con el uso del *ratón* y accediendo a diferentes *sites*, o ubicaciones informáticas donde obtener información.

Estas páginas *web* son el instrumento fundamental de la contratación electrónica, del comercio electrónico en suma<sup>379</sup>, y que se constituyen en medio fundamental para iniciar y culminar la relación negocial, no siendo aventurado decir o calificar a nuestra sociedad como la *sociedad de la información*<sup>380</sup>, de tal forma que podemos iniciar y finalizar nuestras relaciones contractuales a través de medios informáticos sin desplazarnos al establecimiento mercantil del proveedor.

En la contratación bancaria electrónica, es conveniente hacer mención a los distintos modos de contratación electrónica, que revisten cierta especialidad.

---

<sup>378</sup> Cfr. MARIMÓN DURA, R.; «La tutela del usuario en el contrato bancario», Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías (RDNT) 2010, n.º. 8 de 2010, p. 21.

<sup>379</sup> Cfr. GARCÍA PITA Y LASTRES, J.L.; «Derecho Mercantil de Obligaciones», 2010, Tomo II, p.1060.

<sup>380</sup> Cfr. MIRANDA SERRANO, L.M; PAGADOR LÓPEZ, J. en, «La formación y ejecución del contrato electrónico: aproximación a una realidad negocial emergente», Estudios Sobre Consumo, 85, 2008, p.78.

Debemos en primer término diferenciar entre comercio electrónico indirecto, donde la petición electrónica tradicional de bienes y que se entregan por los canales tradicionales de distribución como correos o mensajería, y comercio electrónico directo, en el que la formación y ejecución del contrato se realizan en línea dada la aptitud de los bienes o servicios objeto del contrato para poderse culminar de esta manera.

En función de las redes de comunicación informática utilizadas, se establece una diferenciación entre redes cerradas, comercio electrónico cerrado (sistemas EDI: *Electronic Data Interchange*), a las que solo pueden acceder profesionales de un determinado sector, como es el caso de las entidades financieras en cuanto al acceso al sistema de ejecución de órdenes y medios de pago interbancarios especialmente internacionales, y que garantizan la seguridad del envío de fondos de unos países a otros.

Este sistema de transmisión y ejecución de órdenes de pago se denomina sistema SWIFT<sup>381</sup>.

Como contrapartida al sistema de comercio electrónico cerrado, redes cerradas, están las redes abiertas en las que el acceso es libre para los comerciantes y permiten ofertar sus servicios a la generalidad de consumidores a través de redes públicas de libre acceso.

Dentro del ámbito de las redes abiertas, el comercio electrónico se desarrolla por el sistema de correo electrónico, cauce para la transmisión de información precontractual, y también a través de las páginas *web* para la perfección del contrato.

La banca electrónica, se desarrolla en el comercio electrónico como una actividad más, con sus especialidades, pero en nada diferente en cuanto a normativa aplicable.

Se trata de un comercio electrónico directo, recibimos las ofertas de las entidades financieras de modo directo a través de la red.

Las órdenes de pago son transmitidas a la entidad financiera que utilizará sus redes cerradas (SWIFT) para ejecutarlas con total garantía.

---

<sup>381</sup> SWIFT es el acrónimo: de Society for World Interbank Financial Telecommunication. El origen de SWIFT está en 1973, cuando se estableció por más de 200 bancos de quince países en Bruselas. En 1976 tenía más de 500 miembros en más de quince países, pero todavía estaba en pruebas. No fue hasta 1977 cuando se empezaron a enviar los primeros mensajes. 10 años después tenía 2161 clientes en 61 países y ya había enviado más de 192 millones de mensajes. <http://www.actibva.com/magazine/mercados-financieros/que-es-swift-e-iban>, Consultado el 30 de octubre de 2014.

Desde la posición del usuario, a través de la tecnología *web*, accedemos a un “banco en casa” que mediante las oportunas medidas de seguridad informática, permite llevar a cabo la gestión directa, no presencial, de la mayor parte de operaciones bancarias.

El empleo de las nuevas tecnologías permite el cumplimiento, o prestación virtual, por vía informática, de servicios bancarios<sup>382</sup>, y no solo servicios en los que se facilita exclusivamente información, sino también servicios que versen sobre la entrega de la cosa y lleven aparejadas prestaciones de dar.

Las relaciones comerciales en suma se desarrollan sin la presencia física de las partes intervinientes en el contrato. Lo novedoso de este medio para contratar, no excluye que los contratos electrónicos se rigen también por el Código Civil (CC) y por la Ley de Servicios de la Información (en adelante LSSI)<sup>383</sup>.

La contratación a distancia, el contrato electrónico, emerge con clara intención de agilizar la comercialización de todo tipo de bienes y servicios, y, como un medio para abaratar costes para el empresario, redundando en principio en beneficio del consumidor, quien podrá encontrar más barata la adquisición por este medio, toda vez que, cuando la adquisición de mercaderías, la contratación de bienes y servicios se lleva a cabo en establecimientos mercantiles, el empresario repercutirá los costes de su establecimiento en el coste de los productos que comercializa.

Si bien las bondades del comercio electrónico son indiscutibles, nos permite acceder a la contratación de forma sencilla y cómoda, si debemos señalar los inconvenientes, o riesgos jurídicos inherentes a la misma, de un lado, el consumidor, recibe información suministrada por el proveedor, información en cierto modo parcial o interesada en la que se multiplican las bondades del producto, y de otro, al manifestar el consentimiento se hace desde un ámbito y circunstancias poco dadas a la reflexión, precipitadas, dubitativas, pues no ve físicamente el producto.

Estas circunstancias, además de otras de índole económica o capacidad económica de los consumidores, son causa, o vienen a explicar, el lento avance de esta forma de contratar bienes y servicios en la actualidad<sup>384</sup>.

---

<sup>382</sup>Cfr. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.; «Las entidades de crédito y sus operaciones bancarias neutras», 2006, p.152.

<sup>383</sup>Cfr. LSSI, art. 23, segundo párrafo.

<sup>384</sup>Cfr. ([http://www.cmt.es/es/publicaciones/anexos/INFORME\\_CE\\_IVT\\_2007.pdf](http://www.cmt.es/es/publicaciones/anexos/INFORME_CE_IVT_2007.pdf)), Los datos relativos al cuarto trimestre del año 2007, indican que los ingresos del comercio electrónico en España superaron por primera vez los 1.000 millones de euros, con un crecimiento del 50,7% respecto al mismo trimestre anterior, en MIRANDA SERRANO, L.M; PAGADOR LÓPEZ, J., en «La formación y ejecución del contrato electrónico: aproximación



No obstante, no debemos descuidar el criterio consistente en aceptar que un contrato desde su momento inicial hasta el final se lleve a cabo a medio de sistemas electrónicos, no contamina o desdibuja su naturaleza contractual ni los principios que lo rigen, ni el tipo de contrato que es, o al que pertenece. Esta afirmación, estaría representada en el principio de no alteración del Derecho general de obligaciones y contratos, que se sustenta sobre la base que la contratación electrónica, no es un tipo nuevo de contrato, sino un nuevo tipo o manera de transmitir, emitir, coordinar y culminar voluntades con un espíritu negocial, objetivo comercial<sup>385</sup>.

En el ámbito de servicios financieros, aunque la comercialización a distancia de los mismos, va siendo más habitual en el mercado europeo, no se ha desterrado a la contratación personal, podemos decir “típica”, directa, o personal<sup>386</sup>.

El consumidor europeo, si bien si acepta y utiliza la contratación a distancia, esta, en principio no es la forma habitual en cuanto al acceso a bienes y servicios, y servicios financieros, esto es, para canalizar las relaciones entre proveedores y consumidores. Es más aceptada y frecuente entre los miembros más antiguos de la Unión Europea, no solo en las relaciones comerciales nacionales, sino también en las transfronterizas.

En cuanto a los servicios financieros, la comercialización a distancia de los mismos, sea o no transfronteriza, no ha alcanzado niveles significativos. Las diferencias de idioma y cultura económica de cada Estado miembro, normativa nacional en aspectos como blanqueo de capitales, fiscalidad, normativa sectorial, seguros, prevención de riesgos, terminología, acepciones, costes y proliferación de fraudes informáticos, parece son frenos u obstáculos que impiden su evolución.

---

a una realidad negocial emergente», p.79, en Estudios Sobre Consumo, 85, 2008, última consulta 28 de julio de 2014.

<sup>385</sup> Cfr. ILLESCAS ORTIZ, R. cit. p.46, RECORDER DE CASSO, E., cit. pp.119 y ss. en GARCÍA PITA Y LASTRES, J.L., «Derecho Mercantil de Obligaciones», 2010, Tomo II, p.1071.

<sup>386</sup> Cfr. Edición especial Euro barómetro EB 298 (2008). «*Consumer protection in the Internal Market*» («Protección del Consumidor en el Mercado Interior»), p.106, Nota 4:« Según los datos del año 2007, se hace notar que de ciudadanos europeos que contrataron algún servicio a distancia, solo el 12% lo hizo sobre servicios financieros, un 52% sobre bienes o servicios de otro tipo en la Unión Europea. Aunque la cifra es reducida, se ha experimentado un crecimiento, pues con las mismas muestras tomadas, en el año 2006, solo representaba el 7%. Mayor contraste encontramos si comparamos el comercio transfronterizo de servicios financieros con el comercio nacional. Del 12% de ciudadanos europeos que contrataron un servicio financiero a distancia, el 10% lo contrató con un proveedor de su país, mientras que solo un 1% lo contrató con proveedores a distancia de servicios financieros de otro país, y el otro 1% con proveedores de fuera de la Unión Europea. Las muestras más recientes nos arrojan un resultado de estancamiento en cuanto a comercialización transfronteriza a distancia de servicios financieros».

La técnica de comercialización a distancia, emplea todos los medios accesibles, básicamente internet y telefonía, y la mezcla de ambas técnicas.

La contratación financiera a distancia por vía electrónica ha supuesto, y es, una auténtica revolución en el modo de contratar. Entidades financieras de primer orden han creado Bancos “on line”, con nombre distinto de la marca principal pero participada en su totalidad por ésta misma<sup>387</sup>.

A esta técnica, no presencial, a distancia, se incorpora también la técnica de contratación electrónica por medio de cajeros automáticos multifunción que permitirán realizar transferencias, pagos, gestionar información de cuentas corrientes, consultar movimientos de tarjetas de débito y crédito, así como acceder a información financiera personalizada del titular de la tarjeta de crédito.

Pese a la evolución y expansión de la contratación electrónica, el consumidor seguirá demandando la presencia física de las partes intervinientes: proveedor-consumidor, solicita y precisa del asesoramiento profesional directo tanto si está adquiriendo un servicio financiero (tanto sencillo como complejo) en su propio Estado, cómo, y con más razón, cuando la relación es transfronteriza, y para este supuesto específicamente, demanda la presencia física de un representante en su Estado de proveedor transfronterizo.

El Banco “on line” ING Direct, ha abierto recientemente red de sucursales físicas, precisamente con esa intención de generar confianza, de dar información financiera de manera presencial, y sobretodo, cuando se trata de comercializar servicios financieros de cierta complejidad, pues en cuanto a servicios básicos como puede ser una cuenta remunerada, un seguro básico de automóvil, no planteaban mayores dificultades.

Los riesgos que comporta la contratación electrónica son de una parte jurídicos propiamente dichos, y técnicos por otro.

Entre los primeros, los jurídicos, citar las dudas que surgen en cuanto a la eficacia y validez de las transacciones; el lugar de celebración del contrato; riesgos sobre la prueba; responsabilidad, o distribución de responsabilidad entre los interviniente en el contrato.

Entre los riesgos técnicos, quizá el de mayor calado es el de la dificultad de autenticar “quién es quién” en las transacciones que se llevan a a cabo, sobre los mensajes recibidos y enviados, y sobre la posibilidad que uno u otro nieguen haber

---

<sup>387</sup> Cfr. El Banco Patagon del grupo BSCH; Uno-e del grupo BBVA, ING Direct, y Terra Lycos y Popular-e del Grupo Banco Popular.

enviado o recibido determinados mensajes, lo cual deberá resolverse en fase de prueba en el supuesto de encontrarnos en sede judicial.

Al objeto minimizar estos riesgos, se hace preciso mejorar la seguridad jurídica, consentimiento y efectos; y la seguridad técnica, en cuanto a la emisión, recepción de mensajes, claves de operaciones, y todo ello al objeto garantizar la autenticidad de identidad de los intervinientes en la transacción electrónica.

### **3. Influencia de las nuevas tecnologías en la actividad bancaria. La banca electrónica**

#### **3.1 Introducción**

La aplicación de nuevas tecnologías en la actividad bancaria, operaciones bancarias neutras o servicios en especial, ha supuesto un profundo cambio en el modo de operar en el sector bancario, que trata de reconducir su actividad menos personalizada hacia la banca electrónica.

Son las operaciones bancarias neutras o de servicios, el modo de prestarlas, las que han supuesto la transformación de esquemas tradicionales en el mundo financiero: prestación de servicios mediante la aplicación de nuevas tecnologías de la información<sup>388</sup>.

Las operaciones bancarias llevadas a cabo mediante el uso de nuevas tecnologías, han planteado desde su inicio cuestiones de trascendencia como son la prueba y la forma de las mismas.

En nuestro ámbito jurídico el CC proclama la libertad de forma en su art.1278, y en el área de las nuevas tecnologías de la información, no parece tenga especial incidencia la solemnidad de un modo u otro de contratar. Sí trasciende, en cambio, el aspecto probatorio de la contratación llevada a cabo mediante medios electrónicos.

Las posibilidades del documento electrónico como soporte formal, como documento probatorio en la contratación electrónica, se limitan a las operaciones de servicios y operaciones neutras, no teniendo tal alcance probatorio en las operaciones solemnes.

En la práctica bancaria es habitual que las operaciones de servicios de caja se lleven a cabo en gran parte mediante el empleo de nuevas tecnologías, no así las operaciones crediticias, que a excepción de determinados préstamos denominados

---

<sup>388</sup> Cfr. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.; «Las entidades de crédito y sus operaciones bancarias neutras», 2006, p.153.

inmediatos y de escasa cuantía, ya preautorizados, se formalizan presencialmente en la entidad bancaria.

### **3.2 Evolución hacia la banca electrónica**

España es el país europeo con más oficinas bancarias por habitante, pero son en espacio las más pequeñas de Europa, y cuentan con menor número de empleados en atención al público por habitante.

Este planteamiento nos lleva como podemos comprender a replantearse el modelo tradicional de banca y de cliente.

Nos encontramos con unos clientes cada vez más formados, que ya no mantienen relaciones con la banca basadas en la fidelidad (en parte porque la banca también busca clientes más rentables en cuanto a costos para el banco).

La banca electrónica permite, mantener al cliente, con menos costo, y que de alguna manera se palie la reducción de márgenes financieros para el banco.

La empresa, el empresario bancario, tiene que hacer y lleva haciendo una profunda reconversión en cuanto al mercado y a su actividad.

La banca a distancia, es más barata para la entidad, pero tiene un *handicap*: debe de una parte ofertar productos de manera eficaz y atractiva para el cliente, que este utilice los servicios a distancia de forma mayoritaria, y que esa utilización compense las elevadas inversiones en tecnología.

La banca electrónica, la banca a distancia, nace por el interés de los bancos no solo nacionales, sino transfronterizos, en reducir costes de todo tipo e incrementar beneficios, ofreciendo la ventaja de la comodidad para el cliente-usuario-consumidor que no tiene que desplazarse físicamente a la entidad para efectuar las habituales transacciones bancarias que le exige su vida profesional o familiar.

Esta nueva situación, plantea para la banca una serie de retos que tiene que asumir:

- el aumento de la competencia, pues es muy raro, o sorprendente encontrar una entidad que ofrezca algo especialmente distinto que otra, teniendo en cuenta la importante reducción de márgenes financieros con que se encuentra la banca
- desarrollar nuevos canales de distribución distintos, a los clásicos o tradicionales y apoyado en las nuevas tecnologías.

- el cliente cada vez más formado y más preparado, que es el que decide y plantea llevar a cabo las operaciones bancarias cuando, donde y como quiera, tratando la banca en convertir su servicio en excelencia, como único elemento diferenciador de la competencia.

Así pues, las entidades financieras se encuentran con la necesidad de alternar y coordinar los tradicionales canales de operativa con los nuevos y clasificar, filtrar y encontrar los clientes que realmente son más importantes para el banco a efectos de márgenes financieros, beneficios.

La banca comercial nacional tradicionalmente se ha caracterizado por convivir en un medio de intensa competencia, en especial la banca al por menor o banca de consumidores.

La estructura bancaria en el territorio nacional, la red de oficinas, es excesiva con relación al número de clientes, reales o potenciales, así como en cuanto a costes por empleado que atiende esas oficinas.

La banca ha sometido su estructura, no solo de oficinas sino también de dirección organizativa, a una intensa transformación con el claro objetivo de reducir costes. Tal ha sido la intensidad de la misma que la actual red de oficinas es similar a la que teníamos en año 2000, esto es, con anterioridad a la situación desbordada de actividad inmobiliaria.

Se han cerrado el 21,1% de las sucursales y recortado un 17,8% las plantillas desde el momento crítico, o el punto álgido de capacidad instalada en 2008.

En España, y aún en estas circunstancias, contamos con el mayor número de oficinas por habitante. A título comparativo, en España, 7,9 oficinas bancarias abastecen a cada 10.000 ciudadanos, frente a las 4,6 sucursales promedio en Europa, las 1,5 de Holanda ó 2,3 en Irlanda<sup>389</sup>.

Contando con una amplia red de oficinas, incluso tras los recortes llevados a cabo no solo en cierre de oficinas, también es de señalar, la intensa política de recursos humanos en cuanto a reducir costes laborales mediante prejubilaciones y liquidaciones contractuales pactadas.

Estas medidas, en cierto modo drásticas, han hecho que se resienta la clientela, el consumidor, que ve como estos cambios operados en cuanto a red de oficinas y de

---

<sup>389</sup>Cfr. <http://www.eleconomista.es/banca-finanzas/noticias/5126522/09/13/Espana-aun-tiene-la-mayor-red-de-sucursales-bancarias-por-habitante.html#Kku8F1EZrWhjJp9x>, consultado el día 30 de octubre de 2014, p.1.

personal, han repercutido negativamente en la calidad de servicio que se venía prestando.

Esa reducción de costes laborales, y con una estructura de oficinas aún amplia, hacen que las oficinas actuales continúen atendidas también con el menor número de efectivos de Europa. Cada oficina en España cuenta con 6,3 empleados de promedio, frente a 13,7 de la zona euro y Reino Unido, según datos del Banco Central Europeo (BCE).

En cuanto a los modos iniciales de contratar de manera o presencial, la banca electrónica en su inicio, se apoya esencialmente en la banca telefónica, siendo en consecuencia la telefonía el primer medio empleado para la contratación no presencial o a distancia.

La contratación telefónica se lleva a cabo mediante sistemas de comunicación interactiva, empleando grabaciones de voz digitalizadas que conducen al usuario por los pasos necesarios para solventar las dudas que pueda tener y poder llegar a concluir el contrato o servicio<sup>390</sup>.

Así pues, en principio, la vía telefónica, no representaba más allá de un medio de consulta, concluyendo posteriormente en una denominada “banca telefónica operativa”.

La aparición de las nuevas tecnologías representa, independientemente de los criterios de costes financieros, un hito en las relaciones de los consumidores con los proveedores financieros, y en definitiva, una profunda transformación en el ámbito del Derecho.

La información pasa a ser el pilar fundamental en el que se asienta la relación jurídica en la banca a distancia, como no lo es menos, la prueba de la contratación, el “documento”.

Es de sobra conocida la trascendencia del empleo de las nuevas tecnologías en la gestión y contratación de valores, donde información e internet, son los medios empleados para la contratación de valores.

Las empresas de servicios de inversión son las pioneras en el empleo de internet, no solo para transmitir información, sino para contratar, teniendo en cuenta que en este sector de bolsa o títulos valores, la transacción física se lleva a cabo mediante la entrega de títulos físicos, con el añadido de cupones y timbres.

---

<sup>390</sup> Cfr. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L.; «Las entidades de crédito y sus operaciones bancarias neutras», 2006, p.154.

Esta simplificación en la contratación electrónica de valores nos permite hablar de “desmaterialización” de los títulos valores (bursátiles), por las circunstancias materiales y administrativas a que nos hemos referido.

El empleo de nuevas tecnologías en la gestión y contratación en el mercado de valores, muestra la practicidad de este modo de contratar. Inicialmente se parte de lo que se ha denominado “Sistema de interconexión bursátil”, o “mercado continuo interconectado”, cuya gestión y organización fue confiada a denominada “Sociedad de Bolsas”.

Los intermediarios bursátiles, acuden al mercado, transmiten vía internet y en tiempo real a sus clientes, la información relativa a los valores activos. Reciben las órdenes de sus clientes, y gracias a la interconexión entre intermediarios y mercado, vía internet pueden llevarse a cabo la ejecución de órdenes tanto de compra como venta u otras opciones como reembolsos y ejecución de derechos con plenas garantías tanto de ejecución de órdenes, como de transmisión de datos<sup>391</sup>.

El empleo de nuevas tecnologías de la información en la operativa bursátil, no es el único en la actividad bancaria pese a que suponga un gran avance en cuanto a haber simplificado y reducido el complejo trámite de compra y venta de valores, sino también, el empleo de las nuevas tecnologías, supone en la gestión de servicios bancarios una herramienta habitual y generalizada, lo que conlleva una importante de reducción de costes tanto para el cliente que no tiene que desplazarse a su entidad, como para la entidad.

La existencia del “comercio electrónico” es un hecho en la contratación civil y mercantil, y si se ha informatizado la gestión bursátil, y la gestión de efectos de valores negociables, es evidente que la banca electrónica es una realidad.

La banca electrónica se identifica básicamente con la gestión de operaciones neutras y servicios, pero obviamente esta abierta a la comercialización a distancia de servicios financieros en sentido amplio mediante la utilización de alguna técnica de comercialización a distancia, bien telefónica o informática.

Debemos considerar que realmente nos encontramos ante un contrato electrónico, banca electrónica, cuando el empleo de este elemento de comunicación electrónica afecta de manera directa y real a la formación de voluntad del usuario sobre la posibilidad de contratar, afectando en suma al desarrollo de la vida

---

<sup>391</sup> Cfr. CERVERA-MERCADILLO; «Contratación electrónica de servicios de inversión...», en GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.; «Las entidades de crédito y sus operaciones bancarias neutras», 2006, p.155.

contractual, así como a la interpretación y prueba del contrato suscrito electrónicamente.

Un contacto esporádico, conexión a efectos de obtener información, no trascendiendo de este paso, no podemos considerarlo contratación o banca electrónica<sup>392</sup>.

### **3.3 Las operaciones bancarias neutras en la contratación bancaria electrónica**

Convenimos en definir las como aquellas operaciones bancarias neutras que se concierten, ordenen, y eventualmente se ejecuten mediante la transmisión, recepción, almacenamiento o comunicación de mensajes de datos.

Esta definición<sup>393</sup> acertada, permite añadir que en la práctica bancaria habitual, operaciones neutras como el servicio de caja, se llevan a cabo en un solo acto.

El proceso de una operación bancaria electrónica neutra como la disposición de caja, no ocupa más de un par de minutos ante un cajero automático que disponiendo de un menú preestablecido, conduce al usuario desde el inicio de la comunicación, por todas las fases contractuales: verificación de titularidad, disponibilidad de saldo, cuenta operativa donde se cargará la disposición de efectivo, cantidad a disponer, manifestación del consentimiento mediante la tecla “aceptar”, y prueba, mediante la extracción de un recibo de la operación.

El comercio electrónico, y en especial en cuanto a la banca electrónica, no se ciñe exclusivamente a la operación puntual realizada, sino que ocupa el antes y el después de la concertación contractual.

Las operaciones bancarias neutras, con independencia que se perfeccionen o no por vía electrónica, pueden dar lugar a la creación de soportes informáticos como soportes de ejecución del propio contrato.

La apertura de una cuenta corriente, que se producirá de forma presencial, lleva aparejada el soporte informático de recepción de información, firma electrónica, autorizaciones y archivos contables, siendo susceptible, y admisible en la práctica bancaria habitual, realizar todos los apuntes contables que el titular ordene, y todos aquellos otros que efectuó el mismo de forma electrónica.

---

<sup>392</sup> Cfr. URÍA GONZÁLEZ/APARICIO, Ob.cit., p.622, en GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L.; «Las entidades de crédito y sus operaciones bancarias neutras», 2006, p.156.

<sup>393</sup> Cfr. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.; «Las entidades de crédito y sus operaciones bancarias neutras», 2006, p.156.



Como operaciones bancarias neutras electrónicas cabe citar las prestaciones o servicios como los de información de posiciones bancarias, gestión de movimientos de cuentas, transacciones efectuadas con tarjetas de crédito, certificados y extractos de cuenta, esto es, operaciones de mera gestión administrativa o de información, y también aquellos cambios operativos en ciertos medios de pago como las tarjetas de crédito, pudiendo cambiar la cuenta operativa y la modalidad de pago (a crédito, débito o pago a plazos de compras determinadas).

Son también operaciones bancarias neutras las gestiones de cobros y pagos *on line*, mediante transferencias bancarias, pagos contra tarjetas de crédito, recepción de cobros por transferencia electrónica, gestión de apuntes contables por vía electrónica, así como transferencias internacionales en tiempo real mediante el sistema SWIFT ya comentado.

### **3.4 Regulación normativa**

#### 3.4.1 Aspectos Generales

Necesariamente debemos partir de una consideración normativa general en cuanto a la contratación electrónica se refiere, dado que nuestro legislador es más generalista y disperso, que concreto y unívoco.

Debemos partir de la Ley 34/2002 de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de Información y del Comercio Electrónico (en adelante LSSI)<sup>394</sup>, modificada en parte por la Ley 56/2007 de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de Información (en adelante LISI).

En el marco del comercio y la contratación electrónica, debemos seguir y tener en cuenta, además de los textos legislativos ya citados, otros que afectan muy directamente a la contratación electrónica al atender aspectos íntimamente relacionados como son la firma electrónica, Ley 59/2003 de 19 de diciembre de firma electrónica (en adelante LFE), y la Ley 32/2003 de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante LGT), en mayor o menor medida, modificadas por por la Ley 56/2007 de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de Información (en adelante LISI), por regular el espectro de telecomunicaciones en que la contratación electrónica se va a desarrollar.

La particularidad de este modo de contratar es, de una parte, la ausencia de presencia física de las partes, y la utilización de un medio de comunicación a distancia, en el marco de una actividad empresarial, sin la presencia física de las

---

<sup>394</sup> Traspone la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000.

partes, dentro de un sistema de contratación a distancia organizado por el proveedor, habitualmente empresario, llevándose a cabo la oferta y aceptación exclusivamente a través de una técnica cualquiera de comunicación a distancia (art.92.1 del TRLGDCU); y de otra parte, que se dé naturaleza comercial a la relación entre las partes, esto es, que exista una intención de contratar<sup>395</sup>.

Encontramos definiciones más amplias, al considerar la contratación electrónica como todas las operaciones y actividades de tráfico de información comercial de bienes y servicios realizados a través de la red, como el envío y puesta a disposición de comunicaciones comerciales, la contratación electrónica y prestación general de servicios a la sociedad de información<sup>396</sup>, pero si bien es acertada, resulta inconcreta, siendo preferible optar por la establecida por nuestro legislador, tanto en el TRLGDCU como en la LSSI que en su Anexo, "definiciones", letra h), incide en el medio a través del cual se llevan a término las relaciones comerciales entre las partes<sup>397</sup>.

Nunca debemos perder de vista que el contrato electrónico a distancia, no es un subtipo de contrato ajeno a o sustraído a la disciplina civil y mercantil<sup>398</sup>, lo que marca la diferencia es el medio a través del cual se aúnan y conforman las voluntades de las partes con relación a un objeto determinado, siendo de aplicación lo dispuesto en el Libro Cuarto, Título II del CC y en particular el art. 1278 en cuanto a la libertad de forma en la celebración de los mismos<sup>399</sup>.

Resultará sorprendente, pero es práctica habitual, como sin establecer contacto directo (e-mail, teléfono, fax) con el proveedor del bien o servicio, podemos desde nuestro domicilio conectarnos a internet y acceder a la página *web* del oferente, ver las diferentes ofertas de productos y servicios, informarnos sobre los mismos, y prestar nuestro consentimiento<sup>400</sup>.

Se hace necesario, antes de destacar y referirnos a las normas con relevancia en la contratación electrónica, considerar la importancia de las normas supranacionales, tanto intracomunitarias como internacionales, dada la versatilidad de este modo de contratar que trasciende de las fronteras propias, dada su agilidad y comodidad tanto para el proveedor del servicio como para el destinatario del mismo,

---

<sup>395</sup> Cfr. GARCÍA VICENTE, J.R, «La Contratación con consumidores», 2009, T.II, p.1559.

<sup>396</sup> Cfr. PLAZA PENEDES, J.; «La contratación electrónica», ob. cit. p.83, en LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, J., «Contratos electrónicos anulables».

<sup>397</sup> Cfr. LSSI, Anexo, Definiciones h).

<sup>398</sup> Ver nota (6).

<sup>399</sup> Cfr. CC art. 1278.

<sup>400</sup> Cfr. LSSI, art. 23.2.

normativa que debe ser reconocida por su relevancia dado que cumplirá una labor integradora de nuestro ordenamiento jurídico.

La contratación electrónica no es una materia aislada, en torno a ella confluye la legislación de consumo, el Derecho del consumo<sup>401</sup>, en particular el TRLGDCU tratando la contratación electrónica en el art. 92 y siguientes, con una vocación generalista sin interferir en la norma específica, evidenciando el carácter proteccionista para el consumidor, y sin olvidar la normativa en conexión con la contratación electrónica como es la reglamentación de la firma electrónica, la ley de protección de datos así como la referencia continua en los textos legislativos a la autorregulación a través de códigos de conducta<sup>402</sup>.

Es cierto y notorio que existe una clara dispersión legislativa, estando obligados a acudir continuamente al texto específico, complementándose con la legislación de consumo, y para las particularidades del contrato, con la norma específica de firma electrónica o condiciones generales de la contratación, y en definitiva acudiendo en suma al Código Civil como así establece el art. 23.1 de la LSSI<sup>403</sup> siendo marco de referencia común.

La dispersión legislativa no solo es un hecho, es una preocupación, y los esfuerzos del legislador son claros pero insuficientes, así en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos<sup>404</sup> en el art. 1267, y dentro de la Sección Sexta en materia de protección de los consumidores en los contratos a distancia, establece excepciones a la aplicación para cierto tipo de contratos electrónicos, y en particular, para los contratos sobre servicios financieros, no pareciendo muy congruente que bajo el título “protección de los consumidores” se excluyan modalidades contractuales, cuando no parece inoportuno haberlas incluido en aras a la mayor protección. A la “Contratación electrónica” se dedicará el art. 1268 de la propuesta es básicamente idéntico al art. 27 de la LSSI.

La dispersión legislativa en consecuencia genera dificultad a la hora de poder conocer con exactitud la norma aplicable, inseguridad y contradicciones entre diferentes textos legislativos.

La regulación normativa nacional, pese a su dispersión legislativa, regula el sector de la contratación electrónica desde textos legislativos especiales hasta la podemos denominar ley general como es el TRLGDCU.

---

<sup>401</sup> Cfr. GONZÁLEZ ALAIZA CARDONA, J.J.; «Tratado de Contratos», 2009, T.II, p.1688.

<sup>402</sup> Cfr. LSSI, Exposición de Motivos, IV.

<sup>403</sup> Cfr. LSSI Artículo 23.

<sup>404</sup> Cfr. Boletín de información del Ministerio de Justicia, Año LXII, Enero 2009.

### 3.4.2 Normativa aplicable

Se hace preciso reseñar las especialidades y puntos de encuentro entre los diferentes textos legales que abordan la contratación electrónica.

#### a) La LSSI

Es el texto legislativo marco de referencia en la contratación electrónica al que nos remite la legislación de consumo cuando trata esta modalidad contractual TRLGDCU (art. 94), entendiendo por contratación electrónica el concepto que dimana de la Directiva 2000/31/CE, resultando de su transposición en España la LSSI, como un contrato en el que las partes establecen la relación comercial utilizando medios de comunicación a distancia desde el inicio de las relaciones, medios a distancia dispuestos y organizados por el proveedor, culminándose también el negocio sin la presencia física de las mismas.

El texto legislativo, LSSI, no solo hará mención al comercio electrónico propiamente dicho, sino que establece obligaciones de información (art. 10) para el proveedor y a disposición del usuario, y de los que denomina “órganos competentes”, entendiendo por estos a los organismos públicos fundamentalmente.

El incumplimiento de este deber supondrá sanción administrativa de las contempladas en los arts. 37 y ss. de la LSSI, a modo ilustrativo se considera infracción grave el incumplimiento de lo establecido en los párrafos a) y f) del art. 10.1, esto es, omitir facilitar por parte del prestador de servicios, los datos sobre su nombre o denominación social; su residencia o domicilio o, en su defecto, la dirección de uno de sus establecimientos permanentes en España; su dirección de correo electrónico y cualquier otro dato que permita establecer con él una comunicación directa y efectiva.

Estas infracciones, tienen su graduación en función de la calificación, suponiendo para este supuesto visto como infracción grave, una sanción en multa de 30.001 hasta 150.000 euros, bien entendido, y lógicamente, el incumplimiento tiene consecuencias no solo en cuanto a la cuantía de la sanción sino a las sanciones conexas que lleva aparejadas como es la publicación de la resolución sancionadora en el Boletín Oficial del Estado<sup>405</sup>.

En el art. 27, apartados 1 y 2, y en el art. 28 de la LSSI, se contienen exigencias de información precontractual y postcontractual, que se aplicarán a los contratos electrónicos en el marco de la contratación electrónica, esto es, cuando interviene un prestador de servicios de la sociedad de la información.

---

<sup>405</sup> Cfr. LSSI, Art. 39.2.

Las exigencias de información en la fase inicial y final de la relación contractual es denominador común en la normativa aplicable a la contratación electrónica, se exceptúa el supuesto previsto en el apartado 2º del art. 27, eximiéndose de esta obligación de información al prestador del servicio en el caso que ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor, o que el contrato se hubiera celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico otro tipo de comunicación equivalente.

Tengamos en cuenta que el proveedor de servicios es quien controla la *web* y en cierto modo dirige la contratación, es necesario pues que sea manifiesta la aceptación por ambas partes de eludir estas exigencias de información del art. 27 de la LSSI, y evidentemente, no es posible si una de las partes es consumidor, y con relación al consumidor en la Exposición de Motivos, III, tercer párrafo, se establece que:

“Las disposiciones contenidas en esta Ley sobre aspectos generales de la contratación electrónica, como las relativas a la validez y eficacia de los contratos electrónicos o al momento de prestación del consentimiento, serán de aplicación aun cuando ninguna de las partes tenga la condición de prestador o destinatario de servicios de la sociedad de la información”.

El prestador de servicios deberá, además de guiarles durante el proceso de contratación, indicándoles los pasos que han de dar y la forma de corregir posibles errores en la introducción de datos, y confirmar la aceptación realizada una vez recibida.

Este mismo supuesto está previsto en el art. 28.3 de la LSSI que prevé el mismo supuesto que el art. 27.2, pero en cuanto a la confirmación de la aceptación, e igualmente se exceptúa la posibilidad de eximirse de esta obligación cuando uno es un consumidor. Otra cuestión será si sabiendo el oferente que la otra parte es consumidor, acuerda con ella no facilitar la información, supuesto éste que acarreará las sanciones administrativas ya descritas para el prestador de servicios de la información, independientemente de la posibilidad en sede judicial de instar la nulidad del contrato por parte del consumidor.

El Título IV con el epígrafe “Contratación por vía electrónica” partiendo del art. 23 y hasta el art. 29, y a excepción de los arts. 28 y 29<sup>406</sup> que como ya hemos visto atienden las obligaciones de información, regularán como se desprende de la Exposición Motivos IV, tercer párrafo, los aspectos generales de la contratación

---

<sup>406</sup> Cfr. GONZÁLEZ ALAIZA CARDONA, J.J.; «Tratado de Contratos», 2009, T.II, p.1689.

electrónica aún cuando ninguna de las partes tenga la condición de prestador o destinatario del servicio<sup>407</sup>.

Cuando la LSSI se refiere a la prestación de servicios, y en el ámbito de la contratación bancaria, debemos tener en cuenta Ley 44/2002 de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, en su art. 20 se establece que “...se habilita al Ministro de Economía para regular las especialidades de la contratación de servicios de inversión de forma electrónica, garantizando la protección de los legítimos intereses de la clientela y sin perjuicio de la libertad de contratación...”, lo que nos lleva a plantearnos cual es la dimensión de esta habilitación.

El Ministerio de Hacienda no tiene capacidad legislativa, y la competencia *ex lege* que se le otorga debe entenderse como:

a) una habilitación al objeto tutelar se siga respetando el principio de legalidad y jerarquía normativa<sup>408</sup>

b) esta habilitación se confiere con arreglo a lo que establezcan las normas que con carácter general regulan a contratación por vía electrónica, en referencia a la LSSI, y

c) el propio texto legal, establece como no podía ser de otro modo, la supremacía de las leyes formales en esta materia, reconociéndose en la contratación del mercado de valores el principio de libertad de contratación: “...sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las empresas de servicios de inversión y su clientela.” (art. 20, primero, 2, de la Ley 44/2002 de 22 de noviembre).

Al establecerse por la LSSI el régimen de prestación de servicios de la sociedad de la información, se refiere a los mismos como actividades económicas desarrolladas por personas físicas o jurídicas que profesionalmente se dedican a proporcionar a terceros, los destinatarios, que pueden ser empresarios (contratos B2B, *Business to Business*), o consumidores (contratos B2C, *Business to Consumer*) los “servicios de la información”, los definidos por la LSSI.

Los servicios de la información, como hemos apuntado, son actividades económicas, debiendo entenderse las mismas como relación entre partes con finalidad de producir efectos con trascendencia económica, definido como “todo servicio

---

<sup>407</sup> Cfr. LSSI, Exposición de Motivos, IV, tercer párrafo.

<sup>408</sup> Cfr. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.; «Las entidades de crédito y sus operaciones bancarias neutras», 2006, p.159.

prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario” (Anexo, apartado a) de la LSSI).

De la definición apuntada, destacamos los rasgos característicos de los servicios de la sociedad de la información:

a) son servicios, y entendemos precedidos de una oferta

b) se proporcionan a título oneroso, aunque también pueden prestarse a título lucrativo como son los prestados en el ámbito del comercio electrónico. Cuando estos servicios se prestan a título gratuito, solo se considerarán “servicios de la sociedad de información” en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador del servicio, a tenor de lo dispuesto en el apartado a), I, del anexo de la LSSI.

c) se proporcionan a distancia

d) se proporcionan por vía electrónica, y

e) se proporcionan a petición del destinatario.

Lo que nos interesa remarcar es el rasgo de “actividad económica” de los servicios de la información, independientemente de ser prestados de forma gratuita u onerosa, que se estén o no remunerados, y que sean prestados a distancia, sin la presencia física de las partes.

Entre estos servicios se incluirán los servicios en línea y la contratación de bienes, fundamentalmente la contratación electrónica en la que la relación contractual se lleva a cabo por medios o componentes tecnológicos o electrónicos<sup>409</sup>, independientemente de cual sea el objeto del contrato, siendo lo definitorio el medio y no el contenido.

La LSSI será de aplicación, además de a los servicios de la información, al prestador de servicios y cualquiera que opte por este tipo de contratación a distancia, o electrónica, tal como reza la exposición de motivos de la LSSI, al establecer que las disposiciones contenidas en esta ley, sobre aspectos generales de la contratación electrónica, como las relativas a la validez y eficacia de los contratos electrónicos o al momento de prestación del consentimiento, serán de aplicación aun cuando ninguna de las partes tenga la condición de prestador o destinatario de servicios de la sociedad de la información.

---

<sup>409</sup> Cfr. LLANEZA GONZÁLEZ, P.; «E-contratos. Modelos de contratos. Cláusulas y condiciones generales de la contratación comentadas», 2004, p.209.

Esencial es abordar en el iter contractual electrónico las cuestiones de eficacia y consentimiento de los contratos celebrados a través de medios electrónicos. El art. 23.1 de la LSSI, nos reconduce a lo dispuesto en el Código Civil y Código de Comercio, contemplando la Ley, en su Disposición Adicional cuarta la importante modificación de los artículos 1262 del CC, y 54 del CCom., que regulan el momento y el lugar e perfección de los contratos celebrados a distancia, con un doble efecto: de una parte, establecer el momento a partir del cual se considera que el contrato se ha celebrado, y de otra parte, determinar cual es el lugar de celebración del contrato por su trascendencia a la hora de determinar jurisdicción competente y derecho aplicable.

La LSSI, prevé la posibilidad que en la contratación electrónica intervengan consumidores, estableciendo exigencias tuitivas y protectoras en beneficio del consumidor, distinguiéndolas de las relaciones contractuales en las que intervienen prestador de servicios de la información y empresario, así en el supuesto de consumidores, las informaciones precontractuales son imperativas para el prestador del servicio y meramente dispositivas en los contratos con empresarios como hemos visto al tratar el art. 27.

La misma circunstancia se da con la información post contractual del art. 29, así como lo previsto en cuanto al lugar de celebración del contrato que para el supuesto de intervención de un consumidor el art. 29 prevé sea el lugar del domicilio del consumidor, y cuando intervienen empresarios o profesionales, debe entenderse como lugar de celebración el del lugar en que este establecido el prestador de servicios.

#### b) El TRLGDCU

En el contrato electrónico, definido como aquel en que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos conectados a una red de telecomunicaciones (LSSI, Anexo, definiciones, letra h)).

En múltiples ocasiones, el contrato electrónico, se celebrará entre un prestador de servicios, empresario, y un destinatario final, consumidor o usuario, entendiendo por consumidor:

«A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial a aquella persona física o jurídica que interviene en



la relación negocial con interés ajeno a su actividad empresarial o profesional»(art.3 del TRLGDCU).

Y por empresario:

«A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica ya sea pública o privada que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión» (art.4 del TRLGDCU).

El TRLGDCU dedica el Libro II, Título III, artículos 92 al 96, a la contratación a distancia, estableciéndose las excepciones a la aplicación de esta norma en el art. 93, excluyéndose entre otras, actividades novedosas hasta la reforma operada por la Ley 3/2014 de 27 de marzo<sup>410</sup> como son los contratos de servicios sociales, los contratos de servicios relacionados con la salud, los contratos relacionado con actividades de juegos y apuestas, y nuevamente se excluyen los contratos de servicios financieros.

El TRLGDCU regula los contratos celebrados a distancia con los consumidores y usuarios en el marco de una actividad empresarial y siempre que la oferta y la aceptación se emitan de forma exclusiva a través de una técnica cualquiera de comunicación a distancia y dentro de un sistema organizador por el proveedor o empresario.

Así pues los pilares de esta contratación serán, además de las partes consumidor o usuario y empresario, que sea un contrato celebrado a distancia, sin presencia física de las partes, y la oferta y aceptación a través de un medio de comunicación dispuesto por el empresario.

La Ley 3/2014 de reforma del TRLGDCU, contiene un art. 92, nuevo, más que reformado pues introduce en su número 2) una nueva redacción que supone reforzar el ámbito de aplicación del TRLGDCU a los contratos celebrados con consumidores y usuarios fuera del establecimiento mercantil, lo que implica una importante mejora y amplitud en cuanto a las medidas de protección del consumidor.

La aplicación del TRLGDCU y de la LSSI coincidirá en no pocas ocasiones, debiendo optar para resolver su solapamiento, por los principios de especialidad y complementariedad relativa.

---

<sup>410</sup> Cfr. Ley 3/2014, de 27 de marzo por la que se modifica el 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.

El art. 94 del TRLGDCU, «Comunicaciones comerciales y Contratación electrónica», prevé la aplicación de la LSSI en las comunicaciones comerciales que se emitan a través de medios electrónicos, así como en la contratación electrónica de bienes o servicios por medios electrónicos, solapamiento y complementariedad entendemos se enmarca en el espíritu proteccionista hacia el usuario y consumidor, fortaleciendo la seguridad jurídica en el ámbito de la contratación electrónica, estableciendo la especialidad de la LSSI en el segundo párrafo de este precepto para el supuesto que pueda existir contradicción entre lo dispuesto en sede de consumo y servicios de la información, optándose por esta última.

La aplicación conjunta de ambos textos legales, no solo puede darse, sino que incluso se hace necesaria en muchos supuestos<sup>411</sup>, pues en aras de la seguridad jurídica, a los deberes de informar exigidos en la LSSI se deben sumar los contemplados también en el TRLGDCU en un ejercicio de compatibilidad, y sin embargo, la LSSI establece que cuando la contratación electrónica sea exclusivamente entre partes que son empresarios, no son exigibles determinados deberes de información por lo que no serán de aplicación los preceptos del TRLGDCU que si consideran exigible la citada información, entrando en clara incompatibilidad ambos textos.

Así como afirmamos que la complementariedad de los textos legales beneficia la seguridad jurídica y agiliza la evolución del iter negocial, no es menos cierto que la multiplicidad de textos legales, dispersión legislativa, versando sobre la misma materia como la información precontractual y la información postcontractual, puede hacer dudar al destinatario final, sea usuario o consumidor, profesional, actúe en ámbito de su ejercicio profesional o empresarial o sea a título particular, y situarlo en una posición de bloqueo informativo pues tendrá más de un texto donde encontrar referencias ya desde el inicio de la contratación.

Hubiera sido preferible contar con un código de consumo único y suficientemente amplio a modo del Código de Consumo francés más próximo al proyecto y anhelo de un Código de Consumo Europeo. Incluye el texto francés materias que en nuestro ordenamiento jurídico son atendidas por leyes sectoriales, como es la publicidad<sup>412</sup>, y a esta materia se refiere el art. 121.1.

---

<sup>411</sup> Cfr. CAVANILLAS, «Responsabilidad civil...», pp.138 y 139, en GONZÁLEZ ALAIZA CARDONA, J.J, p.1690, nota pie de página 228, «Tratado de Contratos», 2009, T.II.

<sup>412</sup> Cfr. Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation, en [http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file\\_id=177406](http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=177406), consultado el 3 de marzo de 2014.

Esta estructura de codificación favorece y agiliza la actividad, tanto proveedores como usuarios acuden a un mismo texto legal lo suficientemente amplio y previsor, reuniendo en él la mayor parte de las especialidades legislativas.

### c) La LOCM

El texto legislativo ha tenido, y sigue siendo objeto, de continuas reformas a tenor de la evolución legislativa de la comunidad europea, si bien el legislador español, tal y como reza en la Exposición de Motivos de la Ley 47/2002 de 19 de diciembre, ha hecho un notable esfuerzo<sup>413</sup> ya desde 1996, fecha de promulgación de la LOCM, para atenerse en la regulación de la materia a lo que entonces no era más que un proyecto de Directiva. Los puntos fundamentales y garantistas del consumidor ya cubría el texto legal, como el derecho de desistimiento, la prohibición de envíos no solicitados y los deberes de información entre otros.

Las ventas a distancia se encontraban reguladas exclusivamente en la LOCM en los artículos 38 al 48<sup>414</sup>, con analogía a lo regulado en el TRLGDCU en sus arts. 92 a 101<sup>415</sup>, en cuanto a contratos celebrados a distancia y contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, y los arts. 102 a 108 del TRLGDCU, en cuanto al derecho de desistimiento.

En su art.1.2 la LOCM entiende por comercio minorista aquella actividad desarrollada profesionalmente con ánimo de lucro consistente en ofertar la venta de cualquier clase de artículos a los destinatarios finales de los mismos, utilizando o no un establecimiento.

Podríamos entender que el texto normativo quiere atender la contratación a distancia, como luego vemos en los arts. 38 a 48 de la LOCM, pero bien es cierto que las referencias al consumidor, hasta la reforma operada por la Ley 47/2002 de 19 de diciembre, son escasas.

La idea más acertada será entender que la LOCM, por su cierta especialidad, se aplica no solo cuando el vendedor es un comerciante y el comprador un consumidor,

---

<sup>413</sup> Cfr. Ley 47/2002 de 19 de diciembre, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, para la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia, y para la adaptación de la Ley a diversas Directivas comunitarias.

<sup>414</sup> Cfr. Derogados los arts. 39 a 48 de la LOCM, por la Disposición Derogatoria Unica de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios, y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

<sup>415</sup> Cfr. Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios, y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

sino también, y más acertado, cuando el vendedor es un comerciante y el comprador también lo es, y deviene como destinatario final del producto.

El TRLGDCU en la actividad comercial en que interviene el consumidor o usuario, será la guía de aplicación en el estudio e interpretación de la relación negocial, quedando la LOCM como texto de equivalencia en los artículos que fuera de aplicación.

La LOCM regula y dirige las relaciones de los comerciantes hacia fuera, estableciendo las fechas de temporadas de rebajas; las normas de cumplimiento de venta y oferta de productos; horarios; y pagos a proveedores, entre otros. Es llamativo el art. 48 del texto, con relación a lo inmediatamente citado: “Cuando el comprador sea un consumidor...” nos remite a la Ley 26/1984, de 19 de Julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

#### d) La LCGC

Su ámbito objetivo es dar respuesta a aquellas cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato ha sido 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<sup>416</sup>.

El ámbito subjetivo de la ley será para los contratos que contengan condiciones generales de la contratación y celebrados entre un profesional denominado predisponente y cualquier persona física o jurídica, denominada adherente.

El predisponente, profesional, es a criterio de esta ley, toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial sea pública o privada; y adherente podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad.

Debemos tener en cuenta que también en el texto legal se hace referencia expresa al consumidor como tal, al tratar la nulidad de aquellas condiciones generales incorporadas al contrato, y que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en la Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, y en particular serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor (art.8.2 de la LCGC).

Dentro de la contratación electrónica es habitual insertar en el contrato condiciones generales de la contratación.

---

<sup>416</sup> Cfr. LCGC, art. 1.

Los requisitos de incorporación de las condiciones generales vienen establecidos en el art. 5 de la LCGC<sup>417</sup>, siendo necesario que para tal incorporación al contrato, sean aceptadas por el adherente y firmado por todos los contratantes, y siendo imprescindible, que previamente se hubiera cumplido por el predisponente con los deberes de información precontractuales, y le hubiera remitido al adherente, un ejemplar de las mismas.

En este art.5, nº 2 de la LCGC, se prevé que cuando interviene fedatario público, notario, los adherentes podrán exigir al notario que no transcriba en la escritura pública las condiciones generales de la contratación, aunque sí deje constancia de las mismas en la matriz de la escritura, incorporándolas como anexo. El notario, previamente a la firma, deberá asegurarse que los adherentes tienen conocimiento de todas las condiciones generales.

Este nuevo artículo 5 de la LCGC, nace con una pretensión no solo tuitiva a favor del consumidor, sino como marco regulador o principio general de incorporación de las condiciones generales al contrato.

En el número 3 del art. 5 de la LCGC, de su lectura deducimos que regula los supuestos de contratación fuera de establecimientos mercantiles, al establecer que: “3.Cuando el contrato no deba formalizarse por escrito, y el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contratación recibida, bastará con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración, o que de cualquier forma garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración”...”.

#### e) La LCDSFC

Sectorialmente, y en el ámbito de la contratación o comercio electrónico, términos estos que irán parejos dado el vínculo contractual que surge al ofrecer y aceptar bienes o servicios entre consumidores y proveedores profesionales oferentes, debemos hacer mención a la Ley 22/2007 de 11 de julio de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores (en adelante LCDSFC), que traspone al Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002.

---

<sup>417</sup> Cfr. Ley 3/2014 de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU, y otras leyes complementarias, en la que por su Disposición derogatoria única, nº 2, se droga el apartado 4 el art. 5 de la LCGC; así como el RD 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la LCGC.

Esta Ley tratará de proteger a los consumidores que lleven a cabo operaciones de comercialización a distancia (entendiéndose por esta cualquier forma de comunicación sin la presencia física y simultánea de proveedor y consumidor, bien por medios telemáticos, electrónicos, telefonía y similares) de servicios, o productos financieros (servicios bancarios habituales de crédito y pago, cuentas corrientes, inversión, seguros, planes de pensiones, fondos de inversión, valores...) y todo ello dada la incorporación a la vida económica y social de nuevas técnicas de comercialización, que si bien agilizan y favorecen el comercio, no es menos cierto, no están exentas de inseguridades, máxime por el carácter incorporeal de los servicios financieros.

Dado el carácter sectorial de la LCDSFC, su justificación es regular el modo o forma en que se comercializan a distancia los servicios financieros, y las partes intervinientes como son proveedor de servicios financieros y consumidor.

En base a estos pilares serán de aplicación la normativa general sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico que se contiene en la Ley 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico (en adelante LSSI), y la Ley de Ordenación del Comercio Minorista Ley 7/1996 de 15 de enero (en adelante LOCM), así como la normativa que afecte a los consumidores, y la normativa específica que rige la prestación de los servicios financieros.

Especialmente nos ocupa la posición del consumidor en la contratación electrónica, máxime cuando los bienes o servicios que contrata son financieros. La ley sectorial, no excluye ni puede vivir aislada de otros textos legislativos que la arropan y complementan.

A lo largo del texto normativo se desarrolla y define cada aspecto de este enunciado, siendo la justificación de la LCDSFC la materia de los servicios financieros, el modo o forma en que se comercializan como es la contratación a distancia y las partes intervinientes como son proveedor de servicios financieros y consumidor.

A grandes rasgos, esta Ley presenta tres líneas o aspectos fundamentales que vamos a plantear y nos va a situar en el escenario adecuado<sup>418</sup>, señalando que si bien es un texto legislativo sectorial, viene informado como veremos de principios que nos serán comunes en la contratación electrónica:

---

<sup>418</sup> Cfr. TAPIA HERMIDA, A.; «La Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores», Revista de Derecho Bancario y bursátil (RDBB) Julio-Sep. 2007, «Noticias» pp. 281 y ss.

- Aspecto Formal, punto de partida, en cuanto regula el comercio electrónico, y parte de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el correo electrónico en el mercado interior (Directiva del Comercio Electrónico) incorporada mediante Ley 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico.

-Aspecto material o sustancial de orden genérico, protección de los consumidores, partiendo de la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo, referente a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. En lo relativo a ventas a distancia, será referencia el Capítulo II, Título III de la LOCM, en su redacción dada por el art 3 de la Ley 47/2002 de 19 de Diciembre.

Con relación a la protección de los consumidores, se debe destacar la Ley 44/2006 de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios<sup>419</sup>. Es una Ley de Mejora, en el ámbito general, y así establece:”Se habilita al Gobierno para que en el plazo de 12 meses proceda a refundir en un único texto la Ley 26/1984 de 19 de julio General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y las normas de transposición de las Directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que inciden en aspectos regulados por ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos”(Disposición Final Quinta Ley 44/2006 de 29 de diciembre).

Hubiera sido una excelente oportunidad, para haber salvado la deficiencia que presenta el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) de no incluir en su ámbito de aplicación los contratos celebrados a distancia sobre servicios financieros<sup>420</sup>, pues si bien es cierto que la LCDSFC goza de especificidad, dado su evidente carácter proteccionista del consumidor, debería no haber excluido la materia citada de su ámbito de aplicación<sup>421</sup>, pero no es menos cierto, que el abuso de leyes especiales, si bien necesarias, genera desconcierto entre los consumidores siendo deseable y preferible contar o conseguir una recodificación en materia de consumo a modo de Alemania en la *Gesetz zur Modernisierung der*

---

<sup>419</sup> Cfr. MARTÍNEZ ROSADO, J.; «La Reforma de la Legislación de Defensa de los Consumidores y Usuarios», RDBB Enero-Marzo 2007, pp. 213 y ss.

<sup>420</sup> Cfr. Real Decreto Legislativo 1/2007 de 18 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Título III, Capítulo I, art. 93.

<sup>421</sup> Cfr. FERNÁNDEZ PÉREZ, N.; «El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores. Especial referencia a la relativa a los servicios financieros», 2009, pp. 136 y ss.

*Schuldrechts* Ley para la Modernización del Derecho de Obligaciones, de 11 de octubre de 2002<sup>422</sup>.

- Aspecto material o sustancial de orden específico, por cuanto regula la comercialización a distancia de los servicios financieros. Parte de la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre, Directiva que modifica la 90/619/CE; 97/7/CE y 98/27/CE, parcialmente incorporadas mediante la Ley 34/2003 de 4 de noviembre de modificación y adaptación a la normativa comunitaria en materia de seguros privados.

Tiene este texto legal, la LCDSFC, marcado sentido proteccionista para el consumidor, confirmado en la redacción del artículo 3 de la misma considerando nula la renuncia, tanto explícita como implícitamente a los derechos reconocidos en la misma, y será de aplicación incluso cuando la ley elegida para regir el contrato sea la de un Estado no comunitario “siempre que el contrato tenga un vínculo estrecho con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Superior” (art.3, III de la LCDSFC).

Pero si bien, es plausible este esfuerzo del legislador nacional y comunitario en el sentido proteccionista del consumidor, encontramos que en nuestro texto de referencia nacional, el TRLGDCU (art. 93, letra d))<sup>423</sup>, se excluye la materia de contratación a distancia de servicios financieros<sup>424</sup>, lo cual, resulta a todas luces una pérdida de oportunidad en aras a la mejora de la protección de los derechos del consumidor. Hubiera sido más deseable conciliar la regulación general de los contratos a distancia del TRLGDCU con la específicamente dictada para la comercialización a distancia de servicios financieros<sup>425</sup>.

En esta línea de conciliación legislativa, y en derecho comparado, el legislador francés optó por trasponer la Directiva 2002/65/CE en el Código de Consumo (*Code de la Consommation, arts. L 121-16 y ss*). En Alemania, en el año 2001 y con clara vocación de seguridad jurídica y actualización del Código Civil a las nuevas tecnologías, se incluye la regulación general de los contratos a distancia con consumidores en el Código Civil (BGB). En el año 2004, se incluyó la regulación

---

<sup>422</sup> Cfr. PLAZA PENEDES, J.; «La contratación electrónica en la Ley de Servicios de la Información y Comercio Electrónico», *Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 1, 2003, p. 76.

<sup>423</sup> Cfr. Ley 3/2014 de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU, y otras leyes complementarias.

<sup>424</sup> El mismo criterio se mantiene en el art.38.3 de la LOCM, lo que no contribuye a la unificación en modo alguno.

<sup>425</sup> Cfr. ARROYO APARICIO, A.; «Comercialización a distancia des servicios financieros destinados a los consumidores según la Ley 22/2007 de 11 de julio», «*Contratos Mercantiles*», 2009, Tomo I, p.1479.



específica para los servicios financieros completando así la materia de contratación a distancia.

En nuestro ordenamiento jurídico, y al igual que el legislador alemán se pretende incorporar al Código Civil, la regulación general de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles<sup>426</sup> en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, en sus arts. 1265 y 1266.

Asimismo es de destacar, en esta Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización, como en la Sección Vª del Título II, se pretende llevar y regular la contratación a distancia fuera de los establecimientos mercantiles (art.1265); y como en el art.1266, en su número 2, y refiriéndose a las excepciones de aplicación de esta Sección Quinta, establece que:

“Las disposiciones de la presente Sección, no se aplicarán: 1º..., 2º. A los contratos a distancia regulados en la Sección Sexta y a las comunicaciones comerciales por vía electrónica.

Al llegar a la Sección Sexta, “De la Protección de los Consumidores en los Contratos a distancia”, en cuanto a la norma aplicable, se señala:

“1. Se registrarán por este Código y por la legislación especial para la defensa de los consumidores o usuarios los contratos celebrados a distancia entre un profesional y un consumidor o usuario, sin la presencia física de los contratantes, cuando la oferta y la aceptación se realicen exclusivamente mediante técnicas de comunicación idóneas para ello, dentro de un sistema organizado por el citado profesional.

2. Las disposiciones de la presente Sección no serán aplicables a los siguientes contratos:

- a)...
- b)...
- c) Los contratos sobre servicios financieros
- d)....

---

<sup>426</sup> Cfr. «Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos», Comisión General de Codificación-Sección de Derecho Civil-Boletín de Información del Ministerio de Justicia. Año LXII Enero 2009.

...” (art.1267 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos).

Nuevamente nos encontramos con la exclusión de la contratación a distancia de servicios financieros, en el Proyecto de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos.

Como hemos afirmado hubiera sido deseable, no excluir la materia de servicios financieros de la normativa general de defensa de consumidores y usuarios.

No obstante merecen destacarse aquellos aspectos más generales de la LCDSFC, tras lo que podremos afirmar se ha dotado al consumidor de una amplia cobertura en garantías y derechos en pro de la seguridad jurídica, no solo para los contratantes, sino también para los proveedores y la actividad económica de este sector en particular.

### **3.5. Concepto de contrato u operación bancaria electrónica**

En cuanto al concepto de contrato u operación bancaria, no se describe en ningún texto normativo, como en cambio si se hace por ejemplo en la LMV, art. 36 en cuanto a la regulación de las operaciones del mercado secundario de valores de una manera extensa.

Debemos residenciar la contratación bancaria electrónica en el ámbito general de los contratos bancarios, lo que nos servirá al menos para tener una sede de partida, pues ya de por si constituye la contratación bancaria un no poco extenso y complejo entramado de figuras y operaciones diversas<sup>427</sup>.

A esta compleja diversidad de operaciones de la contratación bancaria, debemos añadir aquellas operaciones en que interviene un consumidor, que a la postre son la mayoría de ellas.

La intervención de un consumidor, implica la aplicación del acervo de normas de protección de los consumidores, no solo la específica en cuanto a comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores, la LCDSFC. En el TRLGDCU, y en cuanto a contratos celebrados a distancia, Título III, Capítulo I, en el art. 93 se excluyen de su aplicación los contratos de servicios financieros<sup>428</sup>.

---

<sup>427</sup> Cfr. MARIMÓN DURA, R.; «La tutela del usuario en el contrato bancario», Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías (RDNT) 2010, n.º. 8 de 2010, p. 35.

<sup>428</sup> Cfr. TRLGDCU, art. 93, d), tras su modificación operada por la Ley 3/2014 de 27 de marzo por la que se modifica el TRLGDCU y otras leyes complementarias.

Pese a que se establezca esta excepción de aplicación, nada obsta y así se establece, a que el TRLGDCU sea aplicable a las operaciones bancarias con consumidores, bien presencialmente o a distancia, siendo de aplicación lo dispuesto en los arts. 59 a 79 del TRLGDCU, así como lo dispuesto en los arts. 80 a 91 del mismo cuerpo legal, esencialmente reguladores de la información y de las cláusulas abusivas en la contratación<sup>429</sup>.

El art. 59, n° 2, del TRLGDCU, y en cuanto al régimen normativo de los contratos con consumidores y usuarios, establece que los mismos se regirán, en todo lo que no este expresamente establecido en esta norma o leyes especiales, por el derecho aplicable a los contratos, y evidentemente será el Derecho civil y mercantil.

Este mismo precepto se refiere a la regulación sectorial de los contratos, y es exponente de la pretensión del legislador de reforzar la protección del consumidor, no cerrando posibilidades a las que acogernos en la regulación normativa, sino abriéndolas:

“La regulación sectorial de los contratos con los consumidores y usuarios deberá respetar el nivel de protección dispensado en esta ley, sin perjuicio de que prevalezcan y sean de aplicación preferente las disposiciones sectoriales respecto de aquellos aspectos expresamente previstos en las disposiciones del derecho de la Unión Europea de las que traigan causa. No obstante lo previsto en el párrafo anterior, la regulación sectorial podrá elevar el nivel de protección conferido por esta ley siempre que respete, en todo caso, las disposiciones del derecho de la Unión Europea.”(art.59, n° 2 del TRLGDCU).

La dificultad de establecer un concepto, o definición de contrato bancario electrónico, estriba en gran parte en la diversidad operativa en que se manifiesta la actividad bancaria, pues de un lado nos encontramos jurídicamente con auténticos contratos, como también con lo que venimos a denominar “operaciones”, con igual transcendencia jurídica, aunque algunas de estas operaciones puedan tener un sentido más material que jurídico o de negocio<sup>430</sup>.

La utilización del componente electrónico puede darse tanto en la fase de formación del contrato como en la fase de ejecución del mismo, siendo el elemento relevante en cuanto a la calificación de contrato bancario electrónico, el hecho de que este elemento electrónico sirva para la formación de la voluntad negocial y su ejecución.

---

<sup>429</sup> Cfr. MARIMÓN DURA, R.; «La tutela del usuario en el contrato bancario», Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías (RDNT) 2010, n°. 8 de 2010, p. 37.

<sup>430</sup> Cfr. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.; «Las entidades de crédito y sus operaciones bancarias neutras», 2006, p.161.

Puede haber fases del contrato que no sean presenciales, pero la determinación de esta tipología de contrato, como contrato electrónico, se centra en el hecho de que la declaración de voluntades contractuales, en su totalidad o en parcialmente, se manifiesta formalmente por una técnica de comunicación a distancia<sup>431</sup>.

El medio electrónico empleado, sirve a la postre de prueba de la ejecución del contrato y del contrato mismo.

La LSSI define el contrato electrónico en su Anexo, letra h) como: “todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones”.

En consonancia con lo expuesto, y conforme a lo previsto en la LSSI, lo determinante en la contratación electrónica es la utilización de medios electrónicos como forma o medio de relación negocial, y su utilización como vehículo para la formación de voluntades esencialmente en la oferta y la aceptación, lo que podemos entender tras la lectura del texto normativo, es que debe ser relevante la utilización de estas técnicas para la formación de voluntad de contratar, para determinar que estamos en presencia de un contrato electrónico, aunque en determinadas fases no sea electrónica la comunicación.

En la contratación bancaria la utilización de medios de comunicación a distancia, esencialmente internet, para contratar no solo es un hecho, sino realidad en continuo crecimiento, en gran parte por abaratamiento de coste que supone para ambas partes.

Los contratos electrónicos bancarios, son auténticos contratos en el sentido de lo proclamado por nuestro CC en su art. 1278 que proclama la libertad de forma, y la electrónica es una de ellas, así como por lo expuesto en el art. 1261 de este mismo cuerpo legal, en que se establecen los elementos esenciales para que podamos hablar de contrato: consentimiento, objeto y causa.

Las diferencias entre la contratación bancaria electrónica con la presencial, radican en la especialidad proclamada en la LSSI, pero que en sede contractual se cimenta en el CC y CCo, estableciendo el art.23, nº de la LSSI que los contratos celebrados por vía electrónica producirán:”...todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez. Los contratos electrónicos se regirán por lo dispuesto en

---

<sup>431</sup> Cfr. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.; «Las entidades de crédito y sus operaciones bancarias neutras», 2006, p.162.

este Título, por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial.”<sup>432</sup>

En consecuencia para que un contrato bancario electrónico, al igual que un contrato formalizado presencialmente, tenga plenos efectos jurídicos y transcendencia en suma en la actividad económica y negocial de las partes, es preciso y esencial que concurren todos los elementos contractuales necesarios para la validez de los contratos: consentimiento, objeto y causa. La forma, utilización de medios electrónicos se enmarca dentro del principio de libertad de forma (art.1278 del CC).

Podemos aproximar una definición de contrato bancario electrónico, como aquellas relaciones negociales, que por voluntad de las partes se gestan, formalizan y ejecutan, mediante el empleo de una técnica de comunicación a distancia (correo electrónico, páginas *web*, telefonía vocal,..), técnica que será esencial en la formación de las voluntades negociales de las partes.

El rasgo diferenciador en la contratación bancaria electrónica será el objeto del contrato, operaciones bancarias neutras, o bancarias en general que el proveedor pueda ofertar. Comparte la contratación bancaria electrónica, los mismos perfiles contractuales regulados en la LSSI como la LOCM (art.38):

a) celebrados sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor

Ciertas peculiaridades del sector bancario, nos obligan a mantener un criterio amplio interpretativo, así, las operaciones de caja realizadas mediante cajero automático en locales donde se ubican las oficinas bancarias, y realizándose horario comercial, cuando están presentes los empleados de las oficina, y ante ellos, no dejará de ser una operación electrónica, pues el medio utilizado para formalizar de inicio a fin el contrato es un medio electrónico siguiendo un menú informático predispuesto por el proveedor.

Dejará de ser contratación electrónica, cuando dicha operación se realice en presencia física de las partes, aunque el medio utilizado sea electrónico pero solo por una de las partes, el proveedor que recibe nuestras instrucciones.

b) la oferta y la aceptación, se transmite de forma exclusiva por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones

---

<sup>432</sup> Cfr. LLANEZA GONZÁLEZ, P.; «E-contratos. Modelos de contratos. Cláusulas y condiciones generales de la contratación comentadas», 2004, BOE, p.211.

No obstante, y como ya hemos afirmado, en el proceso de declaración de voluntades, en su totalidad o en parte, debe manifestarse por medios electrónicos, pero nada obsta que se den informaciones no por este medio.

Lo esencial y definidor es que la utilización del medio electrónico sea relevante, esencial, en la formación y definición negocial<sup>433</sup>. La aceptación de la oferta debe manifestarse por medio electrónico, lo que además será medio probatorio de la existencia del contrato, y

c) dentro de un sistema de contratación distancia organizado por el vendedor.

#### **4. Elementos contractuales**

##### **4.1 Existencia del contrato.**

Los contratos electrónicos, contratos celebrados por vía electrónica, son auténticos contratos, igual que cualquier otro y en los que se dan necesariamente las tres características del contrato: son negocios jurídicos, normas de conducta y relaciones jurídicas<sup>434</sup>, y en base a esto, y como contrato que es, deberá estar integrado de consentimiento, objeto y causa, de tal forma que “Los contratos celebrados por vía electrónica producirán los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos para su validez” (art.23.1 de la LSSI). La diferenciación estará en la forma de celebración, y como expresión del principio de libertad de forma proclamado en el art. 1278 Código Civil, eligiendo las partes para la celebración del contrato la vía electrónica.

##### 4.1.1 Las partes

###### 4.1.1.1 El prestador de servicios

Al proveedor o prestador del servicio, se refiere la LSSI de forma clara, y determina quienes son las partes en el contrato electrónico, de un lado, el prestador de servicios como persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de información<sup>435</sup>, y de otro, el destinatario del servicio como la persona física o jurídica que utiliza un servicio de la sociedad de información<sup>436</sup>.

En la LSSI es notoria la referencia al prestador de servicios, lo que evidencia en el sentido proteccionista de nuestro legislador en las relaciones prestador de servicios y

---

<sup>433</sup> GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.; «Las entidades de crédito y sus operaciones bancarias neutras», 2006, p.161.

<sup>434</sup> Cfr. GARCÍA PITA Y LASTRES, J.L.; «Derecho Mercantil de Obligaciones», Tomo II, 2010, p.1066.

<sup>435</sup> Cfr. LSSI, Anexo, definiciones, apartado a).

<sup>436</sup> Cfr. LSSI, Anexo, Definiciones, apartado d).

destinatario de los mismos, estableciendo, como es lógico, una serie de exigencias que garanticen la "limpieza" en la relación comercial, y donde la seguridad e información son elementales, así, entre otros, los arts. 27 y 28 que imponen deberes de información precontractual y posterior a la celebración del contrato<sup>437</sup>.

El prestador de servicios, su régimen jurídico, viene determinado por lo dispuesto en la LSSI, entendiéndose que debe ser un profesional en cuanto a actividad comercial, pero nos interesa más esta actividad que la de prestación de servicios de intermediación como puede ser el prestador que facilita la comunicación, que pone los medios técnicos para las relaciones comerciales.

La contratación electrónica se enmarca en consecuencia en la prestación de contenidos, que a la postre serán el objeto de este modo de contratar.

En cuanto al prestador de servicios, la LSSI se aplica a los prestadores de servicios de la sociedad de información establecidos en España y a los servicios prestados por ellos, tal y como establece el art.2.1 de la LSSI.

La radicación en territorio nacional será esencial para determinar la aplicación de la Ley, pero no basta que el prestador de servicios tenga su domicilio social, o residencia, sino que es preciso que efectivamente realice sus operaciones comerciales en territorio español, pues en otro caso tendríamos que considerar el lugar donde se realice la gestión y dirección administrativa realmente, puntualizaciones que no son sino transcripción del texto legislativo en el que el legislador establece claramente cual será el fuero a efectos de posibles conflictos entre las partes, bien en cuestión de efectividad jurídica de las comunicaciones entre las partes, bien cara a resolución de conflictos en sede judicial.

La LSSI también se aplicará cuando el prestador de servicios, estando radicado en un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, lleve a cabo relaciones comerciales con un destinatario radicado en España. Para los supuestos de estados que no formen parte de la Unión Europea o del Espacio económico Europeo, y enmarcado dentro del principio de libre prestación de servicios, deberemos acudir a los acuerdos internacionales que resulten de aplicación, y con las excepciones previstas en la LSSI<sup>438</sup>.

La libre prestación de servicios cuenta con limitaciones contenidas en el art. 8 de la LSSI y con relación al art. 11, excepciones encaminadas a cortar de raíz contenidos indeseados que atentan a la salvaguarda del orden público y a la esfera de

---

<sup>437</sup> Cfr. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J.; «Tratado de Contratos», T.II, 2009, p.1692.

<sup>438</sup> Cfr. LSSI art. 4 y relacionado con arts. 7.2 y 11.2.

la persona como es la protección de la infancia y de la juventud, al menor, discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social; estableciéndose en el art. 11 deber de colaboración de los prestadores de servicios en estos cometidos.

#### 4.1.1.2 El destinatario del servicio en el marco de la LSSI.

Será la persona física o jurídica que utiliza los servicios de la sociedad de la información, tal y como se expresa en el Anexo de la letra, letra c). Si el destinatario del servicio es un “consumidor” que reviste las características del art. 3 del TRLGDCU, además de la LSSI, le serán aplicables los preceptos del TRLGDCU que son claramente proteccionistas.

En la contratación electrónica entre particulares, será de aplicación la LSSI si versa su relación contractual sobre servicios de la sociedad de la información, aplicándose plenamente la LSSI, en caso contrario, si versa sobre contratación de un bien en particular, será de aplicación lo establecido exclusivamente para la contratación electrónica, arts. 23 y ss.

#### 4.1.2 Consentimiento y momento de perfeccionamiento del contrato

Si partimos de lo dispuesto en el Código Civil, el art. 1254 dispone que: “El contrato existe, desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar cosa o prestar algún servicio”, siendo el medio de expresión de las voluntades novedoso, es necesario el esfuerzo del legislador y tribunales en aras a adaptarse a las nuevas tecnologías: “El Derecho es para la vida, para esta vida, no para la vida de hace mil años”<sup>439</sup>.

La LSSI en su art. 23.1, establece que los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos jurídicos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos para la validez, que no son otros que los requisitos previstos y establecidos en el Título IV de la LSSI, en el CC y en el Código de Comercio (en adelante CCo).

Los requisitos del contrato electrónico son los mismos que se establecen en el CC en su art. 1261, que no son otros que consentimiento, objeto y causa; el consentimiento debe ser prestado por quien tenga capacidad para hacerlo, para obligarse, el objeto debe ser cierto y la causa debe existir y ser lícita: “Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producirán efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”, (art.1275 del CC).

---

<sup>439</sup> Cfr. GARRIGUES, J.; «Los contratos bancarios», Madrid 1975, p. X del prólogo y ss.



Un contrato genera siempre obligaciones, siendo pues esencial determinar a partir de que momento surgen las obligaciones entre las partes, momento de perfeccionamiento del contrato.

La contratación electrónica tiene como peculiaridad la "ausencia" "no presencia física" de los intervinientes, de tal modo que surgen distintas teorías o posturas en la materia y contempladas en el CC y el CCo, así la teoría del conocimiento que vincula la celebración del contrato al momento en el que el oferente ha tenido conocimiento de la aceptación de la oferta (art.1262 del CC y art. 54 del CCo), y la teoría de la emisión que defiende como momento de perfección del contrato aquel en que se emite la aceptación de la oferta.

Esta divergencia de criterios es entendible pues el CC en su art. 1258 vincula al consentimiento dado, a la emisión del mismo, los efectos o cumplimiento de lo pactado; puesto en relación con el art. 1262, veremos la diferencia de matiz, no siendo la emisión, el momento en que se manifiesta, la piedra angular sino que establece que el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato, estableciendo en su párrafo segundo que:

“Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no puede ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato en tal caso, se presupone celebrado en el lugar en el que se hizo la oferta” (art.1262, II del CC)”. Como vemos, en consecuencia, la postura de nuestro CC es la de la teoría del conocimiento.

Esta divergencia ha sido resuelta por la LSSI, resolviendo los criterios dispares existentes hasta ahora en el CC y CCo, y estableciendo un texto común para el CC art. 1262 y para el CCo, art 54:

“Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no puede ignorarla sin faltar a la buena fe<sup>440</sup>. El contrato en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos, hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación.» (Disposición adicional cuarta de la LSSI)”.

---

<sup>440</sup> Cfr. Ley 3/1991 de 10 de enero de Competencia desleal, modificada por Ley 29/2009 de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal. Art. 4. 1.

A tenor de lo dispuesto en este último párrafo del art. 1262 del CC y del art. 54 del CCo, y con relación a los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos, determinar el momento en el que debe entenderse se “manifiesta la aceptación” plantea cuestiones de índole de seguridad jurídica, cara a la perfección del contrato. Es más fácil y accesible conocer el momento en que se acepta la oferta, contrato, que el momento en que se emite la manifestación de voluntad aceptando<sup>441</sup>.

Lo inmediatamente expuesto, no hace sino ahondar en la discusión doctrinal en cuanto a la teoría de la emisión (acogida antaño en el art. 54 del CCo), y la teoría del conocimiento, al objeto determinar el momento en que debemos considerar que se perfecciona el contrato.

En torno a los contratos celebrados mediante “dispositivos automáticos”, aunque la evidencia muestra que en sede de contratación electrónica nos encontramos, se plantea la duda razonable en cuanto a que debemos entender por “dispositivos automáticos”.

Una interpretación, más generalista y flexible, permite entender por “dispositivos automáticos” a todo sistema de transmisión de carácter electrónico.

Del tenor normativo (art.1262 del CC y 54 del CCo), podría deducirse que la intención del legislador, ha sido la de aunar contratación electrónica en general y la contratación a distancia, aunque si bien esta postura flexible es dable, no debemos apartarnos del tenor literal de la ley, entendiendo que la intención del legislador no es otra que la de diferenciar la contratación electrónica en general, de la contratación a distancia en particular<sup>442</sup>.

Otra interpretación más detallada, nos permitiría centrar el concepto de “dispositivos automáticos”, entendiendo por tales todos aquellos medios que cuentan con cierto grado de automatismo, esto es, en los que se produce una inter actuación de las partes, sin su presencia física, a través de la *web* u otra plataforma útil al fin previsto, y en la que el prestador del servicio responde al mensaje del aceptante a través de un ordenador al efecto programado (agentes electrónicos) y que va a ser el interlocutor en el proceso contractual.

Bastaría que el destinatario de la oferta emita su declaración de aceptación para considerar perfeccionado el contrato, de tal manera que no exista la posibilidad

---

<sup>441</sup> Cfr. BARRAL VIÑALS, «Homenaje al profesor MARIANO ALONSO PÉREZ, Tomo I, Ob.cit., p.113, en MARIMÓN DURA, R.; «La tutela del usuario en el contrato bancario», Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías (RDNT) n°. 8 de 2010, p. 154.

<sup>442</sup> Cfr. FERNANDEZ PÉREZ, N.; «El nuevo régimen de la contratación a distancia...», ob.cit. p.62, en MARIMÓN DURA, R.; «La tutela del usuario en el contrato bancario», Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías (RDNT) n°. 8 de 2010, p. 155.

de oposición si se produce algún error que evite que el servidor reciba la aceptación, lo que esta en sintonía con lo previsto en el art. 1262, II, del CC y del art. 54, II, del CCo<sup>443</sup>.

En los procesos de contratación por sistema de correo electrónico, no existe la automaticidad, pues si bien se transmiten por medio de redes y equipamientos informáticos, se da personalización entre los que actúan, no hay “automatismo” en cierto modo impersonal. Estas transacciones deben regirse por lo previsto en art. 1262, II, del CC y del art. 54, II, del CCo, y en consecuencia la perfección del contrato se producirá por la toma de conocimiento, o recepción del mensaje en el servidor del oferente.

Podemos entender en consecuencia, que nuestro legislador opta para la contratación a distancia por la teoría del conocimiento al entender que el perfeccionamiento del contrato tendrá lugar cuando el oferente tenga conocimiento de la aceptación, o bien, desde que el remitente habiéndosela enviado, no pueda el oferente, negar tal aceptación sin faltar al principio de buena fe, buena fe objetiva como práctica comercial leal en contraposición a desleal y a la que no hemos referido<sup>444</sup>.

En virtud del ya citado principio de no alteración de las normas de derecho de obligaciones y contratos<sup>445</sup>, los arts. 1254, 1258, 1262 del CC establecen el criterio consensualista de la perfección, y son perfectamente aplicables a la contratación electrónica, como se desprende del art. 23.1 de la LSSI.

En virtud de lo anterior, la oferta electrónica es una auténtica oferta, en nada difiere de la propuesta negocial en presencia física de las partes, solo les distingue el medio por el que se transmite, vía electrónica, y la ausencia de presencia física de las partes.

Tengamos en cuenta que la contratación a distancia siendo un medio ágil para las relaciones comerciales, negociales, entraña ciertos riesgos, pues siendo especialmente sencilla, la llevamos a cabo desde nuestro mismo domicilio simplemente abriendo una dirección de internet, pudiendo incurrir en ser poco prudentes y contratar sin contar con la suficiente y necesaria información con relación al objeto del contrato (bien o servicio), del proveedor del servicio y de la trascendencia jurídica de aceptar, de pulsar el “clic”, pues debemos ser conscientes que el “clic” tiene efectos en la relación negocial.

---

<sup>443</sup> Cfr. MARIMÓN DURA, R.; «La tutela del usuario en el contrato bancario», Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías (RDNT) n.º. 8 de 2010, p. 157.

<sup>444</sup> Ver nota 28

<sup>445</sup> Cfr. Nota pie de pág. N.º 9, en p. 3

De otra parte merece ser resaltado que la contratación electrónica no es tangible ni física, ni vemos al proveedor ni tampoco contamos con documentación física inmediata, planteándose la duda si nuestro correo enviado ha llegado realmente a quien pensamos, y a mayor complicación, si el destinatario de nuestro “acepto” a medio de nuestro correo electrónico, pueda negar la recepción del mismo, incluso la contratación con nosotros, pues aunque en la memoria de nuestro ordenador y archivo figure la oferta y aceptación, no es infrecuente que se demore la recepción del “acepto” por puros problemas técnicos o de conexión de redes.

Nuestro legislador impone en la LSSI a los prestadores de servicios de la sociedad de información unos deberes de información precontractuales y post contractuales, que van orientados a crear un clima de seguridad en la contratación a distancia, tal y como se afirma en la exposición de motivos de la LSSI, en su expositivo tercero:

Destaca, por otra parte, en la Ley, su afán por proteger los intereses de los destinatarios de servicios, de forma que éstos puedan gozar de garantías suficientes a la hora de contratar un servicio o bien por Internet.

Con esta finalidad, la Ley impone a los prestadores de servicios la obligación de facilitar el acceso a sus datos de identificación a cuantos visiten su sitio en internet; la de informar a los destinatarios sobre los precios que apliquen a sus servicios y la de permitir a éstos visualizar, imprimir y archivar las condiciones generales a que se someta, en su caso, el contrato.

Cuando la contratación se efectúe con consumidores, el prestador de servicios deberá, además, guiarles durante el proceso de contratación, indicándoles los pasos que han de dar y la forma de corregir posibles errores en la introducción de datos.

En lo que se refiere a las comunicaciones comerciales, la Ley establece que éstas deban identificarse como tales, y prohíbe su envío por correo electrónico u otras vías de comunicación electrónica equivalente, salvo que el destinatario haya prestado su consentimiento” (LSSI, Exposición de motivos, III).

El oferente deberá confirmar la aceptación realizada una vez recibida tal como el texto legal establece en sus arts. 27 y 28, del citado texto legal LSSI, tratando de minimizar, los riesgos de esta forma de contratar en la que las partes no están presentes, y en este sentido así lo proclamaba el legislador comunitario<sup>446</sup>, señalando

---

<sup>446</sup> Cfr. Exposición de Motivos de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior (COM(1198) 586 final-98/0325(COD), de 18 de noviembre de 1998, (DO C 30 de 5.2.1999, p.4), pp. 11 y 12, en GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J. , en «Los

la Comisión Europea como ciertos requisitos formales en la celebración de un contrato electrónico, entrañan serios riesgos jurídicos que afectarán a su legalidad y validez, pues no era extraño observar como utilizándose como medio para contratar los medios electrónicos, se exigiera un documento en papel, un soporte duradero, o bien un original.

En esta línea proteccionista de nuestro legislador, tanto comunitario como nacional, y en particular al ser modificada la LSSI por la LMMISI, se modifica el art. 27 de la LSSI en sus apartados 1 y 2 relativos a los deberes de información precontractual, y así en el apartado dos, y en cuanto a la excepción de prestar la información precontractual prevé que las partes así lo acuerden y ninguno tenga la consideración de consumidor, y el supuesto en el que el contrato se hubiera celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u “otro tipo de comunicación electrónica equivalente”; idéntica redacción se utiliza en el art.28.3 de la LSSI.

Por “otro tipo de comunicación electrónica equivalente”, deberemos entender que se incluye a la telefonía y el fax, como bien refiere nuestro legislador en su exposición de motivos de la LCDSFC<sup>447</sup>, que aunque es ley especial, en cuanto a la libertad de forma, es perfectamente asumible, excepción hecha lógicamente por su especialidad en materia de servicios financieros, pero aporta, evita dudas, al considerar la telefonía y fax como medio electrónico equivalente.

Si bien es loable el esfuerzo legislativo, no es menos cierto que el avance de los medios y técnicas de comunicación es meteórico, sin margen al legislador para adaptar de inmediato las oportunas reformas legislativas, me refiero a la técnica que utiliza páginas *web* y en las que la contratación es a modo de *clic* del dispositivo, también las técnicas de las televisiones interactivas, sin olvidar los teléfonos móviles de última generación, los denominados WAP; las técnicas de videoconferencia.

Entendemos se hace necesario contemplar la modificación legislativa necesaria en cuanto a incluir y detallar en qué tipo de comunicación a distancia se exime de la obligación de prestar la información precontractual y post contractual de la LSSI, quedando difuso y lejano el término que utiliza nuestro legislador en la LSSI y LMMISI al referirse a “...otro tipo de comunicación equivalente...”, pues el término es genérico y abarca cualquier innovación en este campo de las comunicaciones.

---

Contratos de Adhesión y la Contratación electrónica», «Tratado de Contratos», T.II, 2009, p. 1693

<sup>447</sup> Cfr. LCDSFC. Exposición de Motivos I, in fine.

Es deseable, en aras a la protección del consumidor y de la seguridad jurídica, determinar el tipo o medio tecnológico que llevará aparejada la obligación de información en cualquier caso, y cual puede exceptuarse, pues no es lo mismo contratar desde mi propio domicilio, con un programa o recurso propio, el ordenador personal, el correo electrónico personal y el envío de mis mensaje y confirmación al proveedor que a su vez cuanta con la misma dotación de medios electrónicos y que recibirá mi acepto, que en el supuesto de una pantalla ya predispuesta, inalterable y solo de lectura, en la que el consumidor se va a limitar a *cliquear* contando exclusivamente con la información que encuentra en la pantalla, y evidentemente lo mismo ocurre, con la contratación a medio de los sistemas de telefonía móvil citados de última generación<sup>448</sup>.

#### 4.1.3 Forma y lugar de celebración del contrato

##### 4.1.3.1 Forma del contrato

En nuestro sistema jurídico rige el principio de libertad de forma, el art. 1278 del CC, y la llegada de la contratación electrónica obliga al legislador a adaptarse, así la LSSI en su art. 23.1 claramente vincula la contratación electrónica, entre otros, a los preceptos del CC y CCo en materia de contratos.

La forma es el medio a través del cual se plasma la voluntad de las partes, voluntad que para tener efectividad debe exteriorizarse<sup>449</sup>, y debe revestir esa manifestación de voluntad los requisitos que nuestro texto civil, y mercantil en su caso, requiere.

Dado que nos encontramos en ámbito de la contratación o comercio electrónico, fruto del ejercicio de la libre empresa, y facilitado por el avance tecnológico, llega el momento de darle forma al contrato.

Resultará paradójico decir que el soporte informático, equivale a documento privado; no lo es, toda vez que ese soporte duradero contendrá el iter de toda la relación comercial desde su inicio, hasta la manifestación del consentimiento, firma incluso.

La LSSI en su art. 23.3 y dentro del Título de la “Contratación electrónica”, establece que para el supuesto que el texto normativo, bien de carácter general, o bien sectorial, exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo

---

<sup>448</sup> Cfr. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J.; «Contratos de adhesión y la contratación electrónica», « Tratado de contratos», 2009, Tomo II, pp.1698 ss.

<sup>449</sup> Cfr. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.; «Contratos electrónicos anulables», en [www.larioja.org/685162\\_RADNT\\_N\\_21\\_2009](http://www.larioja.org/685162_RADNT_N_21_2009).

conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico.

Es en consecuencia razonable, equiparar documento escrito y soporte electrónico, con la ventaja que este último, por sus características propias (material vinílico, plástico, “chips”, carbono...) tiene más garantías de durabilidad que el papel, son los llamados soportes duraderos.

Las relaciones entre las partes se van a desenvolver a través de medios de comunicación a distancia, y en consecuencia las relaciones, “conversaciones”, entre las mismas, la información recibida, y demás elementos que formarán parte de los acuerdos comerciales, deberán estar recogidas en un “soporte duradero”.

Por “soporte duradero” debemos entender todo instrumento o medio, que permita al consumidor almacenar la información recibida, así como las comunicaciones habidas con el proveedor de manera fiable y accesible durante un determinado período de tiempo, que como mínimos entendemos será mientras duren las relaciones contractuales entre las partes.

Al referirse el texto normativo al medio susceptible de almacenar esta información, podemos señalar que soporte duradero serán entre otros, los *CD room*, *DVDs*. y discos duros de ordenador, sin que podamos considerar una página *web* como soporte duradero, porque no lo es, es temporal como bien conocemos<sup>450</sup>.

Este medio, el soporte electrónico, soporte duradero, permite, entre otros:

- a) dejar prueba tangible de la existencia y naturaleza de la intención de las partes de comprometerse
- b) alertar a las partes ante la gravedad de las consecuencias de concluir un contrato
- c) proporcionar un documento que sea legible en cualquier momento y para todos
- d) facilitar la reproducción de un documento de manera que cada una de las partes pueda disponer de un ejemplar de un mismo texto
- e) permitir la autenticación del documento con su firma (bien tras emitir una copia, o bien mediante firma electrónica), y

---

<sup>450</sup> Cfr. Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre.

f) contar con un documento que puede presentarse ante autoridades y organismos públicos tras la autenticación de su contenido, contar en suma con un soporte que facilitará y agilizará nuestra actividad particular o profesional en evitación de engorrosos trámites administrativos<sup>451</sup>.

En la legislación y actividad sectorial de la comercialización a distancia de servicios financieros, y precisamente, dada esa falta de presencia física, se hará preciso que las ofertas y la celebración de los contratos consten en un soporte duradero, y así lo contemplaba la Directiva 2002/65/CE en su art.5.1:

“El proveedor comunicará al consumidor todas las condiciones contractuales, así como la información contemplada en el apartado 1 del artículo 3 y en el artículo 4, en soporte de papel u otro soporte duradero accesible al consumidor y puesto a su disposición con la suficiente antelación antes de que el consumidor asuma obligaciones mediante cualquier contrato a distancia u oferta.”.

En este mismo sentido se ha recogido al transponerse al ordenamiento jurídico español por medio de la LCDSFC.

Nuestro texto legal establece la necesidad de recoger en soporte duradero todas las vicisitudes de las relaciones precontractuales, y por soporte duradero se entiende “todo instrumento que permita al consumidor almacenar la información dirigida personalmente a él, de modo que pueda recuperarla fácilmente durante un período de tiempo adecuado para los fines para los que la información está destinada y que permita la reproducción sin cambios de la información almacenada” (Art. 6.1 LCDSFC), es transposición del artículo 2, f) de la Directiva 2002/65/CE.

Este requerimiento, el de tener acceso a la información, y que se entregue en soporte duradero, es trata también en la LSSI, y así dispone que:

“Sin perjuicio de los requisitos que en materia de información se establecen en la normativa vigente, el prestador de servicios de la sociedad de la información estará obligado a disponer de los medios que permitan, tanto a los destinatarios del servicio como a los órganos competentes, acceder por medios electrónicos, de forma permanente, fácil, directa y gratuita, a la siguiente información...”. (Art. 10 de la LSSI).

También, la exigencia de entregar información en soporte duradero es preocupación en la legislación de consumo, y así en TRLGDCU, y en referencia a la confirmación escrita de “la información previa, establece que deberá facilitarse por

---

<sup>451</sup> Cfr. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J., cita pie de página 255, en p.1696, de «Contratos de adhesión y la contratación electrónica», «Tratado de contratos», 2009, Tomo II, p.1696.



escrito, o salvo oposición expresa del consumidor y usuario\_ en cualquier soporte de naturaleza duradera adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada” (Art.97.2 TRLGDCU).

#### 4.1.3.2 Lugar de celebración del contrato

Para la determinación de cual debe ser considerado el lugar de formalización del contrato, acude nuestro legislador a un criterio de delimitación subjetiva, y en base al mismo, el art.29 de la LSSI considera que cuando en un contrato celebrado por vía electrónica interviene como parte un consumidor, se presumirá celebrado el contrato en el lugar donde éste último tuviera su residencia habitual.

Cuando los contratos celebrados por vía electrónica sean celebrados entre profesionales se presumirá celebrado el contrato, en defecto de pacto, en el lugar en el que tuviera su residencia el prestador de servicios.

En este posicionamiento nuestro legislador en la LSSI, ha optado por una posición especial, sin establecer diferencias entre si las comunicaciones se han llevado a cabo por un sistema automático u otro sistema de transmisión electrónica, teniendo en cuenta que ambos supuestos son especiales respecto de la regla establecida por los arts. 1262 del CC y 54 del CCo

Se establece en consecuencia una vía de presunción, con claro carácter proteccionista del consumidor, y en evitación que se trate de eludir la norma por vía convencional, trasladando el fuero de ley aplicable al lugar de interés del proveedor.

En sede procesal, el art. 54.2 de la LEC no permite la sumisión expresa en aquellos contratos de adhesión o que contengan condiciones generales de la contratación impuestas por una de las partes, o que se hubieran celebrados con consumidores o usuarios.

Con este mismo afán proteccionista nuestro legislador en materia procesal, establece que en aquellos procesos que tengan por finalidad la no incorporación al contrato, o la nulidad de cláusulas de condiciones generales de contratación, será competente el tribunal del domicilio del demandante.

En los supuestos en los que se ejerciten acciones declarativas de cesación, o de retractación, serán competentes los tribunales del lugar donde el demandado tenga su establecimiento, y a falta de este, el de su domicilio; y si el demandado no tuviera domicilio en territorio español, el del lugar donde se hubiera realizado la adhesión (art.52.1. aptdo.14 de la LEC).

Las disposiciones normativas son claras y determinantes en cuanto a su obligatoriedad, bien es cierto que en materia de consumo, o indirectamente relacionado con ella, la normativa es prolija y proteccionista para el consumidor como la parte más débil interviniente en el contrato (contratos de adhesión la práctica totalidad) y cuyos intereses deben ser protegidos.

La determinación del fuero, no parece ser cuestión controvertida<sup>452</sup>, toda vez que nuestro legislador opta como norma, por determinar como fuero el de los tribunales del domicilio del consumidor de forma directa, evitado así problemas interpretativos, máxime cuando por la especialidad de la contratación, se presta a la imposición de cláusulas no queridas por el consumidor o usuario.

Curiosamente lo dispuesto en el art. 29 de la LSSI en cuanto a la determinación del lugar de celebración el contrato, no encuentra similitud en el TRLGDCU (arts. 92 y ss.) que se remite a las normas procesales en cuanto a la determinación del fuero, por lo que lo establecido en el art.29 de la LSSI debemos considerarlo propio de la norma especial que es, de contratación electrónica.

#### 4.1.4 Tipología de contratos electrónicos

En el tratamiento de la contratación electrónica, y especialmente en su práctica habitual, se hace necesario acudir a lo que podemos clasificar como “clasificación” o tipos de contratos electrónicos, siguiendo la influencia anglosajona en cuanto al empleo de los términos ingleses al calificar el tipo de contrato ante el que nos encontramos, y que será el modo en el que los encontraremos en los documentos y propuestas en cualquier ámbito.

El contrato electrónico es consecuencia de la existencia de comercio electrónico, lo que supondrá peculiaridades, no en cuanto a lo sustantivo, sino en cuanto a los intervinientes en la relación negocial, conviniéndose una clasificación al efecto que impera y se utiliza en el sector de la contratación electrónica, no como *numerus clausus*, sino como un modelo orientativo<sup>453</sup>, y siempre desde la especialidad de este modo de contratar.

Los intervinientes en la relación negocial son básicamente: a) empresarios y profesionales; b) consumidores o usuarios y c) Administraciones Públicas; y con estos

---

<sup>452</sup> Cfr. CAVANILLAS MUGICA, S.; «La conclusión del contrato e internet», ob.cit. p.196, en MARIMÓN DURA, R.; «La tutela del usuario en el contrato bancario», Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías (RDNT) n°. 8 de 2010, p. 160.

<sup>453</sup> Cfr. GARCÍA PITA Y LASTRES, J.L.; «Derecho mercantil de obligaciones», 2010, Tomo II, p.1065.

pilares es posible establecer una clasificación en base a las combinaciones de estos tres tipos de sujetos, lo cual nos permite establecer:

- Comercio Empresa con Empresa (*Business to Business*) o B2B.
- Comercio Empresa con Consumidor (*Business to Consumer*) o B2C.
- Comercio Empresa con Administración pública (*Business to Administrations*) o B2A.

A estas también pueden añadirse otras más, aunque algunas puede no pertenezcan propiamente dicho al comercio electrónico como lo hemos definido:

- Consumidor con Consumidor (*Consumer to Consumer*) o C2C.
- Consumidor con Administración Pública (*Consumer to Administrations*) o C2A.
- Consumidor con Empresa (*Consumer to Business*) o C2B.

Existen otras clasificaciones, una de ellas la que se basa en la existencia o no de fase precontractual, y en virtud de ello podemos hablar de contrato electrónico por negociación en el que existe una fase precontractual en la que hay intercambio de mensajes y contacto por diversos medios electrónicos, hay una bilateralidad.

Otra forma de optar por la clasificación de contratos es la que distingue entre aquellos contratos en los que no hay ese cruce de información e intercambio de mensajes, y en los que simplemente se reduce la relación contractual a un contrato de adhesión, en los que el aceptante se adhiere electrónicamente a las condiciones ofrecidas por el oferente.

Y dado que en sede de contratación electrónica nos encontramos, se da una clasificación en función de la intensidad o continuidad en el empleo de los medios informáticos, así tendremos contratos electrónicos directos e indirectos.

Los directos serían aquellos en los que no solo la celebración del contrato electrónico, sino todo el iter negocial, el cumplimiento, se lleva a cabo mediante intercambio de mensajes de datos a través de la red. De otra parte, los contratos electrónicos indirectos son aquellos en que solo la celebración del negocio jurídico se lleva a cabo por intercambio de mensajes de datos, pero no así su cumplimiento y posteriores vicisitudes que pudieran darse.

Por último, aludir a una clasificación aceptada en función de la tecnología utilizada: a) contratos electrónicos en Internet, en los que los mensajes de datos circulan gracias a una conexión directa entre ordenadores de los intervinientes y b) los

denominados contratos de Comercio –M, en los que interviene tecnología de telefonía móvil como *WAP*, *GPRS* o *UMTS*.

## **4.2 Comunicación de la información contractual**

### 4.2.1 La oferta

A tenor del art. 1262 del CC, y con relación a los artículos 1254, 1261 y 1258, el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y causa que han de constituir el contrato<sup>454</sup>.

Es la oferta una declaración de voluntad con clara intención de contratar y dirigida a una, varias personas o público en general. Lo determinante de la oferta es la voluntad de quien la hace, de obligarse, de lo contrario estaríamos en una mera oferta publicitaria<sup>455</sup>, de puro ofrecimiento, pero sin esa intención citada de obligarse.

En consecuencia para que podamos hablar en puridad de oferta debe haber intención inequívoca de obligarse<sup>456</sup>; que la oferta sea completa, que cumpla todos los elementos del contrato y tenga como destino la persona con la que se quiere contratar<sup>457</sup>, y esta perciba que esa oferta va a dirigida a ella.

En este sentido, el profesor DÍEZ PICAZO, señala que para poder hablar de oferta en puridad, es preciso que la comunicación efectuada revista la característica de ser una “declaración de voluntad en la que el oferente manifiesta su intención de alcanzar la formación de un contrato, y además, establece los requisitos necesarios del contrato al que quiere llegar, de manera que éste, quedará formado si recae la aceptación”<sup>458</sup>.

---

<sup>454</sup> Cfr. Artículo 1262 del CC modificado por el número uno de la disposición adicional cuarta de la Ley 34/2002, 11 julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. “El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.

Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta”.

<sup>455</sup> Cfr. FERNANDEZ DOMINGO, J.L.; «Algunas notas...», cit. pp. 255 y ss, quien señala que “cabe perfectamente que además, de declaraciones contractuales serias, a través de la red circulen declaraciones meramente publicitarias, declaraciones de ciencia o conocimientos, cuyas declaraciones no son aptas para generar un contrato, ni para dar lugar a la contracción de obligaciones, como no fueran obligaciones de responsabilidad precontractual”, en GARCÍA PITA Y LASTRES, J.L.; «Derecho mercantil de obligaciones», 2010, Tomo II, p.1082.

<sup>456</sup> Cfr. SSTS 10 de octubre 1980 (RJ 1980, 3623), 30 de mayo 1996 (RJ 1996, 3864) en Comentarios al Código Civil, Aranzadi 2001.

<sup>457</sup> Cfr. SSTS 26 febrero 1994 [RJ 1994, 1198], 30 mayo 1996 [RJ 1996, 3684,) en Comentarios al Código Civil, Aranzadi 2001.

<sup>458</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, L.; «Fundamentos del derecho civil patrimonial», 1970, Tomo I., pp.192 y ss.

Y sobre estas premisas mantenidas por la doctrina, se apoya lo previsto en la Convención de Viena de 1980 de 11 de abril, Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (CV en adelante), y así en su art. 14.1 claramente opta por la “voluntad” de contratar que debe tener el oferente: “La propuesta de celebrar un contrato, dirigida a una o varias personas determinadas, constituirá oferta si es suficientemente precisa e, indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación” (art.14.1 de la CV).

La mera manifestación publicitaria, sin ir dirigidas a una determinada persona o grupo de personas, no puede considerarse oferta para contratar, tal cual establece el CV, en su artículo 14.2: “Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas, será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario”.

En consecuencia el elemento determinante en la oferta es el volitivo, la voluntad firme de contratar, aunque si bien puede que en determinados supuestos no sea expresa, y en estos casos deberemos acudir al análisis de conductas del oferente, y tratar de encontrar los indicios que muestren su voluntad real de contratar<sup>459</sup>.

A tenor de lo expuesto con relación al CV, un primer indicio en cuanto a si el oferente tiene realmente voluntad de contratar es cuando en el oferta o mensaje, lanzado a través de la página *web* o correo electrónico, se facilitan los detalles de los elementos que componen el objeto del contrato, la cosa (en términos de mercaderías y y servicios en términos de productos bancarios), y el precio.

Igualmente es significativo para determinar la voluntad de contratar, más bien por evidente y obvio, observar cuando en la propia página *web* se establece, o no, la posibilidad de contratar, esto es, si se establece el modo y medio que debe emplear el consumidor o usuario si desea contratar.

En la contratación electrónica, encontraremos páginas *web* activas y pasivas, la diferencia estribará en la “voluntad” de contratar.

En las páginas activas, el oferente, lanza sus propuestas contractuales y establece los caminos por los cuales debe conducirse el interesado si desea contratar, de tal forma que pueda concluir su contrato si fuera de su interés sin aporte de información contractual posterior, esto es, en los pasos previstos se inicia y concluye el contrato de forma definitiva.

---

<sup>459</sup> Cfr. MARIMÓN DURA, R.; «La tutela del usuario en el contrato bancario», Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías (RDNT) n°. 8 de 2010, p. 140.

En las páginas pasivas, no se prevé tal posibilidad, son meros ofrecimientos si mayor trascendencia, y en sintonía con la mera publicidad.

Cuando en las páginas pasivas, se omiten estos detalles, llamémosles guías de contratación, solo pretenden en parte ser una publicidad que incita a contratar, en tanto que la publicidad se hace con la finalidad del reclamo del destinatario<sup>460</sup>.

La oferta electrónica, como verdadera oferta de contrato, es una declaración de voluntad destinada a concluir un negocio jurídico contractual, y por lo tanto, como tal deberá reunir los requisitos esenciales del negocio contractual:

A) debe tener un destinatario concreto, estar dirigida la oferta a una o varias personas determinadas.

En el ámbito de la contratación electrónica, y por desarrollarse la misma sin la presencia física de las partes intervinientes, se plantean dudas en cuanto a “como” entender si determinada oferta que se recibe por vía electrónica (correo electrónico, página *web*...) va dirigida personalmente al receptor o es en cambio una mera declaración.

Cuando recibimos un correo electrónico y cruzamos información con el remitente, avanzamos, o no, con el intercambio de información, y finalmente decidimos sobre la oportunidad de contratar, parece que no entraña duda sobre a la personalización de la oferta.

Las comunicaciones por medio de correo electrónico masivas, o a una pluralidad de personas, plantean problemas de determinación en cuanto si van dirigidas a una o varias personas. Podemos encontrarnos con campañas de *mailing*, con vocación general, o particular, personalizadas.

En el supuesto de las campañas personalizadas, se envían los correos electrónicos, *e-mails*, a destinatarios con los que el oferente del servicio ha tenido ya experiencia previa, conoce sus intereses y espera poder continuar con nuevas contrataciones, y en el mismo sentido, es percibido por el receptor<sup>461</sup>, no nos cabe duda que el destinatario esta determinado.

La misma determinación de destinatario existe en los supuestos en los que el oferente accede a una lista global de destinatarios adquirida a través de empresas de

---

<sup>460</sup>Cfr.LLANEZA GONZÁLEZ, P.; «E-contratos. Modelos de contratos, cláusulas y condiciones generales de la contratación», 2004, BOE, p.215.

<sup>461</sup> Cfr. SÁNCHEZ DEL CASTILLO, «La publicidad en internet» ob.cit. p.53, en MARIMÓN DURA, R.; «La tutela del usuario en el contrato bancario», Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías (RDNT), n°. 8 de 2010, p. 143.

selección de destinatarios, que clasifican a los hipotéticos contratantes en función de sus aficiones, gustos y profesiones, y con los que pretende entrar en contacto. Es un público objetivo, caracterizado por elementos comunes, y no una globalidad, luego si esta determinado el destinatario<sup>462</sup>.

Por el contrario, el envío masivo, general, a una pluralidad de personas que comparten el estar incluidas en una lista general de correo electrónico, no parece pueda considerarse con un envío dirigido a “una o varias personas determinadas”, sino como meramente una declaración o fenómeno publicitario.

En el ámbito general de las páginas *web*, y para el supuesto tanto de recibir una notificación por correo electrónico con posibilidad de acceso a la página *web*, como para el supuesto que sea el interesado quien acceda a la página de la compañía con la que le interesa recibir información o contratar, debemos distinguir varias opciones.

Cuando el acceso solo pretende recibir información, “navegar” por los distintos espacios de la página, no podemos afirmar que existe una comunicación directa con el usuario, no esta determinado, y no ha recibido el correo electrónico con la página *web* con la finalidad personal de contratar.

Otra cuestión se plantea, cuando una vez se encuentra el usuario en la página determinada, la contratación de servicios se reserve a las personas que tienen clave de acceso y están registradas para poder contratar, y el usuario determinado decide acceder, caso de estar registrado, y formalizar el contrato a distancia. La oferta en consecuencia, si se ha dirigido a un grupo de destinatarios determinados.

Llegados a este punto, todo parece afirmar que las ofertas masivas, o generalizadas por medios globales, por la red, encuentran difícil encaje en cuanto a la determinación de ser ofertas dirigidas a un destinatario o grupo de destinatarios.

Una postura ecléctica en cuanto a cómo considerar estas comunicaciones globales, nos parece lo más adecuado. No es favorecedor para el negocio global por internet el establecer fronteras en cuanto a la contratación de servicios, imponiendo exigencias que van “contra natura” de lo que es un sitio *web* con vocación universal, dirigido a una pluralidad de personas, aun cuando determinadas opciones puede ser personalizadas.

---

<sup>462</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, L.; «Fundamentos del derecho civil patrimonial», 1970, Tomo I, pp.192 y ss., ob. cit., p. 337, en MARIMÓN DURA, R.; «La tutela del usuario en el contrato bancario», Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías (RDNT), n°. 8 de 2010, p. 143.

En el ámbito de la seguridad jurídica, se crea en el usuario suficiente incertidumbre como para no saber a ciencia cierta si la propuesta que aparece en su pantalla tiene validez, y si puede contratar con plenos efectos. Debemos optar por hacer uso de los mecanismos normativos como la LOCM y la LSSI<sup>463</sup> que garantizan y regulan los vínculos y obligaciones en la contratación electrónica, marcando las pautas del proceso contractual.

Si bien, en cuanto a la determinación del destinatario de la oferta, se plantean diferentes consideraciones como hemos visto, en aras a la seguridad jurídica debemos centrarnos en los elementos esenciales que el propio art.14 CV establece como son que en la declaración de voluntad se exprese de forma clara la intención de concluir un contrato y que se defina de forma suficiente el contenido de este, sus detalles, y requisitos.

Las propuestas generales deben tener consideración de ofertas<sup>464</sup>, y este es el supuesto de las propuestas sin destinatario determinado, estableciéndose la presunción de que se trata de *invitaciones ad offerendum*, y deben ser consideradas como auténticas ofertas cuando así se desprenda de su dicción.

Es más evidente en las contrataciones bancarias de activo por medios electrónicos, la diferencia entre lo que es una mera comunicación (oferta publicitaria), y la intención de contratar o voluntad negocial, pues en ellas, nos encontramos con dos fases o períodos claramente diferenciados: comunicación comercial e inicio de la fase de contratación.

En la primera fase, en operaciones de activo especialmente, la entidad crediticia ofrece al cliente una operación de crédito, quedando a disposición del cliente la modificación de determinados elementos esenciales del contrato en función de sus necesidades y posibilidades (cuantía del préstamo y plazo), quedando reservado a la entidad la confirmación definitiva en función de la capacidad de solvencia y garantía que son ofrecidas, son en definitiva tratos preliminares.

Nuestro alto Tribunal así distingue claramente entre los tratos preliminares y los actos o comportamientos del proceso de contratación:

“manifestaciones de voluntad, contenidas en tratos preliminares o conversaciones previas que los interesados mantienen sin fuerza vinculante antes de decidirse a la celebración del negocio y mediante las cuales se comunican sus respectivas aspiraciones”, y

---

<sup>463</sup> Cfr. Art. 27 de la LSSI, y art. 9.1 de la LOCM.

<sup>464</sup> Cfr. Art.14.2 del CV.



“la oferta en cuanto a declaración de voluntad de naturaleza recepticia, como tal, dirigida a otro sujeto y emitida con un definitivo propósito de obligarse si la aceptación se produce”. “los primeros desaparecerán una vez cumplida su misión en el momento en que en el iter contractual se llegó a formular una proposición final, con todas las notas de una verdadera oferta”<sup>465</sup>.

Son nítidas las fases en que se desarrolla el proceso: comunicación comercial e inicio del proceso de contratación.

En la fase inicial o de toma de contacto, exclusivamente se plantea o lanza un ofrecimiento al objeto suscitar el interés del cliente, es una *invitatio ad offerendum* pero sin que en puridad podamos hablar de oferta contractual.

Tras la recepción de esta oferta, esta puede ser seguida por la comunicación del cliente en la que se muestra interesado por el servicio objeto del contrato, aportando la información que se le requiere para obtener la facilidad crediticia ofertada, pero sin tratarse de una oferta contractual; y por último si tras la recepción de la información del cliente, el banco entiende que reúne los requisitos plasmados en las condiciones exigidas, se concede el crédito.

La oferta debe estar recogida en soporte duradero: “En la comercialización a distancia de los servicios financieros, deberá quedar constancia de las ofertas y la celebración de los contratos en un soporte duradero...” y entendiendo por soporte duradero, cualquier instrumento que “...que permita al consumidor almacenar la información dirigida personalmente a él, de modo que pueda recuperarla fácilmente durante un período de tiempo adecuado para los fines para los que la información está destinada y que permita la reproducción sin cambios de la información almacenada” (art.6.1 de la LCDSFC). Si bien no establece el plazo, debemos entender que “período de tiempo adecuado” es el plazo prudencial para recabar la información a aportar al oferente y estudiar la oferta detenidamente.

En términos generales, cuando no se ha fijado un plazo para la vigencia de la oferta, debemos entenderla como caducada en los siguientes supuestos:

- cuando el destinatario la rechaza expresamente, lo que tiene trascendencia en cuanto a no aceptarse en un momento posterior que el destinatario manifieste su

---

<sup>465</sup> Cfr. STS de 31 de diciembre de 1998 (RJ 1998,9772), con cita en la de 10 de octubre de 1980 (RJ 1980, 3623), en MARIMÓN DURA, R.; «La tutela del usuario en el contrato bancario», Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías (RDNT), n.º. 8 de 2010, p. 146.

voluntad de aceptar, sería tanto como aceptar, a *sensu contrario*, la doctrina de los actos propios

- por el transcurso del tiempo fijado por el oferente, cuando así se hubiera establecido por el mismo en el lanzamiento de la oferta

- por el transcurso del tiempo que razonablemente y ordinariamente se entiende como suficiente conforme con los usos de los negocios y la naturaleza del asunto, y

- cuando el proponente la retira y ya no aparece en la página *web*, o correo electrónico por el que hemos recibido la misma<sup>466</sup>

En cuanto a este plazo referido de mantenimiento de la oferta contractual, la regulación normativa específica, la LSSI establece en su art. 27 que la oferta se mantendrá o será válida durante el tiempo que fije el oferente, o bien, mientras permanezca accesible en la red.

Los diferentes textos normativos, optan por diferentes posicionamientos en cuanto al plazo de duración de la oferta contractual.

La LSSI como hemos visto deja a voluntad del oferente la fijación del plazo de duración de la oferta; la LCDSFC acude a un criterio de “plazo prudencial” lo que da amplio margen a la interpretación e inseguridad, la antigua LCC en su art. 16 si establecía un plazo de DÍEZ días para que el cliente estudie la documentación que se le entrega y pueda tomar una decisión.

En el art. 97.1, d) del TRLGDCU se establecía que, como información precontractual, debería figurar en el contrato el “plazo de vigencia de la oferta y del precio...”, y tras la reforma operada por la Ley 3/2014 de 27 de marzo, en este mismo artículo reformado, no se hace mención expresa en cuanto al plazo de vigencia de la oferta.

B) la oferta electrónica, debe ser precisa, completa, y entendido en el sentido de tener que reunir los elementos esenciales del contrato (*essentialia negotii*). En los supuestos de oferta de servicios bancarios concretos (caja, valores, financiación) serían esenciales las condiciones de prestación, plazos en su caso, y comisiones por la gestión, así como horarios y accesos a la página de la entidad mediante claves.

No parece muy oportuno exigir que la oferta no solo recoja elementos esenciales<sup>467</sup>, sino también los accidentales, otras obligaciones que se deban asumir.

---

<sup>466</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, L.; «Fundamentos de derecho civil patrimonial», 1970, p.194.

<sup>467</sup> Cfr. En sentido contrario, BARRAL VIÑALS, en «Homenaje al profesor MARIANO ALONSO ÉREZ; Tomo I, ob. Cit. p.110 y nota al pie p. 3, en MARIMÓN DURA, R.; «La tutela del

La ausencia de elementos accidentales en el contrato, es subsanable en momento posterior a la celebración el mismo, sin causar daño o perjuicio a los intervinientes.

Y por último, la oferta electrónica debe manifestarse, o lanzarse, con clara y firme voluntad de concluir un negocio, de formalizar un contrato aunando voluntades, y con la particularidad que esta relación establecida, se puede calificar de mensaje de datos<sup>468</sup>, en sintonía con lo establecido en el art. 27.3 de la LSSI, pues desde la declaración u oferta de un servicio o bien, hasta la conclusión del contrato todo quedará almacenado mientras permanezca en vigor la oferta, y podrá acceder el destinatario de forma sencilla a su contenido, debiendo facilitar el prestador de servicios su acceso.

La oferta en la contratación, y en la electrónica en particular se desarrolla taxativamente a tenor de lo establecido en la norma aplicable.

La LSSI establece la obligatoriedad de información en cuanto a “quién” es el oferente (art. 10 y art. 27 de la LSSI), en cuanto a datos tales, entre otros, como de registro de su actividad, domicilio, razón social; obligatoriedad de prestar información precontractual (art.27 de la LSSI); trámites que deben seguirse para celebrar el contrato; medios técnicos que se van a utilizar; lengua en la que se desarrollara la relación comercial. El prestador queda eximido de estas obligaciones, si indica la página *web* donde poder acceder de forma sencilla y ágil a esta información.

La oferta en el mercado, no es si no el suministro de información sobre un determinado bien o servicio, dirigido en particular a una persona física o jurídica con la que se desea contratar.

El lanzamiento de esa inicial oferta viene conducida habitualmente por la publicidad, así la LGP define la publicidad como:“Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones” (art. 2 LGP) teniendo como destinatarios personas concretas, a las que se dirija el mensaje publicitario o a las que éste alcance<sup>469</sup>.

El destinatario final querrá saber más en cuanto a lo que se le esta ofertando. Ese “saber más” es atendido por nuestro legislador, y entiendo, con más acierto en el

---

usuario en el contrato bancario», Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías (RDNT), n° 8 de 2010, p. 142.

<sup>468</sup> Cfr. GARCÍA PITA Y LASTRES, J.L.; «Derecho mercantil de obligaciones», 2010, Tomo II, p.1082.

<sup>469</sup> Cfr.LGP Ley 34/1988 de 11 de noviembre.

TRLGDCU que en la ley especial, pues el texto de consumo también incorpora en su contenido a la contratación electrónica en el Título III del Libro segundo, naciendo su articulado con voluntad integradora, siendo ley supletoria para lo no previsto en la ley especial<sup>470</sup>

En este apartado de la oferta, necesariamente tenemos que referirnos a los deberes de información, a los que dedicaremos buena parte de este trabajo, y que por exceder de este capítulo me limitaré a adelantar aunque sea a título sumario.

Los deberes de información en todos los texto legislativos, además de cumplir un orden legislativo, son instrumentos garantistas y de protección tanto del comercio o relación comercial, como del destinatario final, el consumidor o usuario, protegiéndose la libertad de decisión sobre la conveniencia o no de contratar, saber cual es la trascendencia del acto jurídico que concluimos si finalmente decidimos contratar, conocer todo el “iter” negocial.

Nuestro legislador, básicamente en cuanto a la contratación electrónica, se refiere a los deberes de información en la LSSI artículos 10, 20,27,28,33; en el TRLGDCU en el Título III en materia de contratación a distancia en el artículo 97 en cuanto información precontractual, mencionándose sucesivamente los mismo requisitos con sus matizaciones, siendo loable armonizar estas exigencias de información en un texto común<sup>471</sup>, y como ya hemos visto, en el art. 94 de este cuerpo legal se erige como texto legislativo supletorio para lo no dispuesto en la ley especial.

#### 4.2.2 Las comunicaciones comerciales

En la LSSI y bajo la denominación *comunicaciones comerciales por vía electrónica*, arts.19 a 22, se hace referencia a la publicidad, entendiéndola como el medio utilizado por el empresario mercantil para estar en contacto con el consumidor, con el usuario, y poder así ofertar bienes y servicios con la finalidad de contratar.

Estas conductas iniciales son el primer paso en el iter contractual, pues hay voluntad negocial<sup>472</sup>. En el desarrollo del contrato, esta fase inicial es crucial, toda vez que se inicia la formación de voluntad del destinatario de la información, comunicación, y en la que el prestador de servicios tratara culminar con éxito el contrato.

---

<sup>470</sup> Cfr. TRLGDCU, Art.94.

<sup>471</sup> Cfr. GARCÍA VICENTE, J.R., «La contratación con consumidores» en «Tratado de contratos», 2009, Tomo II, p.1474.

<sup>472</sup> Cfr. GARCÍA PITA Y LASTRES, J.L.; «Derecho mercantil de obligaciones», 2010, Tomo II, p.1089.

De la redacción del texto legislativo (Título III de la LSSI) referido a las comunicaciones comerciales por vía electrónica, determinamos el espíritu proteccionista de la ley en defensa de los intereses del consumidor o usuario de los servicios de la información, pues no son sino barreras conducentes a evitar excesos en los proveedores de la información, evitando que el usuario se vea realmente asediado por las comunicaciones y acabe contratando por agotamiento, *cliqueando* de forma automática y dando el conforme a una transacción no meditada suficientemente<sup>473</sup>, pues no olvidemos que la contratación electrónica va precedida de comunicaciones publicitarias y promocionales electrónicas, actividades estas perfectamente subsumibles en el término “servicios de la información” dado que los mensajes van destinados a conseguir la contratación, a promover y suscitar en el destinatario la actividad comercial.

La publicidad orientada a contratar, no la mera declarativa, encuentra en internet el vehículo idóneo de difusión, pues su destinatario, perceptor de la información no solo puede estudiarla sino que además por el mismo medio de comunicación o información puede comparar.

En la LSSI encontramos en su anexo, en el apartado de definiciones, letra f), la determinación clara en cuanto a que se considera comunicación comercial, y que no lo es. Es “Comunicación comercial”:

“...toda forma de comunicación dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional”

Del tenor literal del texto se hace obvio la vocación de promover servicios y bienes con fines comerciales, y en suma preparar este primer paso en el iter contractual. No tendrán en cambio la consideración de comunicación comercial “los datos que permitan acceder directamente a la actividad de una persona, empresa u organización, tales como el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico, ni las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica”<sup>474</sup>.

El título III de la LSSI en suma se ocupa de la publicidad telemática con sensibles ventajas prácticas con relación a la publicidad gráfica, pues el medio ahorra costes de manera sustancial, es más eficaz, rápida y asequible.

---

<sup>473</sup> Cfr. TATO PLAZA, A.; «Aspectos jurídicos de la publicidad y de las comunicaciones comerciales en internet», nota 880, p.1090 en GARCÍA PITA Y LASTRES, J.L.; «Derecho mercantil de obligaciones», 2010, Tomo II, p.1089.

<sup>474</sup> Cfr. LSSI, Anexo, definiciones, letra f).

La publicidad telemática, permite personalizar la información en función del destinatario de la misma, conociendo sus intereses, el sector profesional en que se mueve y sus gustos<sup>475</sup>, con el objetivo de captar su voluntad negocial, aportar la información suficiente para determinar su voluntad de contratar.

Este medio de ofrecer información vía publicidad se antoja rentable para el oferente dado que los costes del servicio de recepción, del mensaje y del tiempo dedicado los soporta el usuario destinatario de los mismos, y no el remitente. De modo similar, y claro ejemplo de lo rentable para el oferente, es la contratación de servicios bancarios por internet, en cuanto a transacciones básicas como pagos, transferencias, servicios *on line*, pues el usuario es quien dispone del equipo informático, soporta el coste de la línea, dedica el tiempo, y debe abonar el pago de las comisiones para las transacciones que realiza.

La bondad de la publicidad telemática es evidente, pero también es evidente que entraña riesgos, debiendo adoptarse las debidas cautelas pues nos encontraremos con no pocas dudas en cuanto a la jurisdicción competente y ley aplicable, en cuanto al control de contenidos ilícitos (art. 8 de la LSSI), correos y publicidad no deseada (art. 22 de la LSSI), y publicidad ilícita, para la que será de aplicación el art. 3 de la LGP, y el art. 19.2 de la LSSI.

En cuanto a las fuentes por las que debe regirse la publicidad telemática, vehículo de la oferta, debemos referirnos como punto de partida a los arts. 19 a 22 de la LSSI, con claro afán proteccionista para el usuario, potencial consumidor, pero también será de aplicación la LGP, legislación especial sea la publicidad telemática o gráfica<sup>476</sup> que en su artículo primero también nos refiere como normativa aplicable la LCD, lo que implica que la actividad publicitaria debe regirse por los principios de lealtad, transparencia, veracidad, legalidad y buena fe objetiva, y a estos principios evidentemente no se ajustarán las conductas descritas en el art. 3 de la LGP al describir la publicidad ilícita, y en particular aquellos mensajes publicitarios que atenten contra la dignidad de las personas y de los valores o derechos reconocidos por la Constitución española, publicidad desleal o subliminal o cuando la publicidad infrinja lo dispuesto en la normativa regulatoria de determinados bienes, actividades o servicios.

---

<sup>475</sup> Cfr. MIQUEL RODRÍGUEZ, J.; «Problemática jurídica de la publicidad», nota 888, p. 1091 en GARCÍA PITA Y LASTRES, J.L.; «Derecho mercantil de obligaciones», 2010, Tomo II.

<sup>476</sup> Cfr. GARCÍA PITA Y LASTRES, J.L.; «Derecho mercantil de obligaciones», 2010, Tomo II, p.1092.

En este artículo 3 de la LGP, apartado a), segundo párrafo, se incluye como ilícita, la publicidad vejatoria hacia la mujer incluyendo circunstancias más de oportunidad política que legislativa como al referirse a publicidad ilícita...”...bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia de género...”.

En esta misma línea del marco regulatorio también será aplicable la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de Diciembre, de Protección de datos de carácter personal (LOPD), en cuanto a la obtención de datos de carácter personal.

La publicidad en suma, debe cumplir un objetivo: suministrar información al destinatario para formar su voluntad de contratar y tras su examen y ponderación de las ventajas e inconvenientes del bien o servicio, emitir su voluntad de aceptación culminar el contrato.

Debe ser en consecuencia:

-útil, en el sentido de ser medio para conseguir un fin,

-utilizable, en el sentido de cumplir con el objetivo previsto que es informar para formar la voluntad del destinatario, de nada sirve remitir ingente cantidad de datos e informes si causamos hastío,

-usada, en el sentido de ser habitual en el medio de contratación y servicios en que estamos operando.

#### 4.2.3 Publicidad e información.

La publicidad telemática, al igual que la que no se difunde por este medio especialmente, se constituye en el antecedente del proceso contractual entre oferente y adquirentes en la fase preliminar del contrato, de tal modo que a la postre será parte integrante del mismo<sup>477</sup>.

Dada la trascendencia de la publicidad en la relación contractual, tanto el legislador europeo como el nacional han previsto las cautelas necesarias en evitación de la publicidad engañosa, que incluye los supuestos de publicidad encubierta, esto es, la información que se facilita por vía telemática al usuario debe tener por objetivo la formalización del contrato, no otro.

La publicidad engañosa, como la encubierta, queda prohibida por art. 10.4 de la Directiva CEE numero 1989/552/CEE, de 3 de octubre de 1989, sobre la

---

<sup>477</sup> Cfr. GUILLÉN CATALÁN, R. nota 899, en GARCÍA PITA Y LASTRES, J.L.; «Derecho mercantil de obligaciones», 2010, Tomo II, p.1094.

coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de Actividades de Radiodifusión Televisiva<sup>478</sup>.

En el ámbito del comercio electrónico<sup>479</sup> la ley sectorial, LSSI, en su art. 20.1 determina con evidente claridad y concreción, como deben ser las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica, refiriéndose tanto a las comunicaciones en sí mismas, como a quien las envía o lanza a la red:

“Las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser claramente identificables como tales, y la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan también deberá ser claramente identificable” (art.20.1 de la LSSI)

En definitiva el legislador establece un primer filtro preventivo, evitando tanto la publicidad engañosa, no solo en cuanto al contenido de la información contenida en la comunicación, como en cuanto al emisor de la misma, evita así en parte que se vea viciado *ab initio* el consentimiento en la relación contractual electrónica, y fraude o engaño en la relación comercial.

En el lanzamiento publicitario o emisión de la publicidad, el comportamiento del emisor, proveedor del bien o servicios debe enmarcarse en la línea de las prácticas leales, su comportamiento debe ajustarse al principio de buena fe objetiva, plasmado en la LCD<sup>480</sup> en su nuevo artículo 4.

La “calidad” de la información suministrada por vía publicidad telemática no se sustrae a las exigencia de la legislación de consumo, proteccionista del consumidor, así encontramos una regulación generalista, básica, en cuanto a la información que debe recibir el consumidor, información que debería ser de mínimos.

El art. 8, apartado d) del TRLGDCU, determina el mínimo, el derecho básico del consumidor a recibir información correcta sobre los diferentes bienes o servicios, y por correcta debemos entender completa, la necesaria y suficiente para formar su voluntad de contratar.

---

<sup>478</sup> Cfr. Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la directiva 89/552/CE.

<sup>479</sup> Cfr. GARCÍA PITA Y LASTRES, J.L.; «Derecho mercantil de obligaciones», 2010, Tomo II, p.1094.

<sup>480</sup> Cfr. Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, modificada por Ley 29 /2009 de 30 de diciembre por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de consumidores y usuarios, que introduce ex novo el artículo 4, y que instaura el concepto de principio de buena fe objetiva.



En el mismo sentido y con clara voluntad garantista, el artículo 17 del TRLGDCU, establece la obligación de los poderes públicos de garantizar que los usuarios reciban la información correcta y de manera comprensible, estableciendo también los medios para asegurar que el contenido del precepto (art.17.2 del TRLGDCU), sea efectivo; y el art. 18 del TRLGDCU, establece las reglas por las que debe regirse el etiquetado y presentación de los diferentes bienes y servicios, y especialmente importante, en su número 2 proclama el principio general en cuanto a la necesidad y obligación de facilitar una información al consumidor “veraz, eficaz y suficiente” sobre sus características esenciales, en particular sobre el etiquetado y la presentación de bienes y servicios<sup>481</sup>.

No siendo nada desdeñable la labor de nuestro legislador, más explícito y manifestación del carácter proteccionista del TRLGDCU, en Derecho comparado llama la atención el carácter esencialmente práctico y conciso del Código de Consumo Francés, más escueto pero probablemente con la misma o mayor eficacia y comprensiva de materias que en nuestro ordenamiento jurídico se tratan por leyes sectoriales.

La estructura y composición de Código de Consumo francés está más próxima al proyecto y objetivo común de los países que integran la comunidad europea, de un Código de Consumo Europeo.

Incluye el texto francés materias que en nuestro ordenamiento jurídico son atendidas por leyes sectoriales, como es la publicidad, así establece en su art. 121.1<sup>482</sup> la prohibición de aquella publicidad que transmita, bajo cualquier modalidad, alegaciones, indicaciones o presentaciones falsas o susceptibles a inducir a error, siempre que las mismas afecten a cualesquiera de los elementos siguientes: existencia, índole, composición, cualidades esenciales, contenido en principios activos, origen, clase, cantidad, modo y fecha de fabricación, propiedades, precios y condiciones de venta de los bienes o servicios que sean objeto de la publicidad, condiciones de utilización de los mismos, resultados previsibles de su utilización, motivos o sistemas de venta o de prestación de servicios, alcance de los compromisos adquiridos por el anunciante, identidad, cualidades o aptitudes del fabricante o de los revendedores, promotores o prestadores (Art. L 121 y ss. *Code de la Consommation*), las normas relativas a productos enmarcados en denominación de origen.

---

<sup>481</sup> Cfr. AVILÉS GARCÍA, J.; «Las obligaciones de información tras la ley 17/2009 de libre acceso a las actividades de servicios», 2010.

<sup>482</sup> Cfr. Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation, en [http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file\\_id=177406](http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=177406).

En cuanto a la información básica, elemental, previa a la formalización del contrato seguimos en nuestro ordenamiento la misma línea en cuanto a información del art. 18 del TRLGDCU, que en el Código Francés de Consumo en su art. L 111.1<sup>483</sup>, en que se establece la obligación para el proveedor de facilitar e informar al consumidor sobre las características esenciales del bien o servicio; el art. 111.2 obliga a indicar al proveedor de bienes muebles el plazo y condiciones en que el consumidor podrá tener piezas de repuesto del bien que pretende adquirir y por último, aunque pueda parecer evidente, se establece en el art. 111.3 este Código como no exclusivo siendo de aplicación coetáneamente otras leyes que sean más favorables al consumidor.

Siendo la publicidad el medio a través del cual se facilita la información en la contratación electrónica, se plantea la duda si no se corre el riesgo de ver difuminada la oferta, pues parecen difusos los límites entre publicidad propiamente dicha y oferta de contrato, pues unos y otros se transmiten por el mismo medio<sup>484</sup>, y máxime cuando el sujeto destinatario de la citada oferta es indeterminado, al menos en esta fase inicial.

Así y todo, pese a estas dudas debemos tener claro que la oferta de contrato es recepticia, tiene vocación de destino y aceptación o rechazo; otra cuestión es el supuesto del número 1 del art. 20 de la LSSI al referirse a las comunicaciones comerciales que tienen lugar a través de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente.

Al exigir el texto normativo (art.20.1 de la LSSI) que las comunicaciones comerciales por vía electrónica deben ser identificadas como tales, permite diferenciar la mera comunicación comercial, de la información con intención de contratar, y en

---

<sup>483</sup> Cfr. Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation, *LIVRE 1" INFORMATION DCS CONSOMMATEURS ET FORMATION DES CONTRATS*, TITRE 1 er INFORMATION DES CONSOMMATEURS ,CHAPITRE 1", Obligation générale d'information. Art. L. 111.1. - Tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service. Art. L. 111.2. - Le professionnel vendeur de biens meubles doit en outre, indiquer au consommateur la période pendant laquelle il est prévisible que les pièces indispensables a l'utilisation du bien seront disponibles sur le marché. Celle période est obligatoirement portée à la connaissance du professionnel par le fabricant ou importateur. Art. L. 111.3, - Les dispositions des deux articles précédents s'appliquent sans préjudice des dispositions plus favorables aux consommateurs qui soumettent certaines activités a les règles particulières en ce qui concerne: l'information du consommateur. En página [http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file\\_id=177406](http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=177406) consultada el 17 de marzo de 2014.

<sup>484</sup> Cfr. GUILLÉN CATALÁN, R. nota 900, en GARCÍA PITA Y LASTRES, J.L.; «Derecho mercantil de obligaciones», 2010, Tomo II, p.1094.

esta circunstancia radica la exigencia de que al comienzo del mensaje o comunicación se incluya la palabra “publicidad”.

Esta comunicación, ya señalada como de mera publicidad o divulgativa, tiene un sentido claro, son meramente divulgativas sin expreso afán de contratar, aunque pudieran servir de información en beneficio del usuario, quien puede en otro momento acudir al proveedor interesándose por el bien o servicio publicitado, dado que en las comunicaciones comerciales, y también conforme al art. 20.1 de la LSSI se exige tanto que la comunicación en cuestión quede identificada como tal, como la obligación de facilitar la identificación del proveedor.

En la difusión de la información por medios telemáticos nos encontraremos con el problema de las comunicaciones no solicitadas, producto de políticas comerciales agresivas.

Con relación a las comunicaciones no solicitadas, nuestro legislador las prohíbe de forma expresa, optando pues por la postura más proteccionista, pues la Directiva de servicios de la información, en su art. 6 daba opción a los estados miembros a optar entre la posibilidad de permitir en suma, este tipo de comunicaciones, pero con la necesidad de garantizar la transparencia, esto es, obligar a identificarse sin género de dudas al proveedor, o la postura de prohibirla, como acertadamente ha optado nuestro legislador en el art. 22 de la LSSI por el que se prohíbe el envío de comunicaciones publicitarias por correo electrónico y otro medio de comunicación también electrónico y que previamente no hubiera sido solicitado por el usuario expresamente, o las hubiera autorizado.

En el art. 22.1 de la LSSI, se establece una matización a esta prohibición y es el supuesto en el que el destinatario de las comunicaciones debiera facilitarle al proveedor sus datos de correo electrónico para mantener las comunicaciones entre ambos, y en este supuesto, el proveedor deberá solicitar autorización expresa del usuario para recibir comunicaciones comerciales de otro tipo; dicho consentimiento del usuario, puede ser revocado por él mismo en cualquier momento y sin ninguna obligación adicional más que comunicar por medios accesibles, sencillo y gratuitos facilitados por el proveedor su deseo de no recibir información alguna.

#### 4.2.4 Las declaraciones publicitarias y la integración contractual de las mismas

La información contenida en las declaraciones publicitarias, así como las mismas declaraciones publicitarias, forman parte integral del contrato, se integran en el mismo.

En el art. 61 del TRLGDCU, se establece una regla general en esta línea de integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato, y con el mismo sentir la LSSI al tratar la información precontractual lo regula en los mismos términos (arts.19, 20,23 y 27 especialmente).

Con este criterio el legislador evitará, pone los medios, para impedir la publicidad engañosa y malas practicas comerciales, de otro modo, también tratadas por el nuestro legislador en la LGP, art. 3, e), 4 y 5; en los arts.4, 5,7, 8 y19 de la LCD y en el art. 19 del TRLGDCU <sup>485</sup> .

La razón del legislador en la citada regulación, no es otra que asegurar de manera eficaz que la publicidad no se convierta en indeseado instrumento en la contratación, no se manipule ni confunda al destinatario de la misma viciando en definitiva su voluntad y en consecuencia su consentimiento.

Integrar en el contrato las declaraciones publicitarias es el mejor medio, así como excelente mecanismo de garantía y seguridad contractual siendo el usuario, el consumidor, el directo beneficiario, no podemos olvidar que tales mecanismos garantistas fomentan la libre competencia según pautas de competencia leal en contraposición a la desleal, manteniéndose unas relaciones con el usuario dentro del marco previsto por nuestro legislador.

Las disposiciones referidas, garantistas, facilitan la protección jurídica de la relación contractual y las reclamaciones en torno al contrato suscrito pues de no contar con esta diáfana regulación deberíamos acudir a las reglas generales del Derecho Común, siempre más generalistas y factibles de interpretaciones diversas en cuanto a las cláusulas del contrato, así como en cuanto al análisis del vicio del consentimiento cuando se alega haberlo prestado por error debido a la engañosa o errónea información recibida, pensemos el supuesto de la indemnización de daños por responsabilidad precontractual del art. 1270 del CC, que se complica en los supuestos en que la declaración inexacta deba imputarse a un tercero, como puede ser al anunciante que exclusivamente desarrolla su actividad profesional de publicidad no siendo parte contratante, aunque en la mayoría de las ocasiones puede haber llegado a la relación contractual por encargo del proveedor que muestra interés por su calidad en cuanto a emitir mensajes publicitarios y desea que sea él quien suministre la información a la red, distinguiéndose claramente cual es su intervención en la relación

---

<sup>485</sup> Cfr. Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

contractual, este tercero será vehículo para transmitir la información que el proveedor le ha facilitado, pero no es parte sustancial en la relación contractual<sup>486</sup>.

Lo quizá más novedoso y plausible de este criterio garantista e integrador es el de convertirse en medio y mecanismo que posibilita al usuario y consumidor, afrontar con cierta garantía, la insatisfacción generada en los supuestos por la publicidad engañosa o información parcial sobre el objeto del contrato, bien o servicio.

Esta información en cierto modo ocultada o declarada de forma parcial, y que no figura expresamente contenida en el contrato tendrá la misma relevancia y eficacia jurídica que si expresamente hubiera figurado en el contrato, pues es la prestación prometida, comprometida por el oferente y que ha generado la expectativa de culminación contractual y no puede verse truncada por un manejo torticero de la información facilitada.

Es evidente la trascendencia jurídica de este art. 61 del TRLGDCU, como la del art. 65 del mismo texto legal, en los que el legislador probablemente nuestro legislador se muestre más garantista, al darle a la información y a la publicidad, el carácter de parte esencial del contrato, elemento esencial que no accidental.

De otra parte no se escapa la trascendencia de incorporar al contrato las declaraciones publicitarias.

Integrar las declaraciones publicitarias en el contrato evita al usuario un largo y tedioso camino en sede judicial para el supuesto de afrontar un incumplimiento de contrato alegando unas cláusulas que expresamente no figuran en el mismo, y que de adverso será alegado partiendo del art. 1254 del CC, que contempla la libertad para obligarse y hace válido el contrato, salvo los supuestos previstos para la nulidad de los mismos en el art. 1300 del CC y siguientes, y apoyándose también la pretensión en el principio de libertad de pactos proclamada en el art. 1255 del CC y siguientes, de tal suerte que la validez, o no, del contrato quedará a expensas de la interpretación y resolución judicial que proceda. A tenor del art. 61 del TRLGDCU, aún no figurando expresamente estos pactos, serían oponibles y defendibles.

No obstante, las garantías que emanan del art. 61 del TRLGDCU tienen su referencia en suma en el principio de buena fe que establece el art. 1258 del CC, que proclama la obligatoriedad no solo de lo estrictamente pactado, sino también se extiende esa obligatoriedad a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

---

<sup>486</sup> Cfr. GARCÍA VICENTE, J.R.; «La contratación con consumidores», p.1486 en: «Tratado de contratos», 2009, Tomo II.

Estas referencias y antecedentes de Derecho Común, y más las especiales en sede de consumo, competencia desleal, servicios de la información y publicidad, no muestran sino la determinación del legislador de conferir al mensaje publicitario, declaraciones públicas, un rango esencial en el contrato dada la confianza y expectativas que generan en el consumidor y usuario, expectativas que no es ajustado a Derecho dejar desprotegidas, sino todo lo contrario.

Se tutela la confianza del consumidor y usuario, que tras la información recibida sobre el bien o servicio emitida a través de la publicidad, ha confiado en la misma e iniciado la toma de decisión sobre la contratación, esto es, convirtiendo una mera expectativa en voluntad de contratar y emitir el consentimiento.

Tal es así la trascendencia del efecto vinculante de estas declaraciones públicas del proveedor con un claro contenido informativo y con afán de generar expectativas concretas en el destinatario<sup>487</sup> lo que en definitiva supone una promesa en cuanto a lo que se pactará posteriormente, que lo pactado se ajustará a lo publicitado, e incluso a lo que no figure expresamente en el contrato<sup>488</sup> y que tenga nexo de causal con el negocio jurídico celebrado, esto es, el contrato obliga no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, tal y como proclama nuestro Código Civil<sup>489</sup>.

#### 4.2.5 El efecto vinculante de las declaraciones publicitarias

##### 4.2.5.1 Aspectos Generales

Las declaraciones publicitarias, publicidad, que se integrarán en el contrato deben tener un indudable contenido informativo en el sentido más literal del término<sup>490</sup> para integrarse en el contrato, no sirviendo aquellas declaraciones con mero afán informativo, impersonal, que no formativo; debe referirse en consecuencia a las cualidades de la prestación, al bien o servicio, en suma al objeto del contrato<sup>491</sup>.

---

<sup>487</sup> Cfr. MORALES MORENO, A.M.; «Declaraciones públicas y vinculación contractual (reflexiones sobre una propuesta de directiva)», Anuario Derecho Civil, 1999, n° 1, pp. 265-287 en GARCÍA VICENTE, J.R.; «La contratación con consumidores» en «Tratado de contratos», 2009, Tomo II, p.1486.

<sup>488</sup> Cfr. Art. 61.2 TRLGDCU.

<sup>489</sup> Ver nota 69.

<sup>490</sup> Cfr. Diccionario R.A.E. 10ª Edición. Espasa Calpe, «Formar, perfeccionar a uno por medio de la instrucción».

<sup>491</sup> Cfr. MORALES MORENO, A.M.; «Declaraciones públicas y vinculación contractual (reflexiones sobre una Propuesta de Directiva)», Anuario Derecho Civil, 1999, n° 1, pp. 265-287, en GARCÍA VICENTE, J.R.; «La contratación con consumidores» en «Tratado de contratos», 2009, Tomo II, p.1486.

El legislador se muestra partidario del sentido más amplio del término “mensaje publicitario”, siendo indiferente que el citado mensaje se dirija a persona determinada, o se lance como invitación generalista para formular ofertas de contratación o sean simples promociones y en este sentido el art. 116.1 letra d) del TRLGDCU hace referencia a las “declaraciones públicas” en general, siendo comprensivo en este término la información contenida en etiquetas, anuncios, folletos y carteles pues contendrán información que a la postre formará parte del contrato. Más explícito si cabe será el art. 61 del citado TRLGDCU y el art. 2 de la LGP que comparten ese criterio generalista en cuanto al mensaje publicitario<sup>492</sup>.

En términos de práctica jurídica nos encontraremos en una estructura en la que básicamente intervienen proveedor del bien o servicio, usuario o consumidor y un tercero, no siempre, anunciante que será el vehículo de transmisión de la información a través de la publicidad.

Este anunciante puede ser proveedor del bien y anunciante, o bien solo proveedor de servicios publicitarios al servicio o contratado por el proveedor del bien.

La relación que nos interesa será esencialmente la que se establece entre el proveedor del bien o servicio y el consumidor o usuario, partes que finalmente suscribirán, o no, el contrato.

En sede de consumo y en contratación electrónica encontramos las mismas exigencias y el rasgo común de dotar a la información recibida el carácter de parte integrante en el contrato, eso sí con el rasgo diferenciador en la LSSI en cuanto a la información descrito en su art. 27.2 en virtud del cual se exime al proveedor de servicios de la obligación de facilitar al usuario la información a que hace referencia en el art. 27.1, cuando así lo hubieran acordado las partes, o cuando ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor. La obligación dispensada se refiere a datos de identificación del proveedor y accidentales al contrato futuro que puedan celebrar.

En la relación jurídica en que intervienen proveedor y consumidor o usuario, será principio rector el art. 61 del TRLGDCU que dota a la publicidad de un peso específico de primer orden, pues lo que a través de ella se transmite no es sino información relevante y necesaria para la formación de voluntad de contratar o no hacerlo, así la publicidad como declaración pública será considerada como parte integral del contrato.

---

<sup>492</sup> Cfr. GARCÍA VICENTE, J.R.; «La contratación con consumidores», en «Tratado de contratos», 2009, Tomo II, p.1487.

El art. 61.1 del TRLGDCU referido a la integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato es el marco de referencia generalista pues plantea una premisa negocial, teniendo que acudir a otros preceptos del texto para encontrar la regulación particular en cuanto a la conformidad de los productos en los que estamos interesados en contratar con lo contenido en la declaración publicitaria (art. 116.1 d) del TRLGDCU).

El proveedor debe someterse a la literalidad de lo que ofrece y suministrar exactamente el bien o servicio que se publicita, así el art. 114 del TRLGDCU establece la obligación para el vendedor de entregar productos al consumidor que sean conformes con el contrato respondiendo de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto.

Podemos deducir que nos encontramos ante un planteamiento general de garantía, desarrollado en los artículos siguientes que especificarán y concretarán plazos y tipos de garantía a los que está obligado a ofrecer y cumplir el vendedor, otra cosa será la garantía adicional contemplada en el art. 125 del TRLGDCU que es adicional, puede ser ofrecida o no por el vendedor sin que este sea obligado a ello.

La publicidad como actividad es el medio utilizado para transmitir la información, estando bien definida esta actividad publicitaria por nuestro legislador en cuanto a orientada de manera, directa o indirecta, a la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones<sup>493</sup>.

Nos ocupa la publicidad como transmisora de información y en consecuencia como parte integrante del contrato en cuanto a contenido informativo de relevancia, de interés veraz eficaz y suficiente<sup>494</sup> para formar la voluntad y decisión contractual.

La información integra el contrato como proclama el art. 65 del TRLGDCU, debiendo tener presente el principio de buena fe objetiva que se enuncia en el art. 4 de la LCD y será guía en la actividad y práctica contractual, no siendo aventurado afirmar que la información es el elemento esencial del contrato, no mero accesorio complemento del mismo.

#### 4.2.5.2 La publicidad como elemento esencial del contrato

Conforme a la doctrina más reconocida<sup>495</sup> y con relación a la teoría de los elementos del contrato, distingue entre:

---

<sup>493</sup> Cfr. Art.2 de la LGP.

<sup>494</sup> Cfr. AVILÉS GARCÍA, J.; «Las obligaciones de información tras la ley 17/2009 de libre acceso a las actividades de servicios», 2010, Aranzadi Doctrina.



- elementos esenciales (*essentialia negotii*) que son absolutamente necesarios para la validez y eficacia del contrato, como la cosa y el precio

- elementos naturales (*naturalia negotii*) que sin ser necesarios si nos acompañan, aunque la partes puedan excluirlos o modificarlos, como puede ser la evicción, y

-elementos accidentales (*accidentalia negotii*) que no se encuadran ni en un supuesto ni en otro de los citados, pero que las partes los pueden adicionar si es su voluntad, como serían las condiciones o término.

Los requisitos esenciales son en consecuencia requisitos necesarios para la validez del contrato, si no se dan, no hay contrato, pues sin ellos la voluntad negocial de las partes no se forma ni otorga validez al negocio.

Los elementos naturales, son, de otra parte, obligaciones derivadas de normas jurídicas dispositivas que operan en defecto de pacto entre las partes.

Los elemento accidentales, son maneras de configurar el negocio cuya accidentalidad vendrá determinada por el tipo abstracto del negocio tal y como venga contemplado por la ley, pero que para el caso concreto del tipo de negocio establecido por las partes, deviene en condición esencial.

En las formulaciones doctrinales vistas, tanto la clásica o tradicional, como en la más reciente mantenida por nuestra doctrina más reconocida<sup>496</sup>, son absolutamente asumibles las nuevas modalidades contractuales, que no tipos de contrato, pues la esencia de la entidad jurídica es la misma como ya hemos afirmado en páginas anteriores<sup>497</sup>, pues el inicio y la culminación del negocio (vía electrónica) no desvirtúa la teoría del contrato, simplemente aplicamos la estructura y concepto contractual a las nuevas tecnologías, analizando que elementos en la relación contractual serán esenciales, sin los cuales no se genera vida contractual, y cuales son accidentales y naturales.

La declaración pública que contiene la información pasa a ser parte integrante del contrato como así podemos ver en el tratamiento que nuestro legislador le da en los arts. 60 al 65 del TRLGDCU, y en los arts. 19 al 28 de la LSSI, y una vez conocida, aceptada o asumida por el destinatario la información, las partes no se limitan a declarar que de una parte se pretende vender o comercializar un bien o servicio, y de

---

<sup>495</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, L.; «Fundamentos de Derecho civil patrimonial», 1970, pp.226-231.

<sup>496</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, L.; «Fundamentos de Derecho civil patrimonial», 1970, Tomo I, pp.226-231.

<sup>497</sup> Cfr. Pp. 10 y 11 de este trabajo.

otra parte adquirirlo, sino que para hablar en puridad de contrato (*lex contractus*), la declaración de los contratantes debe tener clara intención de obligarse, de comprometerse: “Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”(art.1091 del CC).

El contenido del contrato es en suma, un conjunto de normas ínterpartes comprensivas de aquello que pueden hacer, y lo que deben hacer, consistiendo en definitiva en una o varias reglas de conducta<sup>498</sup> que informarán a las partes sobre que pueden hacer y que se debe hacer, un deber ser y un poder hacer que no es tangible, no figura redactado expresamente, siendo el contenido del contrato la regla que formula ese poder y ese deber.

Una vez recibida la información por medio de las declaraciones públicas, publicidad, conteniendo y cumpliendo los requisitos ex lege ya citados, como parte esencial del contrato, las partes desarrollarán su contenido, ese poder hacer y deber ser, añadiendo lo accidental.

La integración de las declaraciones publicitarias en el contenido contractual<sup>499</sup>, independientemente del modo en que se manifiestan, supone que lo que allí se contiene, informa, son exigibles por el consumidor aunque en el contrato celebrado no se mencionen específicamente como en sede de consumo se expresa en el art. 61 del TRLGDCU, y en este sentido debemos considerarlas como parte esencial del contrato.

Conforme lo anterior estaríamos dando a las declaraciones publicitarias y al contenido de las mismas el rango de contenido esencial del contrato, se integran en él.

En cuanto al contenido del contrato, es conveniente diferenciar entre contenido esencial y un contenido accidental<sup>500</sup> del contrato, de tal suerte que la carencia o falta de uno u otro elemento tendrá efectos jurídicos distintos a efectos de nulidad o subsanación de defectos contractuales.

Así el art. 1289 del CC, enmarcado en el Capítulo IV del mismo texto, y bajo el epígrafe de la interpretación de los contratos, nos facilita reglas de interpretación del contrato ante la carencia de un contenido o circunstancia accidental del contrato y

---

<sup>498</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, L.; «Fundamentos de Derecho civil patrimonial», 1970, Tomo I, p.229.

<sup>499</sup> Cfr. GARCÍA VICENTE, J.R.; «La contratación con consumidores» en «Tratado de contratos», 2009, Tomo II, p.1485.

<sup>500</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, L.; «Fundamentos de Derecho civil patrimonial», 1970, Tomo I, p. 231.

aquellos casos en que la duda o carencia es con relación a un contenido esencial del contrato.

Para el primer supuesto, circunstancia accidental del contrato, distingue entre que el contrato fuera gratuito u oneroso, resolviéndose la duda en el primer supuesto en el sentido e la menor transmisión de derechos e intereses, y para el segundo supuesto, oneroso, la duda se resolverá a favor de la mayor reciprocidad de intereses.

De otra parte, cuando las dudas surgen sobre un elemento esencial del contrato, sobre el objeto principal del contrato, de tal suerte que no podemos determinar cual fue la intención o voluntad de las partes, el contrato será nulo.

Debemos tener muy en cuenta como con acierto nuestro legislador convierte la información en parte integral del contrato<sup>501</sup>, y así el art. 61 y especialmente el art. 65 del TRLGDCU y arts. 97 y 98 del mismo cuerpo legal, sin olvidar lo dispuesto en la ley especial de servicios de la información y correo electrónico en los arts. 19,20 y 27 de la LSSI.

Lo esencial del contrato viene determinado por la ley, por nuestro Código Civil, enunciado de forma negativa en cuanto a que carencias hacen que no exista contrato:

“No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º. Consentimiento de los contratantes, 2º Objeto cierto que sea materia del contrato y 3º Causa de la obligación que se establezca” (art.1261 del CC)

Evidentemente, si no hay voluntad de obligarse, no hay contrato. Si se lanza el mensaje publicitario del proveedor del bien o servicio, al usuario o consumidor sin afán negocial, nos encontramos en la “nada negocial”, nada hay y nada obliga, pues es claro y diáfano nuestro Código Civil al dar vida al contrato cuando existe vocación para obligarse, y a sensu contrario, no existe contrato cuando las partes no pretenden crear un vínculo obligacional:

“El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.” (art. 1254 del CC)

Las partes podrán formalizar un acuerdo, pero si no hay intención de obligarse no tendremos contrato.

En definitiva, será esencial, aquella parte del contenido reglamentario de un contrato, sin la cual no puede realizarse la función económica objetiva correspondiente al tipo contractual, ni responde al objetivo perseguido por las partes;

---

<sup>501</sup> Cfr. AVILÉS GARCÍA, J.; «Las obligaciones de información tras la ley 17/2009 de libre acceso a las actividades de servicios», 2010, Aranzadi Doctrina.

en consecuencia la declaración publicitaria comprensiva de la información relativa al bien o servicio, este formulada por vía electrónica o no, será un elemento que integra el contrato y servirá de vehículo imprescindible para transmitir la información y para cumplir tanto la función económica típica del contrato como que el intento práctico sea conseguido<sup>502</sup>.

Será accidental, a sensu contrario, aquello que no es necesario para lograr los fines propuestos entre las partes, por ejemplo en un arrendamiento será esencial poner el bien objeto de arriendo en posesión del interesado, y pagar la renta estipulada en contraprestación al uso u disfrute del bien, y será accidental, la obligación de saneamiento o la manera en como y cuanto se distribuyen los gastos de comunidad o redacción de documentos.

#### 4.2.6 La información precontractual

##### 4.2.6.1 Justificación

La contratación a distancia, que no exige la presencia física de las partes en la celebración del contrato, es especialmente sencilla, pudiendo contratar con plenos efectos, sin salir de nuestro domicilio, y solo utilizando un medio de comunicación a distancia de los ya citados en estas páginas, dotando a esta forma de contratar de alto grado de agilidad y eficacia.

Si bien es cierto lo antedicho, de otro lado, la otra cara de la moneda, es la necesidad de establecer cautelas y normas que impidan nos sumerjamos en un mar de inseguridad jurídica en torno a la celebración del contrato, pues tengamos en cuenta que la contratación electrónica "deja pocas pistas"<sup>503</sup> y es volátil e intangible, y además, y a nadie se escapa, que sin las debidas cautelas es fácil lleguemos a contratar de modo irreflexivo pues recordemos que con tan solo un "click" estamos aceptando un contrato sobre el que hemos meditado poco y que entraña consecuencias jurídicas para nuestro entorno económico y personal.

Un modo para proteger a los destinatarios de los servicios finales, será conseguir que estén suficientemente informados al objeto cuenten con suficientes elementos de juicio a la hora de tomar la decisión de contratar<sup>504</sup>.

---

<sup>502</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO L.; «Fundamentos de Derecho civil patrimonial» 1970, Tomo I, p.232.

<sup>503</sup> Cfr. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J.; «Los contratos de adhesión y la contratación electrónica», en «Tratado de contratos», 2013, Tomo II, pp. 1693 y ss.

<sup>504</sup> Cfr. FERNÁNDEZ PÉREZ, N.; «El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores. Especial referencia a la relativa a los servicios financieros», 2009, p.251.

El primer contacto entre proveedor de servicios y usuario se llevará a cabo a través de comunicaciones comerciales, bien estas tengan un mero carácter publicitario, bien sean el inicio de la relación contractual entre las partes.

El legislador, tanto en la ley especial, LSSI, como en el TRLGDCU establecerá una serie de requisitos informativos o de información, que sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa general, en materia comercial y de publicidad, se deberán cumplir siempre que las comunicaciones se establezcan por medio electrónicos<sup>505</sup>.

En consecuencia, al abordarse el régimen jurídico de los contratos a distancia, la información como ya hemos insistido a lo largo de este trabajo, se "erige en obligación fundamental a cargo del empresario y correlativo derecho a la misma del consumidor, que junto con el desistimiento, conforman los pilares básicos de esta forma de contratación en cuanto vienen a aminorar los riesgos que conlleva"<sup>506</sup>, y aunque esta referencia se haga con relación a la información precontractual del art. 97 del TRLGDCU, será de absoluta concordancia en lo substancial para las leyes especiales como la LSSI, LCDSFC, LOCM entre otras.

La LSSI, en su art. 20 establece una pauta de comportamiento en cuanto a como comunicar comercialmente a través de medios electrónicos, estableciendo que las comunicaciones comerciales deben ser identificadas claramente como tales, así como la exigencia de identificar a quien las emite.

Cuando las comunicaciones comerciales se hagan a través de correo electrónico, o medio de comunicación equivalente, deberá incluirse la palabra "publicidad" o en abreviatura "publi".

Al hacer referencia el legislador a la posibilidad de "medio de comunicación electrónica equivalente" más bien evita establecer un *numerus clausus* en cuanto a que son medios equivalentes, quedando a criterio de interpretación cuales son equivalentes y cuales no.

Las tecnologías avanzan a pasos agigantados, y ya encontramos aplicaciones "apps"<sup>507</sup> para otros dispositivos distintos del ordenador, como son las *tablets*, teléfonos sistema androide, *smartphone*.

---

<sup>505</sup> Cfr. DÍEZ BALLESTEROS, J.A.; «Obligaciones precontractuales de información en la contratación electrónica y protección de los consumidores», Estudios sobre consumo 85, 2008, pp. 61 a 75.

<sup>506</sup> Cfr. SÁNCHEZ GÓMEZ, A.; «Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias», Art. 97 TRLGDCU, Libro II, Título III, Capítulo II.

<sup>507</sup> Del inglés *application*, programa.

Nada parece impedir que estos requisitos de información se cumplan, y las relaciones a distancia se establezcan por medio de estos sistemas, siempre y cuando no se desvirtúe la esencia de la relación contractual en definitiva. Puede entenderse como un acierto no haber cerrado el círculo a los distintos sistemas que vienen apareciendo en nuestro ámbito tecnológico, pues en nada difieren de los ordenadores al uso, dado que la conexión entre las partes es la misma, solo varían los medios técnicos.

Este mismo art. 20 de la LSSI establece la necesidad de identificar claramente a la persona física o jurídica en nombre de quien se hace la oferta. Es esencial, dado que quien tenga expectativas de contratar, debe conocer con la debida anticipación quien es la empresa o proveedor de servicios con quien va a poder obligarse.

En definitiva dos serán las bases o puntos de partida: de un lado, conocer el carácter comercial de la comunicación, y discernir si es o no, mera publicidad, al observar la advertencia “publi”, y por otro, la identificación del proveedor de servicios; con estas bases, ya se puede plantear aceptar, o rechazar la oferta inicial<sup>508</sup>.

En términos generales las exigencias de información previa, a las que nos hemos referidos y contemplados en la LSSI, tienen su marco general en el TRLGDCU y en particular en los artículos 60 y 97 del TRLGDCU, con unas exigencias elementales; pero en la materia de contratación a distancia, el Título III, Capítulo I, artículo 93.

La información debe ser útil, utilizable y usada<sup>509</sup>. La información “útil” debe ser completa, veraz y no inducir a error, esto es, lo más transparente posible. La información “utilizable” se refiere a que debe ser accesible a la capacidad y posibilidad de su destinatario, y por último el término “usada”, se refiere a que debe ser suministrada en el momento oportuno.

Siempre y cuando se utilicen medios de comunicación a distancia, contratación electrónica, para la comercialización de productos y servicios tanto en los tratos preliminares a la contratación como en la contratación propiamente dicha, serán de

---

<sup>508</sup> Cfr. RODRÍGUEZ- MOURULLO OTERO, L.; «Comentario al art. 20 en la nueva ley de internet (Comentarios a la Ley 34/2002 de 11 de julio)»; CREMADES Y GONZÁLEZ MONTES (coords.), 2003, "La Ley", 2003, p. 333:“tiene especial relevancia el hecho de que la comunicación comercial quede perfectamente identificada como tal, para que el propio destinatario sea quien decida si desea abrir o no la publicidad remitida o , si por el contrario, desea eliminarla, enviándola a la papelera”, en DÍEZ BALLESTEROS, J. A, «Obligaciones precontractuales de información en la contratación electrónica y protección de los consumidores», Estudios sobre consumo 85 (2008), pp. 61-75.

<sup>509</sup> Cfr. GÓMEZ SEGADÉ, V.; «Notas sobre el derecho de información del consumidor» RJC nº 3, 1980, p. 141 y art. 97 del TRLGDCU.

aplicación además de la norma especial en cada caso, la LSSI <sup>510</sup> y el TRLGDCU , pues establecen una serie de requisitos relativos a la información, que sin perjuicio de los dispuesto en la normativa sectorial, deben cumplirse inexorablemente por quien utiliza para promocionar y vender sus productos o servicios las técnicas o procedimientos de comunicación a distancia<sup>511</sup>.

La contratación electrónica es peculiar, debemos considerar que en ella no hay presencia física simultánea de las partes contratantes, y este el motivo por el que el legislador en la LSSI exige que el prestador de servicios “deberá guiar a los contratantes durante el proceso de contratación, indicándoles los pasos que han de dar y la forma de corregir posibles errores en la introducción de datos y confirmar la aceptación realizada una vez recibida” (LSSI, Exposición de Motivos, expositivo III in fine).

En este sentido, el legislador, en este afán proteccionista, refuerza las garantías del consumidor en la contratación electrónica siendo la LSSI de aplicación preferente cuando se utilizan medios electrónicos para contratar, y así: “Cuando lo dispuesto en este título entre en contradicción con el contenido de la normativa específica sobre servicios de la sociedad de información y comercio electrónico, ésta será de aplicación preferente” (art.94, segundo párrafo del TRLGDCU).

Evidentemente el legislador pretende regular con la seguridad jurídica como fin, pues en éste sector del comercio electrónico, no es infrecuente encontrarnos con páginas web intervenidas por terceros, falseadas, o manipuladas en determinados aspectos.

Debemos regular, pero tratando en todo caso, armonizar libertad contractual y defensa de los consumidores, y ejercicio de libre empresa, ambos conceptos proclamados por la Constitución Española, artículos 51 y 38 respectivamente. Ser excesivamente exigentes en la información, puede suponer en no pocas ocasiones, bloqueo y decisión de abandonar la operación iniciada, pues para el consumidor puede representar unos costes que no le compensarían con los pretendidos beneficios de la operación.

Las exigencias de información, que evidentemente son necesarias y deben estar asentadas en iter comercial, también deben aplicarse, interpretarse mejor dicho, en su

---

510 Cfr. Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, modificada por Ley 56/2007 de 28 de diciembre de medidas de impulso de la sociedad de la información (LISI).

511 Cfr. DÍEZ BALLESTEROS, J.A.; «Obligaciones precontractuales de información en la contratación electrónica y protección de los consumidores», Estudios de Consumo 85 (2008), pp. 61 a la 75.

justo equilibrio, pero justificando la rigurosidad en las exigencias por “tratarse de contratos negociados a distancia, con todo lo que ello implica en orden a la protección de los consumidores, posibilidad de error o dolo , contratación irreflexiva o compulsiva, abuso de la buena fe del consumidor, ruptura del justo equilibrio de las prestaciones, utilización ilegítima de instrumentos de pago”<sup>512</sup>.

#### 4.2.6.2 Particularidades de la información precontractual

Dada la falta de presencia física de las partes, la rapidez en la gestión y la unidad de acto contractual que caracteriza a la contratación electrónica, nuestro legislador establece unos claros deberes de información previos al contrato que el prestador de servicios debe obligatoriamente que cumplir, excepto en los casos expresamente previstos en la Ley, artículo 27.2 de la LSSI: que ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor, o, que el contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente.

Las exigencias previstas en el art. 27 de la LSSI tienen un marcado afán proteccionista para el usuario y consumidor, dada la situación de desequilibrio en que se encuentra en la relación contractual.

El contenido de la información exigida, será, de un lado la información relativa al bien o servicio que se oferta, y de otra, la información relativa al contrato en sí, clausulado, condiciones generales, condiciones jurídicas y económicas, de tal forma que reciba el usuario y consumidor la suficiente información para poder plantearse seguir adelante con el proceso contractual iniciado, así el art. 60.2 del TRLGDCU abre la posibilidad y necesidad de dar un contenido lo más extenso posible a las obligaciones de información precontractual de tal forma que queden pocos huecos para eludir facilitar la exacta y cumplida información requerida.

En este sentido de amplitud regulatoria, esencialmente la información exigida al proveedor, prestador de servicios, será la que se señala en los arts. 60,96 y 97 del TRLGDCU y art. 27 de la LSSI.

Esta información que hemos convenido en denominar precontractual, y recogida en los artículos citados, sigue la misma línea de las exigencias del legislador francés, que regula en su “*Code de la Consommation*” materias de diversa especialidad pero bajo el título de consumo, incluida la contratación electrónica en el ámbito de los

---

<sup>512</sup> Cfr. CLEMENTE MEORO, M.; «La protección del consumidor en los contratos electrónicos», en “Contratación y comercio electrónico”, 2003, página 365.



servicios financieros que en España requieren de una Ley específica, y excluidos del TRLGDCU en su art. 93.1 apartado c).

En el código de consumo francés se contemplan unas exigencias de información general recogidas en sus arts. L111-1 a L111-3, que serían el equivalente al texto nuestro del TRLGDCU; y otras exigencias de información particulares para los supuestos de contratación a distancia en sus arts. L121-18 y 19<sup>513</sup>.

La información que se facilita, debe ser “clara, comprensible e inequívoca”, sobre los extremos que detalla el precepto (art. 27.1 de la LSSI). No basta con cumplir el trámite de lanzar la información sin recabar en los detalles de cómo y qué se está enviando al destinatario, sino que es preciso que este, el destinatario, pueda acceder fácilmente a la misma.

En consecuencia, si la información se presta, pero no se respetan esas exigencias de “claridad, accesibilidad y veracidad”, produce el mismo efecto que si no se hubiera prestado, pues el destinatario recibiría una información parcial, limita sus expectativas y no puede tener claro convencimiento con relación a aquello sobre lo que va a prestar su consentimiento<sup>514</sup>.

La actuación del prestador del servicio debe ser plenamente conforme con el principio de buena fe en las transacciones comerciales, principio proclamado en el art. 4 de la Ley de Competencia Desleal (LCD), cláusula general, que establecerá el principio de buena fe objetiva, según el cual se reputa como desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe<sup>515</sup>.

En cuanto al medio a través del cual se facilita la información por el prestador de servicios, este medio deberá ser acorde con el medio de comunicación a distancia que se utilice.

Evidentemente deben cumplirse para la información las exigencias de veracidad, comprensible, fácil, clara e inequívoca, permanente y gratuita. La información facilitada, el medio a través del que se facilita la información, debe permitir almacenar la información por parte del destinatario, según se establece en el art. 27.4 de la LSSI.

---

<sup>513</sup> Cfr. Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au Code de la Consommation (partie législative).

<sup>514</sup> Cfr. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J.; «Los Contratos de adhesión y la contratación electrónica», en «Tratado de Contratos», 2013, Tomo II, pp. 1697 y ss.

<sup>515</sup> Cfr. Art. 4 de la Ley 3/1991 de 10 de enero, modificada por la Ley 29/2009 de 30 de diciembre.

#### 4.2.6.3 La información precontractual y el prestador del servicio

La información con relación al prestador del servicio de la sociedad de la información es contemplada por nuestro legislador desde dos vertientes: la que afecta directamente a su situación jurídica administrativa, y la relativa a la obligación de facilitar información con relación al bien o servicio en la contratación electrónica (Art. 1º y art. 27 de la LSSI respectivamente).

Ambos preceptos han sido modificados por la Ley 56/2007 de 28 de diciembre de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información (LMISI), modificándose en el art. 10 de la LSSI en sus apartados b) y f) referentes a identificación registral mercantil, y exigencias de información en cuanto al precio del bien o servicio. El art.27 es modificado en su apartado 1 y 2, con nueva redacción y que veremos a continuación.

En cuanto al prestador de servicios de la sociedad de la información, y por exigencia de la LSSI en su art. 10, además de la información en cuanto a la dirección geográfica o propia del prestador de servicios, como es el nombre, domicilio social o en su defecto dirección de uno de sus establecimientos permanentes en España, se exige también la referente al correo electrónico, así como la de los datos registrales (registro mercantil) del citado dominio al objeto comprobar coincide con los datos del prestador del servicio de la información<sup>516</sup>, y para el supuesto que sea un prestador como una entidad bancaria, deberá acreditarse la autorización administrativa también a modo de inscripción en el registro pertinente así como los relativos a la autoridad encargada de su supervisión.

De la lectura detallada del artículo 27 de la LSSI, tras la modificación llevada a cabo por la LISI, podemos afirmar como de una parte se pretende agilizar sobremanera la contratación a distancia o electrónica, adaptándose a los nuevos avances tecnológicos, en particular, los dispositivos de pequeño formato muy útiles y utilizados (telefonía móvil, PDA (*personal digital agenda*)) y de otra, informar al consumidor de forma clara, comprensible e inequívoca sobre todos los extremos mencionados en el

---

<sup>516</sup> Cfr. nota pie de página nº (382) de FERNÁNDEZ PÉREZ, N.; «El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores. Especial referencia a la relativa a los servicios financieros», La Ley, 2009, p.254, en referencia a la indicación que hace la autora a MARTÍNEZ NADAL, A.; «La protección del consumidor...» op. cit. pp. 132 y 133: "el primer elemento con el que entra en contacto el *ciber consumidor* es el nombre del dominio del sitio *web* que, aún cuando en principio podría proporcionar indicios identificativos, no resulta hoy día fiable, dado el sistema actual de registro de los dominios, que permite usos sino claramente fraudulentos, cuanto menos legalmente dudosos. Por ello, el consumidor necesita conocer a la persona existente detrás de la página *web* a la que ha accedido y con la que piensa realizar una transacción, así como los datos identificativos, exigencias o títulos profesionales".

precepto, y además que sea accesible, esto es, que previamente a la contratación, y "...de forma permanente, fácil y gratuita..." el consumidor pueda "conocer" quién es el prestador de servicios de la información (Preámbulo de la LISI, apartado III, 22º párrafo)

Lo anteriormente citado se aplicará cuando la contratación se lleve a cabo mediante la utilización de la página web, excluyéndose los supuestos en que la contratación se lleve a cabo de forma exclusiva mediante correo electrónico, como así lo prevé el texto legal (art. 27.2 de la LSSI).

Se trata, de la lectura de la norma y de la justificación expuesta en el preámbulo de la misma, de evitar confusión en el usuario, quien podría acudir a páginas intermedias del proveedor, que reenvían a otra principal, y entendiendo como condiciones contractuales o descripción del producto, descripciones que no son reales, o siéndolo, le lleven a una idea equívoca sobre lo que esta haciendo<sup>517</sup>. El proveedor conducirá y facilitará al usuario a través de las páginas *web*, toda la información y condiciones que se ofrecen para la contratación de forma comprensible e inequívoca.

El incumplimiento de estos deberes de información, tiene como consecuencia directa, la sanción administrativa consistente en multas de importe diferente en función de la calificación de gravedad del hecho que motiva la sanción (art. 38 y ss de la LSSI).

En otro ámbito europeo, Reino Unido, el incumplimiento de los deberes de información precontractuales, llevan aparejada además de la sanción administrativa, la responsabilidad por daños y perjuicios causados con su comportamiento<sup>518</sup>. En nuestro ámbito jurídico, y en función del supuesto de hecho concreto, tendríamos abierta, como usuarios o particulares, ejercitar las acciones que dimanen del ejercicio de la indemnización de daños y perjuicios contemplada en los arts. 1101 y siguientes de nuestro Código Civil.

#### 4.2.6.4 Los medios técnicos de identificación y corrección de errores

Por este medio se persigue evitar contratación no deseada debido a falta de información suficiente sobre el bien o servicio, y en mayor medida, por una confusa dirección en el comportamiento electrónico de los intervinientes en la relación contractual viéndose el destinatario en una situación indeseada y confusa que le

---

<sup>517</sup> Cfr. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J; «Los contratos de adhesión y la contratación electrónica», en «Tratado de contratos», 2013, Tomo II, pp. 1698 y ss.

<sup>518</sup> Cfr. Regulation 13, Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002 (Statutory Instrument 2002 No. 2013, 31 de Julio de 2002).

llevará a aceptar, consentir en suma, sobre una relación contractual que adolece de claridad y posibilidad de rectificar errores.

La LSSI, si bien recoge el deber de información sobre los medios de corrección de errores, no los establece de manera sistemática, lo que hubiera sido un acierto del legislador.

El legislador comunitario si lo contempla en el artículo 11.2 la Directiva 2000/31/CE del Parlamento europeo y del consejo de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (en adelante DCE)<sup>519</sup>, lo que evidencia que se ha producido un olvido, o un error de técnica legislativa en la LSSI, y aún así, no puede entenderse que el informar sobre su existencia a los destinatarios sea una facultad del prestador de servicios.

Consiste este deber de informar sobre los medios técnicos de corrección de errores, en la inclusión de una página que podemos denominar de recapitulación de todo lo actuado hasta ese momento en la relación entre prestador de servicios y usuario. Básicamente, en la misma constará la esencia del contrato: objeto y precio, a lo que se añadirá los datos identificativos del destinatario, domicilio, correo electrónico de confirmación, datos sobre medios de pago. En este primer momento, y con una “pestaña” al efecto, el destinatario podrá confirmar los mismos, corregirlos, o bien definitivamente desistir del contrato.

La justificación de estas medidas de identificación y de corrección de errores es evitar la contratación no deseada y la irreflexiva.

El poder contar con estas páginas de recapitulación permite al destinatario cerciorarse de los datos que esta introduciendo, y evitar que por un gesto automático, con un “click” esté aceptando un contrato que realmente no desea.

La contratación irreflexiva se consigue evitar de manera exitosa guiando al destinatario por los distintos apartados o trámites electrónicos de contratación. No solo se le pregunta una vez, obligándole a confirmar un apartado, sino que se le vuelve a preguntar la misma cuestión solicitando de él que manifieste su conformidad en la siguiente casilla; se le preguntará en términos similares a: “¿esta seguro que desea continuar?, si es así, pulse en aceptar”, con esta pauta, no solo se consigue evitar el

---

<sup>519</sup> Cfr. Art. 11.2 DCE, “Los Estados miembros garantizarán que excepto cuando así lo acuerden las partes que no son consumidores, el prestador de servicios ponga a disposición del destinatario del servicio, los medios técnicos adecuados, eficaces, accesibles, que le permitan identificar y corregir los errores de introducción de datos, antes de realizar el pedido”.

error, sino que se consigue cumplir el contrato adecuadamente. Cuando las medidas de corrección se eluden, el consentimiento prestado podemos decir en cierto modo es un consentimiento devaluado.

Diferentes posturas doctrinales<sup>520</sup> han enjuiciado las consecuencias que para la validez del contrato tiene la inclusión o no de estas medidas de corrección.

Encontramos posicionamientos diversos, de una parte el que entiende que en los contratos electrónicos sujetos a incluir medios de corrección de errores, debe entenderse solo perfeccionado el contrato, y válido, cuando se ha producido la doble aceptación tras ser guiado por la página del proveedor.

Otro posicionamiento defiende la nulidad absoluta del contrato, por vicio en el consentimiento, cuando el mismo se ha prestado de forma involuntaria por error al no poder entender como usuario medio, como moverse por la página “*web*” del proveedor del servicio, y comprender que con un “click” estaba formalizando y dando su consentimiento a la relación contractual.

No obstante estas tesis, parece más prudente y acorde con la realidad jurídica, considerar en estos supuestos, contratos sin las medidas de corrección, acudir a la posición de la anulabilidad pues el destinatario quería contratar, pero no ha tenido la posibilidad de reafirmarse en su voluntad de hacerlo mediante las citadas páginas de recapitulación, instrumento este de seguridad plena, al menos preventivo.

Como medida colateral o beneficiosa para el destinatario, siempre tiene la posibilidad, tras haber contratado y darse cuenta del error, de acudir en los supuestos de consumo, al derecho de desistimiento contemplado en el art. 44 de la LOCM y el art. 101 del TRLGDCU.

#### 4.2.7 La información postcontractual

##### 4.2.7.1 Justificación

Si importante es el deber de información precontractual, no lo es menos el confirmar la aceptación de la oferta hecha al destinatario del bien o servicio, y que nuestro legislador denomina en la LSSI como información posterior a la celebración del contrato. Es una exigencia de seguridad jurídica para ambas partes, oferente y receptor de la oferta.

---

<sup>520</sup> Cfr. DOMINGUEZ LUELMO, A., «El comercio electrónico», p. 37; GONZÁLEZ GOZALO, A., «La formación del contrato», p.225; en GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J.; «Los contratos de adhesión y la contratación electrónica», 2013, «Tratado de contratos», Tomo II, pp. 1703 y ss.

Ciertamente de la lectura del art. 28 de la LSSI podemos concluir que nuestro legislador regula con profusión, pero el texto, por su densidad, es confuso en alguna medida, teniendo que acudir a más interpretaciones de las deseadas.

Como primer mandato ex lege “el oferente esta obligado a confirmar la recepción de la aceptación al que la hizo” art. 28.1 LSSI, mediante el envío del acuse de recibo por correo electrónico, que será lo más habitual, o por otro medio de comunicación electrónica equivalente a la dirección que el aceptante hubiera señalado en un plazo de veinticuatro horas siguientes a la recepción de la aceptación.

Se lleva a cabo el siguiente iter negocial: a) el oferente lanza la oferta, b) el destinatario acepta y da su conforme al contrato, c) envío de la aceptación por ese mismo medio y d) el oferente, al recibir el acepto, enviará por los medios citados la confirmación de la aceptación.

Debemos llamar la atención en cuanto al supuesto del art. 28.1 b) de la LSSI pues establece:

“b) la confirmación por un medio equivalente al utilizado en el procedimiento de contratación, de la aceptación recibida, tan pronto como el aceptante haya completado dicho procedimiento, siempre que la confirmación pueda ser archivada por su destinatario”

Dos cuestiones nos llaman la atención de primera lectura:

1) el distinto plazo dado con el término “tan pronto como el aceptante haya completado dicho procedimiento”, cuando en el número anterior se establece un plazo de veinticuatro horas siguientes a la recepción de la aceptación, y

2) “que la confirmación pueda ser archivada por su destinatario”, lo que parece es evidente, pues cuando se llevan a cabo transacciones mediante contratación electrónica hay dos pilares fundamentales, casi rutinarios a seguir: imprimir el documento de la relación contractual donde constan todos los pasos llevados a cabo, y de otra parte, proceder a archivar el documento en nuestro propio sistema, independientemente conozcamos la dirección electrónica (*http://*) del oferente.

Por equivalente al correo electrónico, o adecuado<sup>521</sup>, podemos considerar al servicio de mensajería telefónica SMS. Equivalente a una página *web* en la que se ha

---

<sup>521</sup> Cfr. MATEU DE ROS, J.; «Derecho de internet», La Ley, p.110, nota 338, en GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J.; «Los Contratos de adhesión y la contratación electrónica», «Tratado de contratos», 2013, Tomo II, pp. 1712 y ss.

desarrollado toda la transacción, podría ser la aparición en pantalla de un “aviso” o llamada, tras la aceptación, en la que el oferente nos comunica que ha recibido la aceptación correctamente, y ambos supuestos son válidos, dada la finalidad del precepto como es conocer la recepción de la aceptación.

No obstante, nada obsta, si las partes así lo convienen, que la confirmación de la recepción de la aceptación se lleve a cabo por otros medios de comunicación como puede ser la mensajería urgente, correo certificado, dado que el objetivo de estas exigencias formales es la seguridad jurídica tanto para el que hace la oferta y recibe la aceptación, como para el que acepta y quiere saber que el destinatario lo ha recibido, y no olvidemos que nuestro Código Civil proclama el principio de libertad de forma en su artículo 1278, y si se da esta libertad para lo más, también la debemos considerar para lo menos.

De estas primeras cuestiones abordadas podría plantearse la duda si estamos ante un deber de información propiamente dicho, o ante unas exigencias para la perfección del contrato sin cuyo cumplimiento nada puede considerarse hecho plenamente.

De la lectura del texto legal, evidentemente la información posterior a la celebración del contrato, radica en el acuse de recibo de la aceptación por parte del oferente, que se lo comunicará, informará, al destinatario por los medios ya citados, previendo diferentes supuestos que pueden darse a lo largo de los diferentes números de este artículo 28 de la LSSI. La finalidad del precepto no es otra que tener la certeza por ambas partes que el contrato se ha perfeccionado, por esa aceptación, y por ese acuse de recibo del oferente que hará seguir al destinatario.

La excepción a esta exigencia de confirmar la recepción de la aceptación de una oferta se da para el supuesto del art. 28.3 de la LSSI, al igual que en el artículo 27.2 del mismo cuerpo legal al tratar la información precontractual, que ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor o que el contrato se haya celebrado mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente, cuando estos medios no sean empleados con el exclusivo propósito de eludir el cumplimiento de tal obligación.

Visto este apartado del artículo 28.3 de la LSSI, es claro que la obligación de acusar recibo de la aceptación, va dirigida a los contratos, la mayoría de ocasiones entre consumidores, celebrados mediante páginas *web* en la que ambas partes interactúan y se cierran con un *click*.

#### 4.2.7.2 Ámbito subjetivo

Podría entrañar cierta dificultad delimitar en el texto legal a quien van dirigidas las obligaciones establecidas, y de ahí, nuestra afirmación que el legislador, en este precepto, deja al capítulo de la interpretación determinados conceptos, y uno de ellos es este, el de quién es el obligado a la confirmación de la recepción de la aceptación, pues bien es claro el apartado 1 del artículo 28 establece “ El oferente...”, pero no se habla de “prestador de servicios” como en el art. 27 al hablar de la información precontractual.

El deber de comunicar, o acusar recibo, de la aceptación de la oferta recaerá en aquel que la hubiera hecho, que puede ser el mismo destinatario o usuario, imaginemos que el usuario entra en la página *web* del proveedor, se interesa por un bien o servicio y lo contrata, y esperará a que el proveedor acepte su oferta, lo que conllevará que el usuario-destinatario oferente es el obligado a acusar recibo de la aceptación y hacérselo seguir al proveedor del servicio.

Este usuario-destinatario oferente estaría obligado a lo preceptuado en el art. 28 de la LSSI, pero no así a lo establecido en el art. 27 información precontractual, dado que no es prestador de servicios en el sentido descrito en la LSSI.

En el ámbito subjetivo de esta obligación de información posterior a la celebración del contrato, observamos como no se circunscribe al binomio prestador de servicios y usuario, sino que acoge la singularidad de un usuario oferente, y en este supuesto se contempla en el art.28 de la LSSI, en su número 2, apartado b) segundo párrafo, la obligación para el prestador de servicios, de facilitar el cumplimiento del deber de acusar recibo cuando él no es el oferente, esto es el deber de acusar recibo a un destinatario de servicios frente a otro destinatario de servicios .

Este supuesto en que el oferente es el destinatario del servicio, podemos concluir que cuando haya pagado el servicio en línea, ese hecho de pagar, debe considerarse como acuse de recibo, y aún siendo así, a tenor de lo dispuesto en el art.28.1 b) de la LSSI, segundo párrafo, el proveedor de servicios facilitará el cumplimiento de dicha obligación, poniendo a disposición del destinatario alguno de los medios indicados en este apartado.

Se contempla en este precepto la posibilidad también de que el prestador de servicios deba facilitar el deber de acusar recibo a un destinatario de servicios y frente a otro destinatario, esto es, el proveedor de servicios es el soporte para que la transacción se produzca, este sería el caso en que el prestador de servicios diseña una



página *web* en la que los usuarios pueden realizar ofertas y aceptarlas a través de un *click*, o varios, como son las páginas de subastas.

Para cumplir con la obligación de acusar recibo, no se hace preciso el envío literal del citado acuse de recibo de la oferta, sino de poner a disposición del obligado, los medios para que el acuse de recibo por parte del prestador de servicios sea posible. En la práctica, el prestador de servicios se verá exento de cumplir esta obligación, pues en la mayoría de los supuestos el oferente está provisto de cuenta de correo electrónico accesible y será a través de este canal como la confirmación de la transacción se llevará a cabo.

#### 4.2.7.3 Plazo

Encontramos en el texto legal diferente plazo en función del medio utilizado para establecer la relación comercial, o transacción.

El art. 28.1 a) de la LSSI, se establece un plazo de veinticuatro horas siguientes a la recepción de la aceptación cuando la transacción se ha llevado a cabo mediante correo electrónico, bastando que el oferente remita un correo electrónico, u otro medio de comunicación electrónica equivalente, a la dirección de correo electrónico del aceptante confirmando la aceptación, para que se de por cumplida esta obligación; y el apartado b) de este mismo artículo y número, prevé que en caso de utilizar un medio equivalente al utilizado en el procedimiento de contratación como puede ser una página *web* interactiva, la confirmación debe realizarse tan pronto como el aceptante haya completado dicho procedimiento. El plazo comenzará a contar cuando el oferente pueda tener constancia que ha recibido la aceptación.

Se plantean cuestiones en cuanto al momento en que debemos considerar satisfecha la obligación de acusar recibo de la aceptación.

Si la confirmación se realiza mediante correo electrónico, debemos considerar satisfecha la obligación desde que el correo electrónico ha sido almacenado en el servidor en que está dada de alta su cuenta de correo electrónico, o en el dispositivo utilizado para la recepción de comunicaciones (art. 28.2 LSSI); si se utiliza un medio equivalente al utilizado en la transacción electrónica, se entenderá que se ha recibido la aceptación y su confirmación cuando las partes a que se dirijan puedan tener constancia de ello.

Es fundamental en este proceder del acuse de recibo, la recepción del citado acuse, dado que si bien el oferente recibe la aceptación del destinatario, debe comunicarlo al mismo, acusar recibo, y en este iter negocial puede ocurrir que el destinatario no llegue a recibir la comunicación del acuse de recibo de la aceptación

por problemas o errores técnicos, jugando en su perjuicio, pues podría haber se iniciado el pago sin recibir el bien.

#### 4.2.7.4 Incumplimiento del deber de acuse de recibo

La LSSI prevé sanciones administrativas en función de la calificación de la infracción, no establece una sanción civil no esta prevista en el texto legislativo, así en el art. 38.4, apartado f) se califica como infracción leve el incumplimiento de la obligación de confirmar la recepción de la aceptación por parte del destinatario, aplicándose multas de hasta 30.000 €, y en caso de ser habitual este proceder, la calificación sería de infracción grave que lleva aparejada multa de 30.001 hasta 150.000 €. Estas sanciones solo son aplicables cuando el obligado a confirmar la recepción de la aceptación es un proveedor de servicios de la sociedad de la información tal cual prevé el artículo 37 del mismo texto legal.

En el ámbito civil, podría plantearse la cuestión si este incumplimiento lleva aparejada la nulidad absoluta o relativa del contrato.

Nos inclinamos por el sentido contrario, pues la validez del contrato no se ajusta a una hipótesis matemática, debemos tener en cuenta si hay carencia de elementos esenciales, y si el consentimiento esta viciado ab initio. Debemos considerar que esta omisión puede ser puramente accidental, puede ser subsanada en inmediato momento posterior. Nada que ocurra a posteriori de ese intercambio de voluntades puede enturbiar la validez del contrato<sup>522</sup>.

Otra hipótesis supondría entender el acuse de recibo como un deber contractual, y desde luego de la lectura del art.28.1 de la LSSI todo hace pensar que es un deber contractual, no una opción: “El oferente está obligado a confirmar la recepción de la aceptación al que la hizo por alguno de los siguientes medios...”.

Si el oferente incumple esta obligación, en buena lógica el aceptante esta habilitado para tratar la resolución del contrato, pues se encuentra en una situación insegura jurídicamente, al haber prestado su consentimiento y no recibir el acuse de recibo puede entender que no ha llegado al prestador de servicios su consentimiento, y tratar de entrar de nuevo en la página *web* con el riesgo de contratar dos veces.

También cabe a posibilidad que el consentimiento no hubiera llegado nunca a su destino, no quedando más alternativa que requerir del prestador de servicios la confirmación, el acuse de recibo, y si después de un tiempo prudencial no recibe respuesta, instar la resolución del contrato. En este supuesto parece recae la carga de

---

<sup>522</sup> Cfr. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J.; «Los Contratos de adhesión y la contratación electrónica», «Tratado de contratos», 2013, Tomo II, pp. 1715 y ss.

la reclamación que se le impone al destinatario que es quien debe esperar el plazo prudencial, requerir al prestador de servicios, y por último, de no obtener respuesta, instar la resolución del contrato, y no parece muy equilibrado añadir mayor esfuerzo al destinatario usuario ante la situación de incertidumbre en que se encuentra.

Tras la Ley 3/2014 de 27 de marzo por la que se modifica el TRLGDCU, se establece que en ningún caso el silencio o la falta de respuesta a la oferta se podrá considerar como aceptación de la misma, aplicándose lo dispuesto en el art. 66 quáter TRLGDCU si el empresario aún no teniendo respuesta del consumidor, le suministrase el bien<sup>523</sup>.

La postura que entendemos más equilibrada en el supuesto de incumplimiento del deber de acusar recibo del consentimiento (art. 28.1 LSSI), optaría por considerar que ante la ausencia de noticias ciertas, veraces, y acreditadas del prestador de servicios acusando recibo de la aceptación, del consentimiento prestado en suma, la opción tendría que ir inexorablemente a atacar la validez del contrato, no hay contrato.

En las condiciones habituales en que se desarrolla la contratación electrónica, parece preferible, pese a ser gravoso, que el aceptante, de no recibir en pocos días el acuse de recibo de su consentimiento, se dirija al prestador de servicios requiriéndolo, y de no recibir respuesta, instar la resolución del contrato.

#### 4.2.7.5 Información adicional

Les serán de aplicación también a los contratos electrónicos, lo dispuesto en el art. 98 del TRLGDCU, además de su especialidad de la LSSI. El mismo criterio sigue nuestro legislador en el art. 47 de la LOCM.

En estos textos legales se establece la obligación, antes de la ejecución del contrato, de facilitarle al usuario y consumidor información suficiente para culminar el proceso negocial con plenas garantías.

La Ley 3/2014 de 27 de marzo que reforma el TRLGDCU ha introducido un nuevo artículo 98 que completa lo dispuesto en el art. 97 de este mismo cuerpo legal que se refiere a la información precontractual de los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil.

---

<sup>523</sup> Cfr. GONZÁLEZ GONZALO, A.; «La formación del contrato...», p. 251; en sentido similar, ONTIVEROS RODRÍGUEZ Y MORA LORENZO, I., *La Ley*, 2003, p.1379; en nota pie de página nº 351 en GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J.; «Los contratos de adhesión y la contratación electrónica», en «Tratado de contratos», 2013, Tomo II, pp. 1716 y ss.

Los artículos 97 y 98 del TRLGDCU, ofrecen al consumidor plena garantía en cuanto a las obligaciones de información que debe facilitar el empresario o proveedor del bien o servicio que se pretende contratar.

El art. 97 del TRLGDCU, más prolijo que el anterior a la reforma, es incisivo en cuanto al detalle de los elementos esenciales del contrato, y entendemos plantea supuestos habituales en la práctica de la contratación a distancia y siempre desde el enfoque proteccionista hacia los intereses del consumidor, sin cercenar la libre capacidad y voluntad de la legítima actividad y libre empresa del empresario.

El art.98 del TRLGDCU, refuerza el contenido de lo previsto ven el artículo que le precede, al atender con la misma precisión, aquellos elementos formales o de acompañamiento necesarios en la formalización del contrato.

Así se establece en este precepto, la obligación para el proveedor de facilitar la información exigida en el art. 97.1 del TRLGDCU de forma acorde con las técnicas de comunicación a distancia empleadas, haciendo hincapié, que para el supuesto que se estableciera en el contrato la obligación de efectuar pagos por parte del usuario o consumidor, el proveedor lo indicará de forma clara y destacada, justo antes de que se efectúe el pedido. Asimismo cuando se utilice un proceso electrónico en el que fuere necesario “clicar” para el acepto y pago, el proveedor deberá emplear el término “pedido con obligación de pago”, o forma similar, pero de tal forma que no genere duda alguna al consumidor en cuanto a la obligación que asume.

Para los supuestos de contratación por vía telefónica, y sea el proveedor quien inicie el contacto con el consumidor (art.98.6 del TRLGDCU), nuestro legislador establece en este mismo precepto, la obligación para el proveedor de confirmar la oferta al consumidor y usuario por escrito, o salvo oposición del mismo, en cualquier soporte de naturaleza duradera.

La exigencia de facilitar la información por escrito, resulta un tanto chocante cuando en sede de contratación electrónica nos encontramos, máxime cuando puede utilizarse un medio seguro y rápido como es el envío de archivos adjuntos de fácil archivo en el sistema del destinatario, pero bien parece que el legislador no da opción a que el proveedor elija como enviar la información, debe hacerlo por escrito, excepto que se oponga el consumidor.

Dentro de los requisitos formales que atiende este precepto, y más que requisito formal, podemos considerar también esencial a efectos de prueba en sede judicial, este art.98 del TRLGDCU, en su n° 7, establece la obligación para el empresario de confirmar el contrato celebrado en un soporte duradero y en un plazo razonable

después de la celebración del contrato a distancia, "...a más tardar en el momento de entrega de los bienes o antes del inicio de la ejecución del servicio."

Hubiera sido preferible que nuestro legislador hubiese determinado el plazo en lugar de optar por el término "...plazo razonable..." que no dejará de plantear problemas de interpretación, si bien podría entenderse que esta determinación de cómo entender "plazo razonable" quede a la interpretación de los usos comerciales de cada lugar y sector de contratación.

Finalmente, se establece en este precepto (art.98.9 del TRLGDCU) la carga de la prueba en cuanto al cumplimiento de las obligaciones a que este artículo se refiere.

## **5. El contrato electrónico como contrato de adhesión**

La mayoría de los contratos electrónicos celebrados entre prestador de servicios de la sociedad de la información y usuarios, son contratos celebrados por adhesión a un clausulado general debido al modo de contratar, sin la presencia física de las partes intervinientes, que como ya hemos citado, se afianza en la comercialización de bienes de consumo y servicios por razones de agilidad, rapidez y comodidad para el mercado, esto es, para proveedores y usuarios y consumidores, viéndose desplazados los mercados físicos tradicionales por los mismos motivos, pues el usuario y consumidor amplía sus opciones de compra y el proveedor, de una manera ágil y rápida puede hacer llegar a sus destinatarios ofertas de bienes y servicios que en la relación presencial no podría conseguir.

Las ofertas emitidas tratan adaptarse a las necesidades del comprador siguiendo la línea del denominado marketing "one to one"<sup>524</sup>, y no obstante las cláusulas contractuales definitivas responden a un esquema de contratación generalista pensado para una pluralidad de destinatarios sustentándose sobre la base de la adhesión a las condiciones generales de contratación establecida de forma unilateral por una de las partes, el proveedor (predisponente). El comprador (adherente) acepta mediante "click" en la pestaña al efecto remitiendo los datos del proceso contractual al proveedor en prueba de su aceptación, este procedimiento de adhesión a cláusulas generales es el habitual en este tipo de contratación a distancia.

La cuestión de fondo es como se incorporan estas cláusulas generales a los contratos en función tanto de los bienes a comercializar, como de las garantías que deben establecerse al objeto que la parte más débil, el adherente, no se vea sorprendido en el modo de contratar ni dirigida su voluntad de forma equívoca en el

---

<sup>524</sup> Cfr. PARDO GATO, J. R.; «Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (análisis legislativo y jurisprudencial)», 2004, p.389.

proceso contractual. Se deberá ser especialmente prudente en encontrar soluciones adecuadas en la cada vez más íntima relación entre el mundo informático, la sociedad de la información, y el mundo jurídico, tratando de fortalecer la seguridad jurídica mediante el instrumento de la información<sup>525</sup>.

## **5.1 Las condiciones generales de contratación y la contratación electrónica**

### 5.1.1 Notas introductorias

No es, ni ha sido pacífico, el posicionamiento doctrinal en cuanto a considerar las condiciones generales de la contratación, como fuente del Derecho.

Doctrina de reconocido prestigio como F. de Castro<sup>526</sup>, planteaba si las condiciones generales de la contratación podían ser consideradas como fuente del Derecho, y visto desde la perspectiva de un Derecho autónomo de la economía que facultara a los empresarios a reglamentar las relaciones contractuales.

Esta postura no ha sido compartida, pues sociológica y económicamente no es viable plantear que las condiciones generales de la contratación tengan naturaleza de nueva e independiente fuente del Derecho; más oportuna parece la idea de considerar las condiciones generales de la contratación como evolución y desarrollo de la gran empresa moderna<sup>527</sup> como medio técnico y jurídico para atender la demanda en el comercio de bienes y servicios a gran escala, contratación denominada en masa.

Esta postura de considerar fuente del Derecho a las condiciones generales de la contratación ha estado en constante discusión, inclinándose la doctrina más reconocida hacia los posicionamientos de la tesis legislativa alemana que ya en la AGBG<sup>528</sup>, que entró en vigor el 1 de abril de 1977 (reformada prácticamente en su totalidad en 31 de diciembre de 2001, e incorporado su contenido al Código Civil

---

<sup>525</sup> Cfr. RECORDER DE CASSO, E.; «Algunas observaciones en torno a contratos, electrónica y fe pública», «Derecho de internet, contratación electrónica y firma digital», MATEU DE ROS, R. Y CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, J. M (Coords.), 2000, p.117, en PARDO GATO, J.R.; «Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (análisis legislativo y jurisprudencial)», 2004, p.391.

<sup>526</sup> Cfr. CASTRO, F. DE; «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», DC, XIV, 2, núm. 161, p. 295 y ss., en DÍEZ-PICAZO, L.; «Condiciones generales de la contratación (esbozo de una evolución), comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación», 2002.

<sup>527</sup> Cfr. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L; «Derecho mercantil de obligaciones», 2010, Tomo I, p.1178.

<sup>528</sup> Cfr. La AGBG «Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen» (ley que regula el derecho de los términos y condiciones contractuales). <http://de.wikipedia.org/wiki/AGB-Gesetz>, consultado el día 1.12.2014.

alemán, BGB, como norma integradora del Derecho de consumo alemán), se orientaba hacia una concepción proteccionista del orden público contractual<sup>529</sup>.

La utilización de condiciones generales de la contratación tiene innegables ventajas de índole no solo de práctica económica, sino también jurídica, supone su utilización racionalizar la contratación en masa pues el empresario, proveedor, que celebra diariamente cientos de contratos y sobre los mismos objetos desea que todos estos negocios se desarrollen sobre las mismas pautas de comportamiento jurídico; los empresarios no pueden negociar caso por caso contratos idénticos en los que lo único que cambia es el adherente permaneciendo inalterable el resto de condiciones del contrato.

Además de esta finalidad práctica, la utilización de condiciones generales de la contratación supone aportar seguridad, que el empresario se mueva en un régimen contractual seguro pues de la utilización de estas condiciones generales, tanto empresario, proveedor, como usuario, consumidor, adherente son conocedores del régimen jurídico que va a regular su relación contractual, idéntica en todos los supuestos de hecho en que se dan las mismas circunstancias de objeto y causa<sup>530</sup>.

En nuestro ámbito normativo vienen definidas en el artículo 1 de la LCGC, como aquellas que vienen predisuestas y cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría 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.

Sus rasgos característicos a tenor del texto legislativo, son: a) contractualidad, b) predisposición, c) imposición, no negociadas y d) generalidad<sup>531</sup>.

Siendo estos sus rasgos característicos y definatorios, es evidente que el mercado, el ámbito negocial, es diverso y no resulta correcto jurídicamente aplicar un mismo tipo de cláusulas generales para todos los supuestos negociales, así tendremos, y a mero título informativo: 1) condiciones generales bancarias.; 2) condiciones generales y particulares de las pólizas de seguro, que podrían clasificarse, a su vez, como las condiciones generales de las pólizas de seguro terrestre, marítimo, aeronáutico; 3) condiciones generales del transporte, que igualmente podrían

---

<sup>529</sup> Cfr. Wolf, Horn y Lindacher, cit. pp. 22 y ss. en GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.; «Derecho mercantil de obligaciones», Tomo II, 2010, p.1178.

<sup>530</sup> Cfr. URÍA GONZÁLEZ, R.; «Reflexiones...» cit., p.223; OTERO LASTRES, J.M., cit., p.768/16; MAGGIOLO, M.; «Il contratto predisposto», cit., p.64; en GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.; «Derecho mercantil de obligaciones», 2010, Tomo II, p.1185.

<sup>531</sup> Cfr. MARÍN LÓPEZ, J. J.; «El ámbito...», cit. pp.124 y ss., en GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.; «Derecho mercantil de obligaciones», 2010, Tomo II, p.1200.

clasificarse, a su vez como las condiciones generales del transporte terrestre, marítimo y aéreo.<sup>532</sup>

#### 5.1.2 Naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación, evolución y normativa aplicable

La ley alemana para la regulación del derecho de las condiciones generales del contrato de 9 de diciembre de 1976 (AGBG)<sup>533</sup>, a la que hemos hecho referencia en el apartado inmediatamente anterior, regula las condiciones generales de la contratación, y es clave en el desarrollo de la legislación específica en los estados de su entorno<sup>534</sup>.

Establece la AGBG que no son condiciones generales de la contratación aquellas que han sido negociadas individualmente. Para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato, para que sean parte constitutiva del mismo según el espíritu de la ley, el predisponente debe cumplir varios requisitos, el primordial es que el adherente las haya conocido expresamente o haya tenido la posibilidad de conocerlas sin especial dificultad.

Como vemos este planteamiento es el mismo que sigue la LCGC española actual en su artículo 5, con los debidos matices. Siguiendo con la ley alemana citada, se establece también como requisito de incorporación al contrato, las cláusulas sorprendentes o sorpresivas, que serían aquellas que no forman parte del contrato por resultar desacostumbradas en la relación jurídica que las partes concluyen y que, en especial, y también en el caso que el adherente no podía contar con ellas debido a las circunstancias en que se desarrolla la relación negocial.

La ley alemana es el punto de partida en cuanto al tratamiento de las condiciones generales de la contratación, de los contratos en masa, contratos de adhesión, cada vez más extendidos, y no solo en la forma escrita sino en la modalidad de contratación electrónica, donde este instrumento se hace indispensable para no desvirtuar la finalidad de esta actividad negocial: agilidad, comodidad y abaratamiento de costes entre otros, pero sin olvidar la seguridad jurídica que se logrará con las debidas exigencias de información tanto precontractuales como post contractuales.

Tras la ley alemana, y en cuanto a la legislación española, el primer hito es la Ley del contrato de Seguro de 8 de Octubre de 1980, y en particular su artículo 3 en

---

<sup>532</sup> Cfr. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L.; «Derecho mercantil de obligaciones», 2010, Tomo II, p.1210.

<sup>533</sup> Cfr. Revista Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, nº 1, 1983, pp.123-134.

<sup>534</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, L.; «Condiciones generales de la contratación (esbozo de una evolución), Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación», Civitas, 2002.



cuanto a la referencia que hace a las condiciones generales de los contratos de seguros.

Llama la atención lo que podemos llamar una interdicción de la abusividad de las condiciones generales para los asegurados<sup>535</sup> estableciendo que “en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados”, si bien, no se establece en el texto legal qué debe considerarse, o tenerse, por lesivo.

Más concreto es el artículo 3 de la Ley del seguro e 8 de octubre de 1980, al añadir que las condiciones, tanto generales como particulares han de redactarse de forma clara y precisa y que han de aceptarse de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados. Son requisitos de incorporación o de inclusión en el texto escrito, la suscripción por el asegurado; la entrega de la copia; la redacción de forma clara y precisa; y el destacar las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados.

En esta línea de evolución legislativa, el siguiente y ya más concreto paso, lo dio la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de Julio (LGDCU), Ley 26/1984 con una redacción un tanto compleja y especialmente orientada al tratamiento de las cláusulas abusivas.

El texto legislativo solo es aplicable a contratos celebrados con consumidores, no regulándose en ningún texto legislativo el tratamiento de las condiciones generales de la contratación en las relaciones entre empresas industriales o comerciales.

En el art. 10 de la LGDCU, en su número 1, el legislador manifiesta su vocación de control del contenido de esas cláusulas a las que se hace referencia en el número 1 de este artículo: “Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción...”, exigiéndose en los apartados a) y b) de este número 1 del art. 10: a) “Concreción, claridad y sencillez en la redacción...”, b) “Entrega, salvo renuncia expresa del interesado, de recibo justificante, copia o documento acreditativo de la operación...”.

El texto legislativo, y con el horizonte orientado en delimitar los elementos definitorios de abusividad en las cláusulas, es redundante y prolijo, y así lo podemos constatar si con detenimiento estudiamos el artículo 10, 10 *bis*, 10 *ter*, y disposición adicional primera en los que se definen y prevén diferentes supuestos que pueden plantearse en la contratación.

---

<sup>535</sup> Cfr. DIEZ-PICAZO, L.; «Condiciones generales de la contratación (esbozo de una evolución), comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación», Civitas, 2002.

El artículo 10.3 establece que si las cláusulas tienen el carácter de condiciones generales, conforme a la LCGC, quedarán también sometidas a las prescripciones de ésta, luego de la redacción de este apartado entendemos que ambos textos van en clara sintonía, siendo evidente que la protección al consumidor queda fortalecida.

La situación nacional era la descrita hasta esta fecha de la LGDCU, siendo la Directiva 93/13/CE, del Consejo de 5 de abril de 1993 el motor de cambio en cuanto a las condiciones generales de la contratación, pues su trasposición al Derecho español tiene su reflejo en la Ley 7/1998 de 13 abril sobre las condiciones generales de la contratación.

La preocupación del Consejo era armonizar las distintas legislaciones del mercado interior en un mercado sin fronteras interiores en que debería garantizarse la libre circulación de mercaderías<sup>536</sup>, dado que el escenario en que nos encontramos era el de diversas legislaciones muy dispares, y una pluralidad de contratos con un clausulado dispar en las relaciones entre vendedores de bienes y productores de servicios y de otra parte, los adquirentes o usuarios.

Dada esta disparidad, el Consejo reconoció como vocación de esta Directiva Directiva 93/13/CE, del Consejo de 5 de abril de 1993, una armonización parcial, ciñéndose únicamente a aquellas cláusulas contractuales que no se hubieran negociado individualmente, dejando a los Estados miembros la posibilidad dentro de su margen jurídico y legislativo, de reforzar el contenido de su protección.

La Directiva 93/13(CE, del Consejo de 5 de abril de 1993 es en gran parte tributaria de la ley alemana de 1976 (AGBG)<sup>537</sup> que consagra la no vinculación de las cláusulas abusivas definiéndose estas según el criterio germánico que define como abusiva aquella cláusula generadora de claro desequilibrio en el conjunto de derechos y deberes diamantes de un contrato, y cuando este desequilibrio se produce infringiendo el principio de buena fe.<sup>538</sup>

La Directiva 93/13/CE viene a cambiar la línea en la que estábamos centrados, las condiciones generales de la contratación, y se ocupará de las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, aquellas que no se hubieran negociado individualmente.

---

<sup>536</sup> Cfr. DIEZ-PICAZO, L.; «Condiciones generales de la contratación (Esbozo de una evolución), Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación», 2002, p.69.

<sup>537</sup> Cfr. Nota pie de página 147.

<sup>538</sup> Cfr. DIEZ-PICAZO, L.; «Condiciones generales de la contratación (Esbozo de una evolución), Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación», 2002, p.70.

La Directiva 93/13/CE, en su art. 3.2 establece que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando su contenido se encuentra predispuesto por el profesional y el consumidor no ha podido influir en él. Este criterio es el que sigue nuestro TRLGDCU y la LCGC en su Disposición Adicional Primera que modifica el art. 10 de la LGDCU en cuanto a las cláusulas abusivas.

Este pronunciamiento de la Directiva 93/13/CE, supuso que aquel empresario, profesional en términos de la LCGC, que afirmase haber negociado individualmente una cláusula, ante la reclamación del consumidor, debe soportar la carga de la prueba; igualmente se considerará que no ha habido negociación individual, cuando la redacción del contrato viene de facto redactada por el profesional. De igual modo, el hecho que existan cláusulas negociadas individualmente no supone que todas lo hayan sido, no quedando excluido el contrato de la regulación, esto es, se diferencia entre condiciones generales del contrato y condiciones particulares.

El qué deba entenderse por abusivo, por abusividad, se refleja en el artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CE: “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.”

Es el mismo criterio mantenido por el TRLGDCU en su art. 82.1, y antes en el art. 10 de la LGDCU y la LCGC, y se requiere en consecuencia que para que las cláusulas se puedan considerar abusivas, debe producirse un desequilibrio importante en detrimento del consumidor, en los derechos obligaciones dimanantes del contrato y que además sea contrario al principio de buena fe, esto es que suponga la inclusión de estas cláusulas abusivas la imposición de un régimen contractual en el que el deseado equilibrio de prestaciones entre las partes se ha visto gravemente alterado y en contra de la parte más débil en la relación contractual<sup>539</sup>, parte que no tiene en la relación contractual ninguna posición ni posibilidad de control eficaz sobre las mismas.

El desequilibrio debe ser importante, de tal modo que de haber conocido el adherente, o haber sido informado de manera eficaz en cuanto al fondo, a la realidad e implicación jurídica de la firma de estas cláusulas, el consumidor no habría suscrito el contrato.

En cuanto a la buena fe que se instituye en guía del comportamiento entre las partes, puede entenderse como buena fe subjetiva, en el sentido de creencia de una

---

<sup>539</sup> Cfr. HEINRICHS, H., «EINFÜHRUNG», cit., en HEINRICHS, W., y HELDRICH, A., «Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen» (AGB, Gesetz) vom 9, Dezember 1976, p. 2284; RODRÍGUEZ ARTIGAS F.; «Algunas consideraciones...» p.1087, en GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L.; «Derecho mercantil de obligaciones», 2010, p. 1191.

persona de estar actuando de manera correcta, o bien entender la buena fe en sentido objetivo en cuanto a la norma que se puede obtener en un proceso de concretización y con independencia del estado anímico de las partes.

Más bien, del sentido de la ley, debemos apoyarnos en el principio de buena fe objetiva que es el que nos traslada la Directiva 93/13/CE y de tal modo que para el profesional interviniente es un modelo de comportamiento profesional en su día a día y para el consumidor es el conjunto de expectativas que desde un criterio razonable, se puede esperar de la relación comercial<sup>540</sup>.

En nuestro Derecho nacional, la LCD tras la modificación operada a raíz de las Ley 29/2009 de 30 de Diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, introduce en su art. 4.1 la cláusula general en cuanto:

“Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”

Tras la proclamación de este principio de la buena fe objetiva, o cláusula general que recoge la LCD, el legislador opta por concretar y aclarar que debemos entender por comportamiento desleal, así:

“En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores...” (Art 4.1 de la LCD).

La consideración de abusividad de una cláusula no debe extraerse exclusivamente de lo dispuesto en el artículo 3 de la Directiva 93/13/CE, ni tampoco de aislar la cláusula del conjunto del contrato, debemos ir más allá pues el artículo 4 de la Directiva 93/13/CE contempla otros elementos o valores definatorios de esa abusividad, como son el tener en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto de contratación, la consideración de las circunstancias que concurren en el momento de la celebración del contrato y evidentemente teniendo que considerar todas las

---

<sup>540</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, L.; «Condiciones generales de la contratación (Esbozo de una evolución), Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación», 2002, p.71.

demás cláusulas del contrato y las relaciones que con otro contrato pueda tener; esto es, se pide una visión global de la relación contractual.

Siendo así, a tenor de nuestro principio *interpretatio contra stipulatorem* recogido en el art. 1288 del CC según el cual “La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad”, prevalecería la interpretación más favorable al consumidor.

En este mismo sentido expuesto en nuestro CC, se manifiesta el art. 5 de la Directiva 93/13/CEE que establece: “En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. Esta norma de interpretación no será aplicable en el marco de los procedimientos que establece el apartado 2 del artículo 7 de la presente Directiva”.

De reseñar como la Directiva 93/13/CE también establece unas pautas en cuanto a la ineficacia de las cláusulas abusivas, dejando a los estados miembros, dadas sus peculiaridades normativas, la ampliación o modificación de aquello que fuera preciso para su adecuación al ordenamiento jurídico nacional, pero siempre que se cumpla el objetivo deseado por el legislador supranacional: la no vinculación del consumidor por las cláusulas abusivas sin que este efecto alcance al contrato considerado como unidad. En nuestro orden jurídico, contamos con la posibilidad de obtener la nulidad relativa del contrato, pues el hecho de encontrarnos con una cláusula abusiva, no desvirtúa el resto del contrato pudiendo instarse en sede judicial la nulidad de una cláusula.

El control de las cláusulas abusivas, y viene ya desde la Ley alemana AGBG de 1976, se lleva a cabo tanto desde el orden jurídico como judicial, y recogido por la Directiva 93/13/CE, controles que denominamos control concreto y control abstracto.

El control concreto podemos entenderlo como a aquel ejercitado por el consumidor, y que pone en marcha la acción cuando la cláusula abusiva trata de ser aplicada a un supuesto concreto en el que el se ve involucrado.

El control abstracto, lo entendemos como el ejercitado por personas o entidades especialmente legitimadas para ello, pero sin tener en consideración un supuesto de hecho en concreto, sino intereses colectivos, difusos.

Nos encontraríamos en este supuesto, de control abstracto, en el planteamiento procesal de las acciones de cesación que establece nuestra LEC en el art. 250.1, apartado 12: “Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía,

las demandas siguientes:...: “Las que supongan el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios.”

El control concreto será el establecido en el artículo 6 de la Directiva 93/13/CE, y el control abstracto el establecido en el artículo 7 de la misma. La Directiva 93/13/CE cierra con un anexo que incluye una lista indicativa de que tipo de cláusulas son abusivas, al igual que nuestra LGDCU en su Disposición adicional primera y nuestra LCGC, y nuestro TRLGDCU en sus arts. 82 y ss...

### 5.1.3. Las condiciones generales de la contratación en la contratación electrónica, su regulación normativa

La incorporación de las condiciones generales de la contratación al contrato electrónico viene regulada por la LCGC y por la LSSI, básicamente.

Las condiciones generales se presentan o incorporan al contrato de diversas maneras<sup>541</sup>, haciendo mención a las que inspiran y son tratadas por nuestro legislador, bien es cierto, con mejor o peor acierto, pero regulando este área jurídica que se mueve con instrumentos intangibles, como son las tecnologías de la sociedad de la información, y atendiendo a como los prestadores de servicios (profesional, o predisponente en términos del art.2 de la LCGC) las incorporan a los contratos.

La incorporación de las condiciones generales de la contratación a los contratos, se hace efectiva esencialmente por dos vías: la denominada de suscripción y la denominada, “puesta a disposición”.

En los contratos en los que se acude a la figura de la suscripción de las condiciones generales, el proveedor de servicios, en su página principal, incluirá una “pestaña” en la que el destinatario deberá entrar necesariamente para poder seguir adelante con el contrato. Una vez visitada esta página que contiene las condiciones generales, encontrará una marca, llamada, “pestaña”, desactivada por defecto, y donde deberá posicionarse y hacer “clic” para formalizar el conforme con las cláusulas que ha debido leer (en la práctica es tal el número de cláusulas que no en pocas ocasiones podemos decir que se aceptan por no seguir leyendo todo el texto).

Otro modo de incorporar las condiciones generales, es la puesta a disposición, consistente en que desde la página *web* general del proveedor a la que accedemos desde un determinado enlace, podemos acceder a otra página donde encontrar las

---

<sup>541</sup> Cfr. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J.; «Los contratos de adhesión y la contratación electrónica», en «Tratado de contratos», 2013, Tomo II, pp. 1706 y ss.

condiciones generales, siguiendo el mismo procedimiento de aceptación de las mismas que en el modo de suscripción que acabamos de ver.

Y por último citaremos el modo de remisión de las condiciones generales, caracterizado por no situar las condiciones generales en el sitio *web*, y consistente en enviar al usuario las mismas vía correo electrónico o vía descarga en su ordenador como archivo adjunto.

#### 5.1.3.1 Regulación de las condiciones generales de la contratación en el texto de LCGC

El artículo 5 de la LCGC<sup>542</sup> contiene los requisitos de incorporación de las condiciones generales a los contratos, requisitos que son taxativos, pero no excluyentes de los dictados del Código Civil, aplicable en todas las situaciones en las que pudieran suscitarse cualquier duda en cuanto a interpretación de las mismas.

Establece este artículo 5 de la LCGC que las condiciones generales deberán ser aceptadas por el adherente, así como su incorporación al contrato, debiendo ser firmado ser por todos los contratantes.

El contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas; asimismo no podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no hay informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.

Así pues, al menos tres requisitos para la incorporación resultan del texto legal: firma de todos los contratantes, referencia a la incorporación de las mismas y haberse facilitado un ejemplar.

En esta línea y como pilar de cualquier cuestión que nos plantea la contratación, y más la electrónica, hacer mención al deber de información de la existencia de estas condiciones generales que obliga al predisponente, y al que hace mención expresa el legislador en el segundo párrafo del número 1 de este artículo (art.5.1, II de la LCGC), cuando entiende que no puede entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales si el predisponente no ha informado expresamente de su existencia al adherente.

---

<sup>542</sup> Cfr. Ley 3/2014 de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU, y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 e 16 de noviembre, y en particular ver la disposición derogatoria única, apartado 3, por el que se deroga el Real Decreto 1906/1999 de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del art. 5.3 de la LCGC.

Tras la reforma operada tras la Ley 3/2014 de 27 de marzo, que en su Disposición derogatoria única modifica la LCGC, se incluye un novedoso apartado 2 en el art. 5 de la LCGC donde la figura del Notario adquiere especial relevancia, pero no entendiéndose claramente las razones por las que las partes pueden solicitar del Notario que no transcriba todas las condiciones generales en la escritura inicial, dejando constancia de ellas en la matriz del documento.

A renglón seguido se afirma que en este supuesto el Notario comprobará que los adherentes tienen conocimiento íntegro de su contenido y que las aceptan.

Se inspira este apartado muy posiblemente en varias razones:

a) la brevedad y sencillez, pues de contrario, redactar un extenso documento, podría tener un efecto indeseado, confundiendo al adherente en cuanto a la redacción del contrato

b) razones de índole económico, pues los gastos notariales se incrementan al constar de más páginas el documento, y

c) por último, un claro intento de darle a la figura del Notario, una relevancia en cuanto a la tutela sobre la licitud de las cláusulas, y la protección de los derechos de la parte que se encuentra en situación de desequilibrio en la relación contractual, que en los supuestos de consumidores, es el consumidor, cuando el predisponente sea una entidad bancaria.

De la literalidad del precepto pudiera parecer que al señalar “...y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas” (art. 5.1, II, de la LCGC) el *iter* negocial queda inconcluso si no hay entrega, pues al no explicitarse como debe efectuarse esa entrega pensamos en la entrega física documental.

La información con relación a las condiciones generales, debe ser suficiente y válida, y en cuanto a la forma de poner en conocimiento del adherente las citadas condiciones generales, nada obsta, que dada la extensión de internet y la facilidad de acceso de los consumidores y usuarios, esa entrega se efectúe por correo electrónico u otros medios telemáticos, que permitan al adherente archivar la información<sup>543</sup>; igualmente resultaría cumplida esta obligación de facilitar un ejemplar de las mismas, si el predisponente incorpora un *link*, enlace, al clausulado general donde acceder de forma cómoda y sencilla.

---

<sup>543</sup> Cfr. ARRANZ, «Derecho de internet», La Ley p.218, nota pie de página 305, en GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J.; «Los contratos de adhesión y la contratación electrónica», «Tratado de contratos», 2013, Tomo II, pp. 1706 y ss.



La contratación electrónica o telefónica, especialmente la primera, en la fecha de promulgación del texto legal, se encontraba en sus inicios, siendo 1998 el año en que podemos decir se produce la expansión de las comunicaciones por Internet en nuestro ámbito nacional, y de manera muy básica, informativa prácticamente, sin todavía acudir a la contratación en masa como actualmente.

De la literalidad del texto legal, podríamos concluir que la necesidad, obligatoriedad, de aceptación de todas y cada una de las cláusulas, supusiera la aceptación individualizada de cada una de ellas, esto supondría paralizar o ralentizar de tal manera este modo de contratación que lo haría ineficaz. Más bien parece deducirse que la intención de nuestro legislador no es otra que la de conseguir la aceptación expresa, pero global, de todas las condiciones generales incorporadas al contrato<sup>544</sup>.

Este artículo 5 de la LCGC, requiere, de un lado, aceptar todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin firma convencional y remitiéndose al adherente, consumidor en el texto legal, justificación escrita de la contratación efectuada.

Teniendo en cuenta que en sede de contratación a distancia nos encontramos, pues tanto la contratación electrónica como la telefónica lo son, la aceptación de las cláusulas se efectúa en la mayor parte de las ocasiones mediante páginas incluidas en la página *web* del predisponente, marcando una celda de aceptación desactivada por defecto en la que se incluyen las condiciones generales incorporadas al clausulado del contrato, pero esta circunstancia, no es cumplir con la obligación de enviar inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada.

El envío requerido, cumple con una finalidad probatoria de la ejecución del contrato y plasma el concurso de voluntades, pero no cumple como prueba de la celebración del contrato, tiene un carácter probatorio, no de formación de voluntad de contratar.

En cuanto al envío, lo adecuado y general, es el envío por parte del predisponente de un correo electrónico adjuntando un archivo en el que se contiene el contrato en su totalidad, y del modo que pueda ser archivado por el adherente en su propio ordenador.

La trascendencia de no hacer llegar al adherente, ni informarle sobre las condiciones generales, supone la no incorporación de las mismas al contrato. Más

---

<sup>544</sup> Cfr. CAVANILLAS MÚGICA, S.; «Responsabilidad civil...», p.167; GONZÁLEZ GOZALO, A.; «La formación del contrato...»p.230; en GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J.; «Los contratos de adhesión y la contratación electrónica», «Tratado de contratos», 2013, Tomo II, pp. 1708 y ss.

bien podemos entender que nuestro legislador al redactar el art. 7 de la LCGC se refiere a las omisiones de ciertas cláusulas, pues de omitirse todas no estaríamos ante ninguna realidad jurídica.

De igual manera, aquellas cláusulas ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, tampoco se incorporan al contrato.

Las consecuencias del ejercicio de una acción individual de nulidad, o de declaración de no incorporación al contrato, de resultar estimatoria, supondrá la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas, o individual impugnada, y aclarará la eficacia del contrato conforme a lo dispuesto en el art. 10 de la LCGC.

Si la cláusula impugnada individualmente, o las condiciones impugnadas, fueren elementos esenciales del contrato, el juez en la sentencia, declarará la nulidad del contrato.

De no afectar esta declaración de nulidad a elementos esenciales del contrato, la parte del contrato no afectada por las mismas, se integrará con arreglo a lo dispuesto por el art. 1258 del CC<sup>545</sup>.

#### 5.1.3.2 Regulación de las condiciones generales de la contratación en el texto de LSSI

El art. 27.4 de la LSSI establece como carácter previo al inicio del proceso de contratación la obligación para el prestador de servicios, de poner a disposición del destinatario las condiciones generales a las que deberá someterse el contrato, en el supuesto de llegar a celebrarse, y esta puesta a disposición debe efectuarse de tal manera y forma que el destinatario pueda almacenarlas y reproducirlas en cualquier momento.

El art.27.4 de la LSSI, impone un deber de información más dentro de la vocación proteccionista de la legislación que compete en la materia de consumo, y así, tras la reforma llevada a cabo por la ley 56/2007 de 28 de diciembre de Medidas de Impulso de la Sociedad de la información (LMISI), de la LSSI entre otras, se modifica entre otros el art. 27 apartados 1 y 2.

En el art.27.1 de la LSSI, en su nueva redacción, se establece la obligación para el prestador de servicios de, antes de iniciar el proceso de contratación, y mediante técnicas adecuadas al medio de comunicación utilizado y que sean permanentes, fáciles en cuanto al acceso, gratuitas, claras, comprensible e inequívocas, facilitar

---

<sup>545</sup> Cfr. Arts. 9 y 10 de la LCGC, y art. 1258 del CC

información sobre el proceso de contratación y los medios técnicos que se van a utilizar.

El incumplimiento de los deberes de información, puesta a disposición, establecidos en el art.27.4 de la LSSI conllevará sanciones administrativas, calificándose de grave el incumplimiento de lo previsto en el art.27.4, por disposición de la calificación de la sanción que establece el art. 38, nº 3, c), lo que acarreará según lo previsto en el art.39, nº, b) multas de 30.001 hasta 150.000 euros.

Si bien se establece la sanción administrativa (arts. 38 y 39), la consecuencia civil del incumplimiento del deber de informar al destinatario sobre las condiciones generales del contrato, previsto en el art. 27.4, y ponerlas a su disposición, debería ser la no inclusión de las mismas en el contrato, al igual que prevé la LCGC., pues bien parece que para determinados volúmenes de negocio de una gran multinacional, es perfectamente asumible este tipo de sanciones, no así la nulidad de la cláusula, o las cláusulas determinadas operaciones, que se hubieren podido culminar extendiendo su nulidad a todos los contratos, y abriendo la posibilidad en sede judicial de plantear la oportuna reclamación de daños y perjuicios, vía judicial que en el mayor de los casos no deja de provocar nuevos gastos para el consumidor, salvo que resultare en sentencia beneficiado por la imposición de costas a la parte contraria.

## **6. La comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores**

El desarrollo comercial, la actividad de consumo, en todos los ámbitos de nuestra sociedad en los últimos DÍEZ años, ha propiciado la irrupción de nuevos modos y formas de contratar<sup>546</sup>, como es la contratación a distancia en contraposición a la contratación entre partes presentes físicamente, ofreciéndose a través de las técnicas de comunicación a distancia como telefonía vocal, fax, internet, todo tipo de servicios, productos y bienes, tanto en el ámbito del comercio minorista, como en el del sector financiero.

La contratación a distancia emerge con clara intención de agilizar la comercialización de todo tipo de bienes y servicios, y, como un medio para abaratar costes para el empresario, redundando en principio en beneficio del consumidor, si bien admitiendo los riesgos que la utilización de este medio entraña, pues no todos los usuarios muestran un nivel de destreza suficiente para moverse en la contratación electrónica, desconociendo la entidad oferente cual es su preparación en este sentido.

---

<sup>546</sup> Cfr. MONTES RODRÍGUEZ, M. P; «La comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores», 2011, p.25.

El desconocimiento puede provocar la utilización fraudulenta por terceros, que en cierto modo afecta a la reputación de las entidades en cuanto al nivel de seguridad de sus sistemas operativos<sup>547</sup>.

La contratación electrónica reporta evidentes ventajas para el usuario y para la entidad que ofrece los servicios telemáticos, pues el usuario obtiene servicios idénticos a más bajo coste. Cuando la adquisición de mercaderías, la contratación de bienes y servicios, se lleva a cabo en establecimientos mercantiles, el empresario repercutirá los costes de su establecimiento en el coste de los productos que comercializa.

Para la entidad financiera, la difusión y utilización de la banca electrónica le permite racionalizar en cierto modo su inversión en inmuebles u oficinas, destinando a sus profesionales a servicios y productos potencialmente capaces de generar mayores beneficios que los que le reportan las operaciones bancarias neutras más utilizadas como son las de servicio de caja.

En cuanto a los conjuntos normativos que directa o indirectamente regulan la contratación a distancia, serán distintos en función del medio empleado en la contratación, como en cuanto al contenido de la misma

En el ámbito de la Comunidad Europea, la elaboración legislativa a modo de Directivas, y en el ámbito nacional, la transposición de las mismas, tiene como finalidad poder adaptarse y regular este crecimiento que en determinadas materias, como la de los mercados financieros, y en general, toda la actividad en la que interviene el consumidor, ha supuesto un avance y crecimiento de tal calibre, que en cierto modo, la propia Comunidad que opera en este mercado global, se ha visto superada.

Se hace necesario en consecuencia, establecer las disposiciones normativas necesarias en cuanto a la protección de los consumidores al objeto pueda desarrollar la capacidad de ejercer la libertad contractual como adquirente de los bienes y servicios ofertados, y a regular, que no limitar, el ejercicio de la libre empresa por parte del empresario, oferente de los servicios y productos.

Ambas posiciones, consumidor y empresario son perfectamente compatibles, pero siendo conscientes, como así lo es nuestro legislador, de la necesidad de

---

<sup>547</sup> Cfr. SERNA GÓMEZ, F.J.; «Contratación bancaria e internet», «Contratación y nuevas tecnologías», dir. BLASCO GASCO, F. DE P., Cuadernos de Derecho judicial, XX, 2004 CGPJ, p.51; en MONTES RODRÍGUEZ, M. P; «La comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores», 2011, p.26.

salvaguarda de los derechos e intereses del consumidor como parte más desprotegida, o en desventaja, en la relación contractual y comercial.

En esta línea, el legislador exigirá que el ejercicio de la libre empresa se lleve a cabo mediante prácticas leales, en contraposición a desleales.

Enmarcado en esta idea de buenas prácticas comerciales, la oferta y la publicidad de productos y servicios, se deberá efectuar siguiendo unas pautas perfectamente normadas, de tal manera que el destinatario final no se vea sometido a presiones psicológicas de tal grado, que su libertad de decidir deje de ser “libre” para estar condicionada o mediatizada por un ejercicio desleal de la práctica de la libre empresa, en este supuesto, por una publicidad agresiva en la que la información al consumidor es sesgada en muchas ocasiones.

El consumidor, destinatario de las ofertas de todo tipo de bienes y servicios, lo que demandará para poder tomar la decisión de contratar es “información”, y este vocablo, es y será el pilar desde el que se cimentarán las relaciones entre las partes intervinientes en la contratación, bien la tradicional, bien en las nuevas formas de contratación como la contratación a distancia.

Se deberá proporcionar al consumidor toda una serie de informaciones previas a la celebración del contrato, durante, y al final del contrato, de tal forma que su voluntad de contratar pueda y deba apoyarse en la recepción de esta información, información cuyos pormenores y exigencias, vendrá recogida en la legislación general en materia de protección de consumidores y usuarios como el TRLGDCU, y en la normativa sectorial de banca, bolsa, valores y seguros.

Asimismo, cuando la contratación se efectúe por medios electrónicos, será de aplicación la LSSI.

La información se decanta como el elemento sustancial en las relaciones entre oferente, entidad bancaria, y usuario o consumidor.

Esta presente la información tanto en la fase precontractual como contractual como en la fase posterior al contrato, durante la vida del contrato. La información, en la LCC esta presente y representa requisito esencial para la validez del contrato (arts. 8 al 20), información que en el caso de contratación electrónica no se exime, sino que se complementará con las exigencias sectoriales.

El consumidor, la protección al consumidor, se fundamenta tanto en la información que recibe, cuando la recibe y en el como la recibe.

La información deberá ser la exigida por la normativa aplicable a cada supuesto contractual, debe ser veraz, útil y utilizable.

Debe haber sido facilitada por un oferente que en el mercado utiliza prácticas leales y en justa competencia con sus competidores, y de hacer se uso de medios publicitarios, tanto a través de medios a distancia como internet, como a través de publicidad estática o física, debe estar sometida la publicidad a la legislación sectorial de la publicidad, en particular la LGP, marco normativo que tratará de regular esta materia al objeto evitar la publicidad engañosa, esto es, suministrar al consumidor la información tergiversada de tal forma que le induzca, o pueda inducirle, a cometer error en sus decisiones.

La información, en consecuencia, es el medio esencial que tiene el consumidor, para formar su voluntad de contratar, y muy especialmente en la contratación a distancia.

### **6.1 Régimen aplicable**

El legislador comunitario, y especialmente en la materia de contratación a distancia, ha mostrado de manera inequívoca su voluntad de protección de los intereses de los consumidores, y así en materia de contratación a distancia la Directiva 2011/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores, modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, esta última fundamental hasta esta fecha de su derogación en cuanto a la contratación a distancia.

La Directiva 2011/83/CE de 25 de octubre, ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU, y otras leyes complementarias, introduciéndose importantes modificaciones en cuanto a definiciones, información precontractual y derecho de desistimiento de hondo calado.

En cuanto al legislador nacional, en materia de servicios financieros, la LCDSFC traspone la Directiva 2002/65/CE de 23 de septiembre relativa a la comercialización de servicios financieros destinados a los consumidores.

La Directiva 2011/83/CE de 25 de octubre, es muestra de la preocupación del legislador comunitario, y como no del nacional, por la protección del consumidor en la contratación a distancia, y es evidente que cuando el objeto de contratación son los servicios financieros, la necesidad de una labor legislativa ordenada y esmerada, se

hace especialmente necesaria, toda vez que este sector es y será en el ámbito de la comunidad europea, motor de la actividad económica.

## **6.2 Regulación normativa de la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores.**

### 6.2.1 Regulación europea

El antecedente legislativo a la regulación nacional, la LCDSFC, es la Directiva 2002/65/CE de 23 de septiembre relativa a la comercialización de servicios financieros destinados a los consumidores (la Directiva), transpuesta por esta LCDSFC.

El legislador comunitario es consciente de la evolución del mercado interior y así en su Considerando 3º expone:

“En el marco del mercado interior, es beneficioso para los consumidores poder acceder sin discriminación a la gama más amplia posible de servicios financieros disponibles en la Comunidad, con el fin de poder elegir los que se adapten mejor a sus necesidades a fin de garantizar la libertad de elección de los consumidores, que es un derecho esencial de éstos, es necesario un alto nivel de protección de los consumidores para que pueda aumentar la confianza de los consumidores en la venta a distancia”.

A continuación, en el siguiente considerando, se justifica y señala la necesidad de favorecer las relaciones del consumidor con un proveedor de otro estado miembro, tanto si es proveedor establecido en su estado, como si no lo está

Esta Directiva sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores, establecerá las pautas que deben seguirse en la transposición al ordenamiento jurídico de cada estado, en este caso, el español, en materia de comercialización a distancia de servicios financieros.

Tiene por objetivo en suma, adaptar el ejercicio de la libertad contractual del consumidor (sus derechos a ser parte en el mercado financiero) a las nuevas tecnologías y medios de contratación, y en particular, la comercialización a distancia de servicios financieros, entendiéndose por “contrato a distancia”, como:

“cualquier contrato relativo a servicios financieros celebrado entre un proveedor y un consumidor en el marco de un sistema de venta o prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, para este contrato, utilice exclusivamente una o varias técnicas de comunicación a distancia hasta la celebración del contrato” (artículo 2.a) de la Directiva).

El consumidor europeo, dada la globalización de mercados, busca nuevos productos servicios financieros no solo en su mercado interior, sino fuera del mercado particular del Estado al que pertenece: productos transfronterizos. Consecuencia de estas inquietudes, el trato directo, físico, entre las partes interesadas en contratar, no siempre puede llevarse a cabo, acudiéndose por tanto a la contratación a distancia por diferentes medios técnicos, principalmente internet y vía telefónica, verbal.

La protección de los de los consumidores, tanto en la normativa europea como en la normativa nacional, se articula en textos normativos con carácter o vocación generalista como el TRLGDCU, quedando relegadas ciertas materias como es la contratación de servicios financieros destinados a consumidores a leyes especiales como es la LCDSFC, pues el TRLGDCU exceptúa su aplicación a los contratos sobre servicios financieros contratados a distancia (art.93.1 c)).

La materia que versa sobre la comercialización a distancia de servicios financieros, y los mismos servicios financieros en particular, han quedado circunscritos a normativa especial, lo que en cierto modo debilita el sistema proteccionista hacia el consumidor, siendo necesario continuar con la labor unificadora hacia un texto común (como es el DCFR<sup>548</sup>), y en la que se encuentra nuestro entorno comunitario como es la elaboración de un acervo comunitario capaz de solventar las dudas en cuanto a las particularidades contractuales y dotar al sistema de una importante dosis de seguridad jurídica.

La actividad de servicios financieros y comercialización a distancia de los mismos, ha quedado excluida de la legislación de consumo, dotándose a esta materia de una excesiva especialización, que como ya se ha tratado en este trabajo, no nos parece muy afortunada.

#### 6.2.1.1 Justificación de la Directiva 2002/65/CE de 23 de septiembre

El desarrollo del mercado interior tiende a consolidarse en el marco comunitario, lo cual, siendo seña de identidad de la cada vez mayor armonización de cuerpos legislativos, hace preciso adoptar eficaces medidas de protección de los consumidores, como la parte más desfavorecida en las relaciones contractuales con proveedores.

Los servicios financieros, y en particular la contratación o comercialización a distancia de los mismos, se desarrollan en el ámbito de lo que hemos llamado

---

<sup>548</sup> Cfr. *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)- Marco común de referencia.



mercado interior, de manera habitual y siendo cada vez más demandada tanto por proveedores como por consumidores a través del comercio electrónico.

En esta línea, se hace esencial dotar al mercado de un instrumento legislativo, de directrices, lo suficientemente eficaces como para garantizar una adecuada protección del consumidor y a la vez generar confianza en el proveedor, de tal suerte que tanto uno como otro, accedan a este mercado y modo de negociación o comercialización, en óptimas condiciones de seguridad y protección.

Dado que estamos en el medio de la contratación electrónica, no debemos desdeñar los textos legislativos especiales que regulan la contratación electrónica, o comercio electrónico, como son la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), como en el ámbito de cada estado miembro, en España la LSSI.

El legislador comunitario en su afán de encontrar solución a las posibles divergencias que puedan surgir en la aplicación de la Directiva, ha impulsado la elaboración del Libro Verde denominado “Servicios Financieros: como satisfacer las expectativas de los consumidores” producto de las opiniones, problemas y consideraciones que aporten todos los estados miembros<sup>549</sup>, siendo los objetivos de la Comisión con el Libro verde:

1) analizar el sector valorando el funcionamiento de los servicios financieros en la Unión desde la perspectiva de los consumidores, de modo tal que pudiera apreciarse las eventuales disfuncionalidades del sistema, y

2) reclamar la opinión de los sectores interesados propiciando un debate dirigido a buscar formas eficaces de protección de aquellos.

El citado Libro Verde, ha alcanzado su objetivo de impulsar un amplio debate en el que participaron los sectores implicados principales: bancario, bursátil y seguros, agrupaciones e consumidores y usuarios y autoridades nacionales.

Como era de esperar cada sector hacía hincapié en sus cualidades sectoriales (banca, bolsa y seguros) sobre las nuevas tecnologías y canales que favorezcan y agilicen la comercialización.

---

<sup>549</sup> Cfr. FERNÁNDEZ PÉREZ, N.; «El Nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores. Especial referencia a la relativa a los servicios financieros», 2009, pp. 86 y 87.

La Comisión se encontraba en la tesitura de conseguir equilibrar medidas de protección de los consumidores, especialmente el derecho de rescisión (de desistimiento en terminología de la ley española) estableciendo plazos y condiciones que permitieran por un lado favorecer el mercado y lógicamente la libre empresa, y de otro, que no fuere papel mojado la citada protección del consumidor.

#### 6.2.1.2 Objetivo de la Directiva

So pena de ser repetitivos, el afán de armonizar, de establecer unas pautas iguales para todos los Estados miembros, es el objetivo de la Directiva, aplicándose a todos los servicios financieros que sean susceptibles de comercializarse a distancia, no obstante, existen servicios financieros con regulación comunitaria específica que seguirá aplicándose en tales supuestos.

La Directiva nace con voluntad armonizadora de “máximos”, lo cual supone o limita la posibilidad para los Estados miembros de adoptar más disposiciones que las establecidas en la Directiva, y así veremos en la transposición al ordenamiento jurídico español como, salvo criterios de redacción, la transposición sigue la literalidad del texto.

Es justificable en la Directiva acudir a un precepto, que con el título “definiciones”, determina y concreta los criterios que debemos seguir al objeto identificar y dar contenido a los elementos y circunstancias contractuales que intervienen en la comercialización a distancia de servicios financieros<sup>550</sup>.

Al estudiar la contratación electrónica ya se ha hecho referencia en profundidad a los elementos contractuales de esta forma de contratar, pero en la materia de servicios financieros, sí debemos recabar la atención en el criterio del legislador europeo a la hora de definir ciertos elementos contractuales, e intervinientes en el proceso contractual.

Así, la Directiva,

a) al referirse al “contrato a distancia” claramente se sustenta sobre la base de referirse a un contrato relativo a servicios financieros utilizando medios de comunicación a distancia desde el inicio de las relaciones entre las partes como hasta el final de las mismas, evidentemente sin la presencia física de las mismas, y mediante un sistema de venta a distancia organizado por el proveedor.

---

<sup>550</sup> Cfr. Art. 2 de la Directiva 2002/65/CE del Parlamento europeo y del consejo de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

Al hacer referencia a “un sistema organizado” el legislador europeo pretende distinguirlo de las prestaciones de servicios efectuadas de forma ocasional y sin existir una estructura comercial cuyo objetivo sea la comercialización a distancia de servicios financieros.

b) los servicios financieros, y de forma generalista, son definidos o acotados como todo servicio bancario, y en éste concepto entendemos caben desde las que se han definido como operaciones bancarias neutras ( disposiciones de dinero en cajeros automáticos, apertura de una cuenta bancaria, la adquisición de una tarjeta de crédito, las transferencias bancarias y gestiones domésticas varias de pago, de crédito y de seguro), y también las operaciones de gestión de carteras e inversión y la gestión de planes de jubilación personal.

Al transponerse la Directiva al ordenamiento jurídico español, los planes de jubilación personales serán matizados como veremos en su momento, en cuanto al derecho de desistimiento.

c) las partes intervinientes en el contrato son el proveedor y el consumidor. Por “proveedor”, de manera sucinta, se define como toda persona física o jurídica, privada o pública, que en el marco de sus actividades comerciales o profesionales, preste los servicios contractuales a que hacen referencia los contratos a distancia.

Cuando se refiere a que la actividad se desarrolle en el “marco de sus actividades comerciales o profesionales” quiere evidentemente señalar que no sea una actividad circunstancial o temporal. La Directiva también se aplicará cuando en alguno de los estadios de la relación contractual, intervengan intermediarios financieros, y se hará habida cuenta de su grado de participación y teniendo en cuenta su propia reglamentación jurídica.

El “consumidor” se define como toda persona física que en este tipo de contratación a distancia de servicios financieros, actúe en propio interés, ajeno a su actividad comercial o profesional.

d) al establecerse las relaciones entre las partes sin la presencia física de las mismas, se hace preciso, una “técnica de comunicación a distancia”, siendo definida como aquella que permita la comercialización a distancia de servicios financieros sin la presencia física simultánea de proveedor y consumidor.

e) las relaciones entre las partes se van a desenvolver a través de medios de comunicación a distancia, y en consecuencia las relaciones, “conversaciones”, entre las mismas, la información recibida, y demás elementos que formarán parte de los acuerdos comerciales, deberán estar recogidas en un “soporte duradero” y

por este soporte duradero debemos entender todo instrumento o medio, que permita al consumidor almacenar la información recibida, así como las comunicaciones habidas con el proveedor de manera fiable y accesible durante un determinado período de tiempo, que como mínimos entendemos será mientras duren las relaciones contractuales entre las partes.

Al referirse a medio susceptible de almacenar esta información, podemos señalar que soporte duradero serán entre otros, los *CD room*, *DVds*. y discos duros de ordenador, sin que podamos considerar una página Web como soporte duradero, porque no lo es, es temporal como bien conocemos.

6) interviene en este proceso comercial y contractual, un, podemos decir “tercero necesario”, como es el “operador o proveedor de técnicas de comunicación a distancia”, entendiéndolo por tal a toda persona física o jurídica, pública o privada, cuya actividad profesional consista en poner a disposición del proveedor de servicios financieros una o más técnicas de comunicación a distancia.

#### 6.2.2 Regulación nacional

La transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2002/65/CE de 23 de septiembre, se lleva a cabo mediante la Ley 22/2007 de 11 de julio (LCDSFC), con un evidente retraso.

La LCDSFC nace con un claro afán tuitivo y proteccionista de los derechos de los consumidores, máxime por el objeto material de la norma, los servicios financieros, como por el medio de comercialización, a distancia, sin la presencia física de las partes y por procedimientos o sistemas electrónicos<sup>551</sup>.

La LCDSFC, no agota la regulación de este modo de contratar, siendo necesario mantener y recurrir a la regulación normativa que ordena la contratación electrónica, y en particular a la LSSI que regula los principios básicos de la contratación electrónica, así como al TRLGDCU en cuanto intervienen consumidores en la contratación.

##### 6.2.2.1 Ámbito de aplicación objetivo

Con este enunciado vamos a referirnos a lo que la LCDSFC denomina “objeto” que como ya hemos podido fijar en los apartados precedentes, son “los contratos con consumidores de servicios financieros prestados, negociados y celebrados a distancia”

---

<sup>551</sup> Cfr. GUIADO MORENO, A.; «Tendencias actuales en torno al mercado de crédito», «Servicios financieros prestados a distancia. El derecho de información previa del consumidor», 2010, p.372.

(art.1 de la LCDSFC), y como por el texto observamos, será de aplicación la legislación concurrente en cada caso, esto es, la LSSI, la LOCM, la normativa de aplicación general a los consumidores, esto es el TRLGDCU y la normativa especial que rige la prestación de servicios financieros en cada caso.

En el ámbito de la ley se comprenden los “contratos celebrados entre un proveedor y un consumidor y la ofertas relativas a los mismos, siempre que generen obligaciones para el consumidor; cuyo objeto es la prestación de todo tipo de servicios financieros a los consumidores en el marco de un sistema de prestación a distancia organizado por el proveedor, cuando utilice exclusivamente técnicas de comunicación a distancia, incluida la propia celebración del contrato (art.4.1 LCDSFC)”.

El texto legal determina cual es el objeto de regulación. Del enunciado normativo podemos destacar los aspectos determinantes de este modo de contratar, como son: a) se trata de contratos en materia de servicios financieros que pueden darse a partir de un acuerdo inicial de servicio seguido de operaciones sucesivas, siendo de aplicación la norma al acuerdo inicial; b) son contratos celebrados a distancia y, c) concurre en este modo de contratar, la existencia de un sistema de venta o prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor y que utilice exclusivamente técnicas de comunicación a distancia.

#### 6.2.2.1.1 Los servicios financieros

Se entenderá por servicios financieros “los servicios bancarios de crédito o pago, los servicios de inversión, las operaciones de seguros privados, los planes de pensiones y la actividad de mediación de seguros” (art. 4.2 LCDSFC) y en este sentido es fiel reflejo de lo establecido en la Directiva, en su artículo 2.b). Estos servicios serán precisados por la Ley, de forma más detalla en los arts.4.2.2 y 10.2.

#### 6.2.2.1.2. Acuerdo inicial y operaciones sucesivas

En el desarrollo de la actividad financiera, contratación entre proveedor y consumidor, es frecuente partir de un acuerdo inicial entre las partes, dándose continuo flujo de oferta y demanda de servicios financieros de forma sucesiva, o también distintas operaciones del mismo tipo pero escalonadas en el tiempo.

El legislador español, en cuanto a que entender por acuerdo inicial<sup>552</sup> sigue fielmente la Directiva 2002/65/CE que en su Considerando 17 nos facilita ejemplos que nos permitirán no confundir que es “acuerdo inicial” y que son “operaciones

---

<sup>552</sup> Cfr. Considerando 17 de la Directiva 2002/65/CE de 23 de septiembre.

sucesivas”, de tal suerte que las disposiciones de la presente Ley solo se aplicarán al acuerdo inicial.

Cuando no exista acuerdo inicial de servicio, pero sí operaciones sucesivas o distintas del mismo tipo escalonadas en el tiempo entre las mismas partes, los artículos 7 y 8 de la LCDSFC, referidos a la información precontractual, solo serán aplicables cuando se lleve a cabo la primera operación.

En aras a la seguridad y confianza del consumidor, se establece, que cuando no se realice operación alguna de la misma naturaleza durante más de un año, la realización de la operación siguiente se entenderá como la primera de una nueva serie de operaciones, siendo entonces de aplicación en consecuencia lo previsto en los artículos 7 y 8 citados de la LCDSFC con relación a las exigencias de información previa a la celebración del contrato.

De esta manera, evitamos en gran medida la renovación automática de ciertas operaciones o servicios financieros que podrían ser beneficiosos para los proveedores en cuanto a mantener peso o cuota de mercado, pero no tan interesantes para el consumidor, máxime teniendo en cuenta la volatilidad y constantes cambios en el sector de productos y servicios financieros.

#### 6.2.2.1.3. Contrato celebrado a distancia

A tenor de lo dispuesto en el art.4.3 de la LCDSFC se aplicará la Ley a todos los contratos y las ofertas relativas a los mismos que tengan por objeto la prestación de todo tipo de servicios financieros a los consumidores, siempre que en su negociación inicial, formación de voluntades y celebración, se lleva a cabo mediante la utilización exclusiva de técnicas de comunicación a distancia como medios telemáticos, electrónicos, telefónicos, fax y similares, y sin la presencia física de las partes, proveedor y consumidor.

Lo esencial, lo cualitativo, es que la técnica empleada sea a distancia, sin establecerse una en concreto<sup>553</sup>; esto es, que el contrato se celebre sin la presencia física de las partes, tanto en la negociación del contrato como en la celebración o conclusión del mismo.

---

<sup>553</sup> Cfr. El artículo 9.3 de la LCDSFC Contempla la posibilidad de cambiar la técnica de comunicación empleada. Artículo 9. n° 3: En cualquier momento de la relación contractual, el consumidor tendrá derecho, si así lo solicita, a obtenerlas condiciones contractuales en soporte de papel. Además, el consumidor tendrá el derecho de cambiar la técnica o técnicas de comunicación a distancia utilizadas, salvo que sea incompatible con el contrato celebrado o con la naturaleza del servicio financiero prestado.

Resulta criticable la referencia a la “exclusividad” de la técnica de comunicación a distancia para poder hablar de contratación a distancia de servicios financieros tal y como se desprende del propio art.4.3 de la LCDSFC.

Si bien es evidente que los medios electrónicos que cita el texto legal (medios telemáticos, electrónicos, telefónicos, fax y similares) son los adecuados y comunes en la forma de contratar, el limitar y determinar que “exclusivamente” las comunicaciones deben darse por este medio, resulta chocante y en cierto modo incongruente con otros preceptos de la Ley<sup>554</sup>.

En este sentido, la LCDSFC permite que el prestador de servicios pueda facilitar la información precontractual en cualquier soporte duradero (art.9.1); que pueda formalizarse el derecho de desistimiento del contrato en papel, aunque el contrato celebrado lo hubiera sido electrónicamente (art.10.3), y que el consumidor pueda establecer un domicilio postal como lugar de notificaciones, y en particular de la de la notificación de su desistimiento de un contrato celebrado a distancia.

El mismo criterio sigue el TRLGDCU en el artículo 92.1 cuando se refiere a la contratación a distancia, haciendo hincapié en el hecho de tratarse de contratos celebrados con los consumidores y usuarios en el marco de una actividad empresarial, sin la presencia física de las partes intervinientes, en un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, y en el que se haya utilizado “exclusivamente” una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento de la celebración del contrato y en la propia celebración del mismo. Entre otras, tienen la consideración de técnicas de comunicación a distancia: el correo postal, Internet, el teléfono o el fax.

6.2.2.1.4 Sistema de venta o prestación de servicios organizado por el proveedor.

Se refiere a que la contratación utilizando técnicas de comunicación a distancia forme parte de un sistema organizado por el proveedor, en el sentido de fijo, permanente, estable, no una relación ocasional o mixta en la que la oferta de un servicio financiero puede realizarse por “internet”, y la firma y suscripción de documentos se lleva a cabo en el establecimiento del proveedor.

El suministro de información precontractual tanto relativo al proveedor como al servicio financiero debe realizarse siempre mediante el “sistema organizado” por el proveedor para la venta o prestación de servicios financieros a distancia (internet,

---

<sup>554</sup> Cfr. GUIADO MORENO, A.; «Tendencias actuales en torno al mercado de crédito», «Servicios financieros prestados a distancia. El derecho de información previa del consumidor», 2010, p.376.

telefonía vocal, fax, y las que en el futuro surjan, mientras sean aptas para transmitir las declaraciones de voluntad sin la presencia física de las partes<sup>555</sup>).

#### 6.2.2.2 Ámbito de aplicación subjetivo

##### 6.2.2.2.1 El proveedor de servicios financieros a distancia

Esta representado por las partes que intervienen en el contrato: el proveedor del servicio financiero y el consumidor, refiriéndose esta Ley no solo a los intereses privados del empresario del sector, sino en mayor medida a los intereses del consumidor, como texto tuitivo de los intereses del consumidor que es.

El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, si bien se concreta en el artículo 2 del texto, debe verse y estudiarse en relación con el artículo 5 en el que se hará referencia a las partes que intervienen en la relación jurídica contractual.

Al referirse el texto legal al ámbito subjetivo en este artículo, identificará o se ceñirá principalmente al proveedor (aunque obviamente se refiera también al consumidor), pues prácticamente la totalidad del texto de éste artículo segundo de la Ley hace referencia al proveedor, y así dispone que la Ley será de aplicación a los contratos de servicios financieros prestados a distancia, por las “entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión, las entidades aseguradoras, las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva, las entidades gestoras de fondos de pensiones, los mediadores de seguros, las sociedades gestoras de entidades de capital riesgo y cualesquiera otras que presten servicios financieros, así como las sucursales en España de entidades extranjeras de la misma naturaleza, que figuren inscritas en alguno de los registros de entidades a cargo del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, o, en su caso, de las Comunidades autónomas, cuando se trate de determinadas empresas aseguradoras”(art. 2.1 LCDSFC).

La descripción de entidades que deben ser consideradas como proveedoras de servicios financieros es el resultado de cómo el legislador español ha traspuesto la Directiva 2002/65/CE de 23 de septiembre, en cierto modo excesivamente pormenorizado, pues en la Directiva , al referirse al proveedor (art.2, b)), solo hace mención a aquella persona física o jurídica, privada o pública, que en el marco de

---

<sup>555</sup> Cfr. Considerando 15 de la Directiva 2002/65/CE, de 23 de septiembre.



sus actividad profesional o comercial, preste los servicios contractuales a que hacen referencia los contratos a distancia<sup>556</sup>.

De otra parte, debemos entender que la minuciosidad y detalle de nuestro legislador al referirse al proveedor o proveedores, no pretende sino dejar pocos huecos a la indefinición o falta de cobertura y extensión del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley.

Así, dentro de la voluntad legislativa de determinar el concepto de proveedor de servicios financieros a distancia, nuestro legislador nos remitirá<sup>557</sup> a la LSSI<sup>558</sup> para resolver la cuestión en cuanto a la aplicación de este texto legal a los proveedores de servicios establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea, o del Espacio Económico Europeo cuando el destinatario de los servicios radique en España, y resulten afectadas las materias relativas a:

- emisión de publicidad por instituciones de inversión colectiva
- seguros, tanto, comercializados en régimen de derecho de establecimiento, como en régimen de libre prestación de servicios
- obligaciones nacidas de los contratos celebrados por personas que tengan la condición de consumidores (letra d. del artículo 3.1 de la LSSI)
- elección por las partes contratantes de la legislación aplicable a su contrato, y
- licitud de las comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente no solicitada.

También será de aplicación esta LCDSFC a los proveedores de servicios financieros establecidos fuera de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo cuando presten servicios dirigidos al territorio español<sup>559</sup>, teniendo también en cuenta que les serán de aplicación lo establecido en la LSSI en cuanto a lo establecido para la libre prestación de servicios y a las restricciones a la misma.

---

<sup>556</sup> Cfr. MONTES RODRÍGUEZ, M. P.; «La comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores», 2011, p.40.

<sup>557</sup> Cfr. Art.2.2, II, de la LCDSFC.

<sup>558</sup>Cfr. Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la información y del comercio electrónico.

<sup>559</sup> Cfr. ARROYO APARICIO, A.; «Comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores según la Ley 22/2007 de 11 de julio», 2009, Tomo I, p.1490.

El legislador hace referencia en este artículo 2 de la LCDSFC al proveedor, y también en el artículo 5, como parte en el contrato, y lo hace de manera profusa y en cierto modo pudiendo generar equívoco.

Hubiera sido deseable haber dedicado un solo artículo al referirse a “las partes”, o bien al referirse al “ámbito subjetivo de aplicación” haber hecho mención y explicación de los conceptos “proveedor” y “consumidor”, pues llama la atención como en cambio se profundiza y extiende en el artículo 4 de la Ley referido al “ámbito material”, y por supuesto, en el artículo 7 de la Ley referido a “requisitos de la información previa al contrato”; y en cambio las partes del contrato, se tratan de forma que puede distorsionar el concepto jurídico.

El destinatario de la norma es el ciudadano, lego o profano en Derecho, y si el objetivo es la protección del consumidor, cuanto más diáfana sea la norma y menos lugar de a las dudas, mejor para el cumplimiento de su objetivo: protección del consumidor y seguridad jurídica.

Vistas estas puntualizaciones<sup>560</sup> es evidente la importancia de esta norma, pues la materia específica que trata, los servicios financieros, son con mucho, el más importante segmento de la contratación electrónica, aunque si bien es cierta esta opinión, pero entendemos más como deseo que como realidad, tampoco podemos afirmar que sea mayoritaria a tenor de los datos que nos aporta la Edición especial Eurobarómetro EB 298 (2008)<sup>561</sup>.

#### 6.2.2.2.2. El cliente-consumidor

En cuanto al destinatario de los servicios financieros, será el consumidor entendiendo por este a la “persona física que, en los contratos a distancia, actúa

---

<sup>560</sup> Cfr. FERNÁNDEZ PÉREZ, N.; «El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores. Especial referencia a la relativa a los servicios financieros», 2009, La Ley, pp. 139 y ss.

<sup>561</sup>Cfr. Edición especial Eurobarómetro EB 298 (2008) “*Consumer protection in the Internal Market*” (Protección del Consumidor en el Mercado Interior”. P.106. Nota 4 referido a datos del año 2007, se hace notar que de ciudadanos europeos que contrataron algún servicio a distancia, solo el 12% lo hizo sobre servicios financieros, un 52% sobre bienes o servicios de otro tipo en la Unión Europea. Aunque la cifra es reducida, se ha experimentado un crecimiento, pues con las mismas muestras tomadas, en el año 2006, solo representaba el 7%. Mayor contraste encontramos si comparamos el comercio transfronterizo de servicios financieros con el comercio nacional. Del 12% de ciudadanos europeos que contrataron un servicio financiero a distancia, el 10% lo contrató con un proveedor de su país, mientras que solo un 1% lo contrató con proveedores a distancia de servicios financieros de otro país, y el otro 1% con proveedores de fuera de la Unión Europea. Las muestras más recientes nos arrojan un resultado de estancamiento en cuanto a comercialización transfronteriza a distancia de servicios financieros

con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional” (art.5, III, de la LCDSFC).

Es un concepto de consumidor, significativamente más restringido que el plasmado en el TRLGDCU, y en la línea con lo establecido en otras normas del sector financiero.

Deja claro el texto legal que el fin regulatorio no es otro que la finalidad o intereses, con los que el consumidor interviene en el mercado financiero a distancia, como manifestación de su libertad de contratación desde su esfera privada.

Desde el texto legal se perfila un modelo de consumidor, destinatario final, de tipo medio y que opera en el mercado con unos intereses inversionistas de tipo medio o pequeño. Es de destacar que la misma exigencia y cobertura legal le es dable al consumidor que invierte en acciones o determinados productos de renta fija, como para aquel que especula con un volumen considerable de operaciones en bolsa, de alta volatilidad y riesgo inversor.

El hecho determinante es que sea una persona física, no el volumen de operaciones que realiza, ni el riesgo que asuma en las operaciones elegidas<sup>562</sup>.

Esta noción de consumidor es la reflejada en la mayoría de las Directivas que se han dictado en materia de protección de los consumidores.

Se trata de una noción concreta y funcional, <sup>563</sup>, que a la vista de la jurisprudencia de Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas en materia de protección de los consumidores (v SSTJCE de 14 de marzo de 1991 (TJCE 1991,155), Asunto Di Pinto, 17 marzo de 1998 (TJCE 1988,52), Asunto Dietzinger, 23 de marzo 2000 (TJCE 2000,53), Asunto Berliner Kindl Brauerei AG c. Andreas Siefert, y 22 de noviembre 2001 (TJCE 2001,330), Asunto Cape/Idealservice), ha de ser interpretada de forma restrictiva.

En definitiva quedan excluidas las personas jurídicas, dentro del concepto consumidor-cliente.

---

<sup>562</sup> Cfr. GUIADO MORENO, A.; «Tendencias actuales en torno al mercado de crédito», «Servicios financieros prestados a distancia. El derecho de información previa del consumidor», 2010, p.375.

<sup>563</sup> Cfr. ARROYO APARICIO, A.; «Comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores según la Ley 22/2007 de 11 de julio», 2009, p. 1491,

Con relación a lo anterior, entendemos debería haberse incluido a las personas jurídicas, con las correcciones necesarias, tal y como si hace la normativa nacional de consumo, el TRLGDCU.

La formación y conocimiento de los consumidores, de los “particulares” o “clientes” en terminología bancaria propiamente dicha, cada vez es mayor, y no es extraño que acudan a la contratación a distancia como modo de gestionar personalmente su cartera de valores, lo que le resulta mucho más cómodo y barato.

Según el texto normativo, un despacho de abogados, constituido como sociedad civil, con unos intereses profesionales claros y bien distintos de los servicios financieros, no podrían invertir como tal despacho de abogados, parte de sus beneficios comunes no repartidos, dado que son persona jurídica.

Entendemos que, con las debidas correcciones o limitaciones, nada debería impedir que las personas jurídicas pudieran ser “consumidores” de los del ámbito subjetivo de la LCDSFC, suponiendo esta posibilidad un mayor acercamiento de los textos legales que se refieren a los derechos de los consumidores.

En nuestro ordenamiento jurídico, y en particular en materia de consumo, el TRLGDCU<sup>564</sup>, en su artículo 3, al definir o darnos el concepto de consumidor o usuario, se refiere tanto a personas físicas como jurídicas, pero que actúen en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional:

«A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.» (art.3 del TRLGDCU)

Este concepto del TRLGDCU se aplicará para aquellos supuestos contemplados en el ámbito de este texto normativo, exceptuándose como ya sabemos el supuesto de los servicios financieros comercializados a distancia (art.93, d) del TRLGDCU).

---

<sup>564</sup> Cfr. Ley 3/2014 de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU.

El concepto de consumidor, si bien debe tener una interpretación rigurosa, permite una noción amplia<sup>565</sup>, haciendo extensivo el concepto no solo al comprador en puridad, sino también a cualquier tipo de usuario, cliente que realiza cualquier tipo de contrato para satisfacer sus necesidades privadas como son operaciones bancarias, contratos de arrendamiento, etc.

La noción concreta hace referencia a los derechos que puede ejercitar individualmente en su interés particular, y que vienen conectados con la finalidad de la norma legal que reconozca tales derechos, lo que implica la existencia de distintas nociones concretas o legales.

En cuanto a la materia de servicios financieros, debemos tener en cuenta que tendremos las personas jurídicas, que en cierto modo, actúan en la actividad de comercialización o contratación a distancia, como usuarios o consumidores, cuando esa actividad es ajena a su ser empresarial, esto es, cuando actúa con intereses particulares o privados y ajenos a actividad empresarial. Así el Considerando 29 de la Directiva 2002/65/CE<sup>566</sup> faculta a los Estados para poder ampliar la protección a organizaciones sin ánimos de lucro o de terceros que recurran a servicios financieros para establecerse como empresarios.

A nuestro juicio, cuando nos referimos a usuario<sup>567</sup>, persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional, en la comercialización a distancia de servicios financieros, debemos pensar en que puede tener cabida la persona jurídica, pero dentro del marco y supuestos que cada Estado miembro decida adoptar en función de las facultades que le otorga el texto comunitario, pues no es infrecuente en el ámbito de la contratación de servicios financieros la intervención de grupos como los citados que si bien están integrados por físicas, intervienen como organización y con los rasgos citados.

---

<sup>565</sup> Cfr. FERNÁNDEZ PÉREZ, N.; «El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores. Especial referencia a la relativa a los servicios financieros», La Ley 2009, pp. 185 y ss., refiriéndose en cita (268) página 185, a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO RODRÍGUEZ-CANO, A. «La protección de los consumidores, La Constitución Española y el Derecho mercantil», «Lecturas sobre la Constitución Española» (Coordinada por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R), Tomo II, UNED, 1978, pp. 16-17.

<sup>566</sup> Cfr. Directiva 2002/65/CE (29). La presente Directiva no menoscaba el derecho de los Estados miembros a ampliar, con arreglo a la legislación comunitaria, la protección que en la misma se establece respecto de las organizaciones sin ánimo de lucro o de terceros que recurran a servicios financieros para establecerse como empresarios.

<sup>567</sup> Cfr. TAPIA HERMIDA, A.; «La Ley 22/2007, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores», Revista de Derecho Bancario y Bursátil (RDBB), Julio-Sept. 2007, Noticias, p. 283.

#### 6.2.2.2.3. El proveedor de técnicas de comunicación a distancia

Las relaciones entre proveedor de servicios financieros y consumidor se lleva a cabo mediante la utilización de técnicas de comunicación a distancia, y en esta medida y necesidad, intervendrá una tercera persona, física o jurídica, como es el operador o proveedor de técnicas de comunicación a distancia y cuya actividad profesional consistirá en poner directamente a disposición de los proveedores de servicios financieros una o más técnicas de comunicación a distancia.

En la Directiva 2002/65/CE de 23 septiembre, se denomina “operador” o “proveedor”, y en la Ley, solo proveedor.

A nuestro juicio, es más acertada la referencia de la Directiva, en cuanto hace mención a “operador” básicamente, aunque añade “o proveedor”. Hubiera sido más acertado transponer “operador” únicamente, evitando así cualquier confusión con el proveedor de servicios financieros propiamente dicho.

Al referirse el texto normativo a “proveedor de técnicas de comunicación a distancia”, bien expone la Ley que su actividad comercial o profesional consista en poner directamente a disposición de los proveedores de servicios financieros una o más técnicas de comunicación a distancia.

Vista la lectura del texto legal, podemos pensar que no ha lugar a confusión, pero en el lenguaje de la red, es más habitual el término “operador” que entendemos identifica y distingue la actividad. La confusión puede surgir en un tipo de clientela potencial o minorista que podría llegar a mezclar y confundir ambas figuras: proveedor de servicios financieros y proveedor de técnicas de comunicación a distancia.

#### 6.2.2.3 Imperatividad de la Ley

La imperatividad de la norma, como todo el texto legal, se justifica por el carácter y voluntad proteccionista de la Ley, así se contempla en el artículo 3 de la LCDSFC, de tal forma que los consumidores de los servicios financieros prestados a distancia no podrán renunciar a los derechos que se les reconocen en esta Ley.

La renuncia a los derechos otorgados por la Ley, será nula, siendo asimismo nulos los actos realizados en fraude de esta ley, conforme a lo previsto en el artículo 6 del CC, y a mayor abundamiento las normas de esta Ley “serán de aplicación cuando la ley elegida por las partes para regir el contrato sea la de un

Estado no comunitario, siempre que el contrato tenga un vínculo estrecho<sup>568</sup> con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo” (art.3, III, de la LCDSFC).

Evidentemente se persigue que el consumidor, español en este caso, siempre quede amparado y no quede privado de la protección de la Ley cuando se elige la Ley de un tercero.

Esta norma es fiel reflejo de lo previsto en artículo 12.2 de la Directiva 2002/65/CE de 23 de septiembre, y encontramos también práctica similitud con las disposiciones relativas a cláusulas abusivas con consumidores (Art. 67.1 del TRLGDCU).

#### 6.2.2.4 Forma del contrato

En la comercialización a distancia de servicios financieros, y precisamente, dada esa falta de presencia física, se hará preciso que las ofertas y la celebración de los contratos consten en un soporte duradero, y así lo contemplaba la Directiva 2002/65/CE<sup>569</sup>, en este mismo sentido se ha recogido al transponerse al ordenamiento jurídico español.

Nuestro texto legal establece la necesidad de recoger en soporte duradero todas las vicisitudes de las relaciones precontractuales, y por soporte duradero se entiende: “todo instrumento que permita al consumidor almacenar la información dirigida personalmente a él, de modo que pueda recuperarla fácilmente durante un período de tiempo adecuado para los fines para los que la información está destinada y que permita la reproducción sin cambios de la información almacenada” (art. 6.1 LCDSFC), transposición del artículo 2, f) de la Directiva 2002/65/CE de 23 de septiembre.

La exigencia de acceso y entrega de la información en soporte duradero, es tratada también en la LSSI, y así dispone que: “ Sin perjuicio de los requisitos que

---

<sup>568</sup>Cfr. Art. 3, párrafo cuarto, LCDSFC: “Se entenderá en particular que existe un vínculo estrecho cuando el proveedor ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros del Espacio Económico Europeo o por cualquier medio de publicidad o comunicación dirigiere tales actividades a uno o varios Estados miembros y el contrato estuviere comprendido en el marco de esas actividades. En los contratos relativos a inmuebles se entenderá, asimismo, que existe un vínculo estrecho cuando se encuentren situados en el territorio de un Estado miembro.”

<sup>569</sup> Cfr. Directiva 2002/65/CE de 23 de septiembre, en la que se contempla en el artículo 5.1: “El proveedor comunicará al consumidor todas las condiciones contractuales, así como la información contemplada en el apartado 1 del artículo 3 y en el artículo 4, en soporte de papel u otro soporte duradero accesible al consumidor y puesto a su disposición con la suficiente antelación antes de que el consumidor asuma obligaciones mediante cualquier contrato a distancia u oferta.”

en materia de información se establecen en la normativa vigente, el prestador de servicios de la sociedad de la información estará obligado a disponer de los medios que permitan, tanto a los destinatarios del servicio como a los órganos competentes, acceder por medios electrónicos, de forma permanente, fácil, directa y gratuita, a la siguiente información...”(art. 10 de la LSSI).

También, la exigencia de entregar información en soporte duradero es preocupación en la legislación de consumo, y así en TRLGDCU, en su art.97 detalla el contenido de la información precontractual que debe ser facilitada al consumidor antes de la celebración de un contrato a distancia.

En el art. 98 del TRLGDCU y en cuanto a los requisitos formales de los contratos a distancia, se establece que el empresario facilitará al consumidor la información precontractual referida en el artículo precedente.

Podemos entender que al señalarse “facilitará” puede ser por escrito, aunque a renglón seguido (art.98.1 del TRLGDCU) se establece que “...o la pondrá a su disposición de forma acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizadas...”. Nada obsta que no pueda ser así, pues en el mismo art. 98 del TRLGDCU en su número 6, y para el supuesto de contratación telefónica se establece que el empresario deberá confirmar la oferta al consumidor y usuario por escrito, o salvo oposición del mismo, en cualquier soporte de naturaleza duradera.

### **6.3 El derecho de información del consumidor en la contratación a distancia de servicios financieros**

#### 6.3.1 Justificación

En la comercialización de servicios financieros, especialmente en la modalidad de contratación a distancia, la transparencia de la relaciones, y por ende, la protección del consumidor, se consigue a través de una normativa extensa y densa referente al deber de información, tanto en la fase precontractual como durante todo el *iter* contractual.

El objetivo en consecuencia es conseguir, para el supuesto de servicios financieros prestados por entidades bancarias, que el cliente bancario consiga tener un conocimiento real y efectivo de las operaciones o servicios financieros que se pretenden contratar <sup>570</sup>, a fin de evitar los problemas de asimetría informativa existentes.

---

<sup>570</sup> Cfr. ANDREU MARTÍ, M<sup>a</sup> M.; «La protección del cliente bancario», 1998, p.120.



Al hacer mención a asimetrías informativa, nos referimos a los déficits de información que padecen los consumidores de este tipo de mercado de servicios financieros.

En cuanto a los servicios financieros que se pretenden contratar, nos centraremos inicialmente en la información precontractual, que debe ser lo suficientemente concisa y clara como para ser capaz de formar la voluntad y decisión final en cuanto a la contratación del servicio financiero.

Debemos tener en cuenta que en este sector financiero las exigencias de información deben ser especialmente rigurosas, dada la dificultad de comprensión en cuanto al tipo de producto que se contrata como a la falta de claridad en el diseño del producto por parte de las entidades financieras, máxime cuando el medio de contratación es la comercialización a distancia de servicios financieros<sup>571</sup>, en la que al no contar con la presencia física del proveedor, no podemos solventar dudas o aclaraciones de forma inmediata.

Cuando los textos legislativos se refieren al consumidor, se refieren al denominado “consumidor medio”, definido como aquel que está normalmente informado, y es razonablemente atento y perspicaz. No obstante el consumidor que acude a la contratación a distancia de servicios financieros, tanto puede reunir las características del citado “consumidor medio” como ser más vulnerable, menos formado o ilustrado, lo que obligará a extremar las cautelas en las exigencias y cumplimiento de la información a facilitar al mismo.

El derecho de información del consumidor, se plasma como un deber de transparencia por parte del proveedor, inmersos tanto el uno como el otro, en un mercado como es el de los servicios financieros, quebradizo, donde la protección del consumidor es más endeble, estando el proveedor en situación más beneficiosa.

El deber de información en los contratos es, y ese es el futuro, elemento esencial de los mismos, y así lo prevé el DCFR al describir los deberes precontractuales de información.

En consecuencia podemos afirmar que todos aquellos comportamientos del proveedor que de forma intencionada, oculten, tergiversen, sean incorrectos, se apoyen en datos no debidamente contrastados, serán conductas perfectamente subsumibles en el ámbito de competenciales desleal, estando en consecuencia directamente conectadas con la LCD, y evidentemente con el TRLGDCU que

---

<sup>571</sup> Cfr. GUIADO MORENO, A.; «Tendencias actuales en torno al mercado de crédito», «Servicios financieros prestados a distancia. El derecho de información previa del consumidor», 2010, p.381.

pormenorizadamente se ocupa de los deberes de información precontractual en los arts. 60,97 y 98<sup>572</sup>.

La sensibilidad social y económica en cuanto a la necesidad de transparencia en los mercados es sobresaliente, y así, el legislador nacional no ha dudado en acudir a la recomendación y posibilidad que le facilita el legislador europeo de “mantener o añadir requisitos de información relacionada con el Derecho contractual, y con repercusiones en el ámbito del Derecho contractual, si así lo autorizan las cláusulas mínimas de los instrumentos del Derecho comunitario vigentes” (Directiva 2005/29/CE de 11 de mayo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior).

En virtud de lo anterior, las exigencias de información precontractual, y sectorial, como es la contratación a distancia de servicios financieros destinados a consumidores van más allá, o redundan sobre particularidades de los productos que se comercializan.

Así citaremos la Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre de transparencia y protección del cliente minorista de servicios bancarios, y la Circular 5/2012 de 27 de junio a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, entre otras disposiciones, y que de alguna manera vienen a complementar la Ley 26/1988 sobre Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito<sup>573</sup>.

Resulta evidente que la ausencia de presencia física del proveedor y del consumidor, plantea cuestiones de inseguridad e incertidumbre jurídica<sup>574</sup>, dado que al emplearse medios de comunicación a distancia, pueden surgir dudas respecto a la información que se facilita como en cuanto a la personalidad de los intervinientes.

---

<sup>572</sup> Cfr. AVILÉS GARCÍA, J.; «Prácticas comerciales, publicidad y deberes precontractuales de información. Su ampliación a la comercialización de productos y servicios bancarios, financieros y de inversión», «La ampliación de los mecanismos de interpretación de los contratos con consumidores y usuarios», Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI), n° 746, Nov-Dic 2014, p. 2694.

<sup>573</sup> Cfr. AVILÉS GARCÍA, J.; «Prácticas comerciales, publicidad y deberes precontractuales de información. Su ampliación a la comercialización de productos y servicios bancarios, financieros y de inversión», «La ampliación de los mecanismos de interpretación de los contratos con consumidores y usuarios», Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI), n° 746, Nov-Dic 2014, p. 2696.

<sup>574</sup> Cfr. TAPIA SÁNCHEZ, M. R.; «Protección del consumidor en la contratación a distancia de servicios financieros», «Derecho renovado del consumo», 2011, p. 294.

Estos inconvenientes van siendo superados mediante el empleo de mecanismos de seguridad informática como son las palabras de acceso, el archivo de información en página distintas a las que sirven de presentación, así como el bloqueo de cuentas en los supuestos de intentos fallidos para acceder al servicio o cuenta.

La contratación a distancia, plantea exigencias de suministro de información evidentes, y en contraposición a la contratación escrita, aporta numerosas ventajas como son el poder acceder a la misma a través de la página *web* de la entidad, donde encontrará información general.

Puede asimismo, acceder a información personalizada por otras vías como son la telefonía vocal el fax o el correo electrónico.

El cliente de una entidad financiera puede servirse del denominado “sistema integrado” que consigue aunar los diversos medios de comunicación a distancia de tal forma que desde el acceso inicial a la información puede navegar por la página de la entidad y operar con los distintos productos y servicios que se le ofrecen, dentro de un sistema seguro mediante el empleo de claves y diferentes vías de acceso (“pestañas”) a los productos que suscitan su interés.

El cumplimiento de los deberes de información por parte del proveedor, lleva aparejada la obligación de facilitar la misma por medio de un soporte duradero, que si bien lo hemos definido en otro apartado, conviene recordar que los requisitos para ser considerado como tal son esencialmente que:

- permita al consumidor almacenar la información que se le ha dirigido personalmente a él,
  - que pueda recuperarla fácilmente durante el tiempo que se considere adecuado para la formación de su voluntad de contratar, y
  - que pueda ser reproducida la citada información sin posibilidad de alterarla.
- (art.6.1 LCDSFC)

En base a estas premisas, son considerados soportes duraderos los CD-ROM, los DVDs, disquetes informáticos, “pen drives” o lápices de memoria y los discos duros de los ordenadores donde están almacenados los correos electrónicos.

Las diferentes técnicas de comunicación a distancia empleadas, serán las que marquen los tiempos del proceso contractual, y no nos quepa duda que cuando al final del proceso de contratación, se “clickea” en la pestaña “aceptar”, se esta

emitiendo un auténtico consentimiento electrónico, capaz de generar derechos y obligaciones con plena eficacia y tener trascendencia jurídica.

### 6.3.2 La información precontractual

#### 6.3.2.1 Notas previas

Al estudiar la LCDSFC debemos hacerlo con una visión de conjunto global, teniendo en cuenta tanto las disposiciones comunes de derecho contractual (CC y CCo) en cuanto a la formación y perfección del contrato, como todos aquellos textos legislativos que son llamados a intervenir en la comercialización a distancia de servicios financieros, como son la LSSI y el TRLGDCU básicamente, sin olvidar la LCD, la LCC y la LOCM, entre otros textos legislativos.

El legislador europeo claramente hace hincapié en la información previa al contrato que debe suministrarse al consumidor.

Esta obligación de facilitar determinada información será la piedra angular en la protección de los derechos del consumidor en la contratación a distancia. No consiste en poner trabas, en estrechar el los cauces de operatividad del proveedor, proveedor, sino de establecer unas normas que sirvan de ordenación y seguimiento de las relaciones entre las partes.

La LCDSFC dedicará un extenso y minucioso artículo 7 (transposición del artículo 3 de la Directiva) 2002/65/CE), a describir y detallar las exigencias de la información precontractual que el proveedor debe suministrar al consumidor, en la fase previa a la formalización del contrato.

Asimismo, el art. 8 de la LCDSFC, establece los requisitos adicionales de información que vienen dados por la legislación sectorial del servicio financiero en concreto que se quiera contratar.

La entrega de esta información, según se desprende del texto, es esencial a la hora de poder vincular el consentimiento contractual al cumplimiento de esos deberes previos de información, dependiendo la validez del contrato del cumplimiento de los deberes de información<sup>575</sup>.

El proveedor deberá suministrar al consumidor con tiempo suficiente, y antes de que este asuma cualquier obligación derivada de la oferta o del contrato a distancia, la información que se detalla en el artículo 7 de la LCDSFC.

---

<sup>575</sup> Cfr. TAPIA SÁNCHEZ, M. R.; «Protección del consumidor en la contratación a distancia de servicios financieros», «Derecho renovado del consumo», 2011, p. 226.

Ambos términos, debida antelación y tiempo suficiente, son en cierto modo conceptos jurídicos indeterminados, necesitaríamos de alguna manera cuantificar que entendemos por suficiente.

En principio, y como literalmente dispone el art.7.1 de la LCDSFC, el proveedor del servicio financiero deberá suministrar al consumidor, con tiempo suficiente y “antes de que éste asuma cualquier obligación derivada de la oferta o del contrato a distancia”, la información prevista en el citado artículo.

El mismo criterio se sigue en el art. 9 de la LCDSFC, al tratar la forma de comunicación de las condiciones contractuales y de la información previa, pero con la diferencia de que el art. 7 describe exigencias de información en cuanto a las condiciones de prestación del servicio, y el supuesto contemplado en el art.9 del mismo cuerpo legal, hace referencia ya concreta a las condiciones contractuales de la relación jurídica que se va a constituir.

Se da una excepción a la regla contenida en la LCDSFC de “suministrar la información previa con la suficiente antelación”, y es la contemplada en el art.9.2 de la LCDSFC, que contempla el supuesto de poder facilitar la información en momento posterior a la celebración del contrato, y para que tal posibilidad se de, es preciso que el contrato se celebre a petición del consumidor, y que se utilice una técnica de comunicación a distancia que no permita transmitir esta información y condiciones contractuales en momento previo a la formalización del contrato.

Puede darse esta circunstancia de manera frecuente, especialmente en aquellos productos financieros en los que la oportunidad del tiempo en que se contratan es la base de los beneficios que se esperan obtener, productos que depende su contratación de la evolución de los mercados, y que pueden dejar de contratarse o interesar, si no es aplazable el momento de suministro de información.

Los usos comerciales, en cierta manera, definirán estos plazos, pero no hubiera resultado baladí, que el legislador dado lo conciso y detallista del texto legal, hubiera dedicado un apartado o llamada, determinando el plazo en el que esta información precontractual debe ser suministrada, como en cambio si hace de manera concisa al tratar el derecho de desistimiento en el art.10 del mismo cuerpo legal.

No obstante, sea cual fuere el medio electrónico utilizado en la contratación, y dado que la finalidad de la información previa no es sino puramente comercial o de inicio de relaciones comerciales entre las partes, lo habitual es encontrar en la

página *web* del proveedor, libre acceso a la información preliminar, lo que no exime de la obligación de facilitarla al consumidor.

#### 6.3.2.2 Contenido de la información precontractual

Es el art. 7 de la LCDSFC el pilar esencial sobre el que se sustenta la obligación o deber de facilitar información precontractual, siendo los arts. 8 y 9 de este mismo texto legal los que completan, y aseguran de alguna manera, que la información facilitada llega al destinatario.

La información a facilitar, es contemplada en el texto legal como de contenido mínimo obligatorio, pudiendo verse ampliada por el proveedor en función del tipo de servicio financiero a prestar, o bien por propia decisión comercial.

Trata el legislador, tanto en el antecedente legislativo de la Directiva 2002/65/CE de 23 de septiembre, como en la LCDSFC, la información precontractual de forma exhaustiva. Acude nuestro legislador a regular sistemáticamente las obligaciones y requisitos que debe reunir la información precontractual, estructurando el contenido normativo en diversas áreas normativas.

##### 6.3.2.2.1 Información referente al proveedor

En cuanto a la información referente al proveedor del servicio financiero, el objetivo es conseguir una identificación del mismo lo más detallada posible, al objeto que el cliente o usuario del servicio, conozca los datos referentes a la identidad del mismo, su actividad principal, su ubicación geográfica, la identificación de sus representantes o intermediarios facilitándose los medios de comunicación o forma de contacto con el mismo como podría ser fax y correo electrónico; los datos de inscripción en registros públicos, y los datos de la autoridad de supervisión en el supuesto que la actividad del proveedor estuviera sujeta a este requisito.

En los supuestos que el proveedor no intervenga en su propio nombre, sino que lo haga por medio de un representante o intermediario financiero, este debe estar identificado no solo en cuanto a información de filiación societaria o profesional, sino también en cuanto a la condición con arreglo a la que actúa en la relación jurídica<sup>576</sup>.

---

<sup>576</sup> Cfr. TAPIA SÁNCHEZ, M. R.; «Protección del consumidor en la contratación a distancia de servicios financieros», «Derecho renovado del consumo», 2011, p. 227.

#### 6.3.2.2.2 Información relativa al servicio financiero

En cuanto al servicio financiero, la información deberá hacer referencia a la descripción de sus características, el precio total donde se deben incluir todo tipo de gastos, impuestos y omisiones que lleve aparejados.

Debe hacerse mención e informar sobre si el servicio financiero que se pretende contratar estuviera relacionado con instrumentos de los que se derivan riesgos especiales, volatilidad y liquidez de los mismos, así como la posible o cierta referencia del producto a fluctuaciones del mercado que escapan del control de proveedor del servicio.

Del mismo modo, debe informarse sobre las características esenciales del producto cuando son productos esencialmente de riesgo, como las acciones preferentes comercializadas por las entidades financieras como supuestamente renta fija, y los *swaps*, como supuestos seguros de tipo de interés, cuando lo que en realidad son productos de máxima volatilidad.

Esta información es de suma importancia, pues el obviar estos riesgos, pese a que el cliente pueda tener un mínimo conocimiento financiero, no exime a la obligada a prestar la información, de hacerlo, dando plenas garantías al usuario y consumidor sobre la identificación del producto bancario ofrecido.

La omisión de esta información, o la limitación de la misma, por parte de la entidad financiera, puede desencadenar a posteriori, en sede judicial, la nulidad del contrato por falta de información necesaria como así tiene manifestado reiterada jurisprudencia reciente<sup>577</sup>.

En la información precontractual de indicarse además:

- el período durante el cual la información suministrada será válida
- modalidades de pago y ejecución
- coste suplementario específico por el uso de la técnica de comunicación a distancia y muy importante, y
- para el supuesto de servicios financieros que se refieren a planes de pensiones, debe indicarse al consumidor que las cantidades aportadas, y el ahorro generado, se destinarán únicamente a cubrir las situaciones previstas en el contrato y no

---

<sup>577</sup> Cfr. SAP de Zaragoza (SeCC5<sup>a</sup>) de 19 de marzo de 2012 (JUR 2012, 210249); SAP Gijón (SeCC7<sup>a</sup>) de 3 de febrero de 2012 (JUR 2012,87712); SAP Girona (SeCC1<sup>a</sup>) de 20 de marzo de 2012 (JUR 2012, 149134) y SAP Burgos (SeCC3<sup>a</sup>) de 20 de marzo de 2012 (AC 2012, 779).

podrán ser recuperadas para otro fin distinto que los contemplados como supuestos excepcionales en las condiciones contractuales.

#### 6.3.2.2.3 Información en cuanto al contrato a distancia

La información que debe suministrarse principalmente es la relativa al derecho de desistimiento contemplado en el artículo 10, y en su caso la duración y condiciones de ejercicio, así como de las consecuencias de la falta de ejercicio de ese derecho y su pérdida cuando, antes de ejercer este derecho, se ejecute el contrato en su totalidad por ambas partes a petición expresa del consumidor.

La duración contractual mínima para el caso de contratos de prestación de servicios financieros permanentes o periódicos.

La información relativa a la posibilidad de ejercitar el derecho de rescisión anticipada o unilateral con arreglo a las condiciones pactadas, así como las penalizaciones que tal ejercicio puede suponer.

La información relativa al fuero aplicable, ley aplicable al contrato, lengua en la que se presentan las condiciones contractuales y también la información previa y la lengua a utilizar en las comunicaciones mientras dure el contrato.

#### 6.3.2.2.4 Información en cuanto a los medios de reclamación e indemnización

Al facilitar la información al consumidor, debe hacerse mención e informar expresamente en cuanto a los sistemas de resolución extrajudicial de conflictos, de carácter público o privado, y a los que puede el consumidor acceder debiendo indicarse el modo de acceso.

De igual manera debe informarse sobre la existencia de fondos de garantía u otros mecanismos similares de indemnización, sean de carácter obligatorio o voluntario.

Es obligación del proveedor al comunicarse y suministrar la información, hacer hincapié en que la información suministrada es de carácter comercial, de forma clara y comprensible, utilizando el medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, y aunque parezca obvio, se exige al proveedor, respete debidamente, y en particular, los principios de buena fe en las transacciones comerciales y los principios que regulan la protección de las personas que carecen de capacidad de obrar y los derechos de las personas con incapacidades.



#### 6.3.2.2.5 Información en los supuestos de comunicación a través de telefonía vocal

Cuando se utilice la telefonía vocal como medio de comunicación a distancia, elegida por el proveedor como medio de comunicación para ponerse en contacto con el consumidor, la información a suministrar debe ser racionalizada y adecuada al medio empleado.

De trasladar por este medio, todos los requisitos de información contemplados en el art. 7 de la LCDSFC, podría darse el resultado paradójico de auténtica desinformación, pues el interlocutor puede verse abrumado con un relato tan intenso que llegará a producir un efecto contrario al deseado, y dará por entendido lo que realmente no ha tenido en cuenta debido al hastío que ocasiona trasladar telefónicamente todas las exigencias de información.

En consecuencia, nuestro legislador ha reunido en el art.7.3 de la LCDSFC las exigencias básicas de información, cuando una vez establecido el contacto telefónico, el consumidor ha aceptado expresamente continuar con la comunicación, como son:

- identidad de la persona en contacto (quien ha establecido la comunicación telefónica) y su vinculación con el proveedor de servicios financieros, así como el fin comercial de esta comunicación

- descripción de las características principales del servicio financiero,

- el precio total que debe pagar el consumidor, impuestos que correspondieren, base de cálculo que posibilite al consumidor comprobar el precio, entre otros, y asimismo, hacer indicación al consumidor que pueden existir otros impuestos o gastos que no se paguen a través del proveedor

- debe ser informado el consumidor sobre la existencia, o no, del derecho de desistimiento de conformidad con lo dispuesto en el art.10 de la Ley, así como de la duración y condiciones para ejercitarlo, y

- el proveedor debe informar al consumidor igualmente sobre la existencia de información adicional disponible previa petición y del tipo de información en cuestión.

La información precontractual que se facilitará al consumidor deberá coincidir o ser conforme a las obligaciones contractuales que resulten de la aplicación de la legislación a la que se sujete el contrato, caso llegara a celebrarse.

Es evidente que las relaciones entre las partes intervinientes, básicamente proveedor y consumidor, deben estar iluminadas de la oportuna transparencia al objeto el consumidor cuente con la suficiente y clara información que le permita tomar la decisión de contratar.

#### 6.3.2.2.6 Información adicional

Las exigencias de información, el deber de informar, conforme a lo establecido en el texto legal, y en particular en el artículo 7 de la LCDSFC, no excluyen la aplicación de los requisitos adicionales de información previa establecidos en la legislación especial, o específica, aplicable al servicio financiero a comercializar, tal y como prevé el art. 8 de este mismo cuerpo legal.

El art.8 de la LCDSFC, ha sido modificado por la Disposición final novena de la Ley 16/2009 de 13 de noviembre de servicios de pago (LSP), añadiéndose un nuevo párrafo:

“Cuando sea de aplicación la Ley de servicios de pago, las disposiciones en materia de información contenidas en el artículo 7.1 de la presente Ley, con excepción de lo establecido en el párrafo II, apartados c) a g), lo dispuesto en el párrafo 3, apartados a), b) y e) y lo incluido en el párrafo 4, apartado b), se sustituirán por lo establecido en el artículo 18<sup>578</sup>(transparencia de las condiciones y de los requisitos de información aplicables a los servicios de pago) de la Ley de servicios de pago y sus disposiciones de desarrollo, en los términos que allí se establezcan” (Disposición final Novena de la LSP).

#### 6.3.2.3 Forma de comunicación de las condiciones contractuales y de la información previa al contrato

En cuanto a las condiciones contractuales, la LCDSFC, como normativa generalista, nos remite a la legislación específica del contrato que se celebre en cuanto a la información sobre las obligaciones contractuales<sup>579</sup>.

Es el proveedor el obligado a transmitir al consumidor e informar sobre las condiciones contractuales previstas en la legislación específica, haciendo mención y detallando los contenidos específicos previstos para el servicio financiero que se desea contratar.

---

<sup>578</sup>Cfr. Art. 18 de la LSP, «Transparencia de las condiciones y los requisitos de información aplicables a los servicios de pago».

<sup>579</sup> Cfr. Art.7.4 de la LCDSFC.

#### 6.3.2.3.1 Comunicación de las condiciones contractuales y de la información previa. Calificación jurídica de la información previa

Nuestro legislador establece claramente dos niveles o formas de comunicación para transmitir a información previa al contrato, y la información relativa a las condiciones contractuales del mismo.

La información previa contractual es generalista, informativa básicamente y con esa pretensión se transmite. El consumidor a su recepción, estudiará la misma y formará su voluntad de seguir adelante con el contrato que se le propone o dejarlo en suspenso<sup>580</sup>.

Esta información puede ser transmitida por cualquier medio que se adapte a la técnica de comunicación a distancia utilizada, sin que el texto legal (art.7.2 de la LCDSFC) exija ningún otro tipo de predicamento. El objetivo es hacer llegar la información al consumidor.

Otra cuestión, es como deben transmitirse las condiciones contractuales que van a regular la vida del contrato.

En este supuesto, ya no se trata de una comunicación “informativa o comercial”, sino información en esencia contractual, y que prevé el legislador que:

“El proveedor comunicará al consumidor todas las condiciones contractuales, así como la información contemplada en los anteriores artículos 7 y 8, en soporte de papel u otro soporte duradero accesible al consumidor, con suficiente antelación a la posible celebración del contrato a distancia o a la aceptación de una oferta y, en todo caso, antes de que el consumidor asuma las obligaciones mediante cualquier contrato a distancia u oferta.” (Art. 9.1 LCDSFC).

Evidentemente ya no sirve cualquier medio, ni el legislador lo acepta, debe ser en “soporte duradero” que es capaz de almacenar la información y recuperarla en cualquier momento, y debemos considerar en este sentido las exigencia de la LSSI y en particular su art.27.1 que exige que el medio de comunicación empleado permita la puesta a disposición de la información de forma permanente, fácil y gratuita para el destinatario.

No obstante, las entidades bancarias cuentan con página *web* a la que se puede acceder en cualquier momento, y donde esta volcada la mayor parte de la información básica que el consumidor puede necesitar, siéndole útil y puede

---

<sup>580</sup> Cfr. TAPIA SÁNCHEZ, M. R.; «Protección del consumidor en la contratación a distancia de servicios financieros», «Derecho renovado del consumo», 2011, p. 237.

perfectamente servir como información previa, aunque en este caso, debemos considerar que se trata de “puesta a disposición de la información”, distinto de la obligación de prestar la información que es el espíritu de la ley.

Con similitud y en la misma línea, pero en un marco generalista, el art. 98.1 del TRLGDCU<sup>581</sup>, establece que el empresario deberá facilitar al consumidor y usuario de modo claro e inequívoco, mediante cualquier técnica adecuada al medio de comunicación a distancia utilizado, la información que se determina en el art. 97.1 del mismo cuerpo legal, debiendo respetar, en particular, el principio de buena fe en las transacciones comerciales, así como los principios de protección de quienes sean incapaces para contratar.

Este artículo 98 del TRLGDCU, en su número 2, II párrafo, llama la atención, como el legislador en la reforma del TRLGDCU hace referencia al deber del empresario de “...velar por que el consumidor y usuario, al efectuar el pedido, confirme expresamente que es consciente de que éste implica una obligación de pago...”.

Este carácter tuitivo del texto legal, se manifiesta de manera clara e inequívoca al proclamar este deber de vigilancia del empresario, que se ve reforzado con la exigencia del deber de diligencia profesional proclamado por la LCD en su art.4.1, II. Ambos textos, TRLGDCU y LCD, podemos afirmar, consiguen de alguna manera aunar criterios tanto en materia competencial como contractual, que no pueden ser materias estancas, sino perfectamente coordinadas.

La forma a través de la cual, la información precontractual debe facilitarse, es el elemento relevante en ambos textos legales, TRLGDCU y LCDSFC.

Mientras que en el TRLGDCU (art.98.1) se hace referencia a que se deberá comunicar al consumidor “mediante cualquier técnica adecuada al medio de comunicación a distancia utilizado”, en la LCDSFC (art.9.1) se especifica “...en papel u otro soporte duradero accesible al consumidor con suficiente antelación...”.

Lo habitual es que el soporte de naturaleza duradera contenga un escrito (art.98.6 del TRLGDCU), aunque se trate de contratación telefónica<sup>582</sup>, y en este supuesto lo normal sería que en la contratación telefónica debería de remitirse la grabación con la información exigida por el precepto, pero no parece que este fuera el deseo del legislador.

---

<sup>581</sup> Cfr. Ley 3/2014 de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU.

<sup>582</sup> Cfr. FERNÁNDEZ PÉREZ, N.; «El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores. Especial referencia a la relativa a los servicios financieros», 2009, p. 275

La forma de comunicar la información contenida o exigida en los preceptos referidos debe ser el soporte duradero, y por el mismo debemos seguir el criterio y definición del art.6.1 de la LCDSFC<sup>583</sup>.

A título de ejemplo de soporte duradero la Directiva 2002/65/CE en su considerando 20, al referirse a los “soportes duraderos” hace referencia a los disquetes informáticos, los CD-ROM, los DVD y los discos duros de los ordenadores de los consumidores en que estén almacenados mensajes de correo electrónico. Una dirección internet no constituye un soporte duradero, pues las páginas *web* pueden variar<sup>584</sup>.

Es muy acertada esta consideración, pues es conocida la facilidad con que determinadas páginas y contenidos difundidos por la red, se ven alterados por manipulaciones y contagios transmitidos por los llamados “virus”, especialmente los denominados “troyanos” que obtienen la información propia del usuario y facilitan datos confidenciales archivados en nuestro propio disco duro.

Esta opinión, difiere o puede resultar chocante cuando estudiamos el supuesto en el que la contratación se hiciera por medios electrónicos o telemáticos.

Conforme lo establecido por el artículo 94 del TRLGDCU, para el supuesto que las comunicaciones comerciales se efectúen mediante correo electrónico u otros medios de comunicación electrónica, y en la contratación a distancia de bienes o servicios por medios electrónicos, serán de aplicación además de lo dispuesto en el TRLGDCU, la normativa específica sobre servicios de la información y comercio electrónico, en particular la LSSI.

La norma especial, la LSSI, prevé en su artículo 10<sup>585</sup> que “...sin perjuicio de los requisitos que en materia de información se establecen en la normativa vigente, el prestador de servicios de la sociedad de la información estará obligado a disponer de los medios que permitan, tanto a los destinatarios del servicio como a los órganos competentes, acceder por medios electrónicos, de forma permanente, fácil, directa y gratuita, a una serie de informaciones...” (Art. 10.1 LSSI), esta obligación

---

<sup>583</sup> Cfr. Art. 6.1 de la LCDSFC: “Por soporte duradero se entiende todo instrumento que permita al consumidor almacenar la información dirigida personalmente a él, de modo que pueda recuperarla fácilmente durante un período de tiempo adecuado para los fines para los que la información está destinada y que permita la reproducción sin cambios de la información almacenada.”

<sup>584</sup> Cfr. ARROYO APARICIO, A.; «Comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores según la Ley 22/2007 de 11 de julio», «Contratos mercantiles», 2009, Tomo I, p.1496.

<sup>585</sup> Cfr. Art. 10 de la LSSI modificado por la Ley 56/2007 de 28 de diciembre de medidas de impulso de la sociedad de la información, dando nueva redacción a los párrafos b) y f) del apartado 1.

a tenor del mismo texto legal se da por cumplida si el prestador la incluye en su página *web*, o sitio de internet, y en las condiciones señaladas.

Tras este enunciado, ¿Qué calificación jurídica debemos otorgarle a la información previa a la contratación de servicios financieros a distancia?

Los clientes de servicios financieros diversos, tanto de activo como de pasivo, como neutros, tienen acceso de manera libre y gratuita a un importante volumen de información sobre los mismos (art.7.2 de la LCDSFC), depositado en las páginas *web* de las entidades financieras, y que en puridad tendrá esa información finalidades distintas, tanto de orden comercial, contractual o meramente promocional<sup>586</sup>. Asimismo, el consumidor podrá recibir de la entidad esa información a través e cualquier técnica de comunicación a distancia.

Debemos aclarar, que no toda la información que recibe el consumidor, bien porque acceda directamente a la página *web* de la entidad, bien porque la reciba de la entidad, tiene el mismo carácter vinculante para la entidad, ni la misma transcendencia jurídica.

La oferta contractual lanzada por la entidad (bien por incluirla en su página *web*, tablón de anuncios), solo puede considerarse como oferta de contrato, si en la comunicación con el cliente o potenciales clientes, se incluyen todas las condiciones contractuales de tal forma que las mismas, contenidas en esa información, tengan vocación de integrarse en el contrato al contener los elementos necesarios del mismo.

El contenido de esa declaración de información destinada a integrarse en el contrato, una vez aceptada por el cliente mediante la técnica de comunicación a distancia utilizada, formará e integrará el contrato, de tal suerte, que podemos entender perfeccionado el contrato y a las partes ligadas por una relación jurídico contractual tal cual contempla el CC (arts.1254 y 1261).

En consecuencia, oferta contractual se considera cuando estas sean completas y tengan intención obligacional, dirigidas a público en general o en particular, pero claramente con intención de obligarse. Las meras declaraciones de intenciones, o informativas, serán *invitatio ad offerendum*.

Los requisitos de información previa contemplados en el art. 7 de la LCDSFC tienen trascendencia jurídica singular.

---

<sup>586</sup> Cfr. TAPIA SÁNCHEZ, M. R.; «Protección del consumidor en la contratación a distancia de servicios financieros», «Derecho renovado del consumo», 2011, p. 239.

Las exigencias de información precontractual del art.7.1 de la LCDSFC, se refieren al proveedor de los servicios financieros, haciendo mención a su identificación, actividad, localización, y a las condiciones financieras en general que deberán aplicarse en todas las operaciones que los clientes contraten con el proveedor.

Tiene este enunciado, un contenido meramente informativo, amplio, pero con vocación de informar al posible cliente o a cliente ya real. No tiene esta información voluntad contractual. En un momento posterior, iniciados los trámites puramente contractuales, ambas partes concretarán los pormenores de comisiones, tipos de interés, plazo y todas aquellas que fueren de interés de los intervinientes.

Esta inicial información del proveedor, no puede ser alterada por el proveedor llegado el momento de contratar. Para el consumidor representa un beneficio proteccionista real, pues la entidad no podrá superar las cifras y condiciones que previamente ha lanzado a la esfera pública<sup>587</sup>, y máxime teniendo en cuenta que el contenido de esta información esta bajo control del órgano supervisor que corresponda en cada caso como es el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) entre otros.

La información contemplada en este art.7.1 de la LCDSFC, y que el proveedor emite, es en conclusión meramente informativa, sin pretender ni contener una oferta de contratación, y sin que tan siquiera podamos considerarla *invitatio ad offerendum*. Podemos calificar este proceso informativo inicial como mera política comercial o de presentación de la entidad financiera, pero con la consecuencia jurídica de adquirir la entidad un compromiso obligatorio vinculante cuando se le reclama porque se acude a la contratación.

Cuando la información esta personalizada, como es el supuesto en la práctica habitual de la contratación de préstamos hipotecarios, y la entidad entrega el folleto informativo a solicitud del cliente (folleto bajo supervisión del Banco de España), en principio debemos entender que nos encontramos ante una *invitatio ad offerendum* pues este paso previo, no supone sino el inicio de la fase contractual, sin llegar a suscitar obligaciones entre las partes, dado que, tras la entrega del folleto, la entidad requerirá al consumidor información relativa a su solvencia como paso previo para establecer cualquier vínculo obligatorio.

---

<sup>587</sup> Cfr. TAPIA SÁNCHEZ, M. R.; «Protección del consumidor en la contratación a distancia de servicios financieros», «Derecho renovado del consumo», 2011, p.240.

Y dentro de las comunicaciones personalizadas, están aquellas que se generan, cuando tras un proceso informativo, o bien directamente, el consumidor contacta con la entidad interesándose en un producto determinado.

La información que fluye a partir de este momento, va a tener un carácter bien distinto, no se trata ya de una mera *invitatio ad offerendum*, sino que la entidad remite información personalizada sobre el producto que ha suscitado el interés del cliente, determinando el contenido de la información en función de los intereses particulares del interesado.

En estas comunicaciones personales, el medio utilizado habitualmente es internet, correo electrónico y fax que permite esa proximidad y personalización de los contactos entre ambas partes.

Transmitida la información, y por parte del cliente aportando su situación de solvencia, podemos afirmar que nos encontramos ante un oferta de contrato que pedirá para su perfección que el cliente, utilizando el medio empleado en esta fase precontractual, emita su consentimiento.

En las operaciones de activo, como préstamos hipotecarios en particular, será exigible por la entidad que se firme el préstamo ante fedatario público.

En el ámbito de los servicios de inversión, el art. 79 *bis*, 2. de la LMV (que traspone el art.19.2 de la Directiva MIFID), exige a las entidades de servicios de inversión, que toda la información que se dirija a sus clientes, tanto específica de productos, como publicitaria, sea imparcial, clara y no engañosa y en este sentido, no se aparta de la LCD, es más, el texto competencial refuerza aún más estas garantías (art.4 y 5 de la LCD).

Es exigible en consecuencia a la entidades de servicios de inversión, un comportamiento leal en la transmisión de la información, debiendo por imperativo de la LMV emplear técnicas oportunas para hacer ver al cliente claramente la naturaleza jurídica de la información que recibe a través de la publicidad, incluyendo la advertencia “publi” o “publicidad” cuando la información se transmite por medios audiovisuales.

#### 6.3.2.3.2 Comunicación de la información tras la celebración del contrato

Es posible, que la información precontractual no sea facilitada previamente a la celebración del contrato.



Así, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos de incorporación de las condiciones generales de contratación, el proveedor tendrá que cumplir con las obligaciones exigidas en el art.7.1 de la LCDSFC, cuando el contrato se hubiera celebrado a petición del consumidor utilizando una técnica de comunicación a distancia que no permita transmitir las condiciones contractuales y la información exigida con arreglo a lo previsto en el apartado 1 de este art.7 de la LCDSFC.

Debemos tener muy en cuenta esta puntualización, pues en el ámbito de la contratación a distancia, y de los servicios financieros en particular, éstos reúnen características de “oportunidad” (entendemos por ello cotización en el mercado, composición de carteras de activos y “oferta” comercial en cuanto a reducción de precios), y de inmediatez en la gestión, que demorar la contratación, hasta que el proveedor envíe la información, el cliente o consumidor la recibe y lee, y manifiesta su voluntad, puede resultar contraproducente a los fines tanto de la actividad empresarial como a los intereses del consumidor inversor.

Basta con que en la red, la página *web* del proveedor este fácilmente accesible al consumidor, y pueda leer y conocer los detalles del producto que pretende contratar sin demora en el tiempo y poder beneficiarse de la agilidad de la contratación y las ventajas posibles que una contratación inmediata supondría en la rentabilidad del producto o servicio financiero contratado.

El art.9, 1 y 2 de la LCDSFC prevé esta circunstancia, si bien establece que la información debe ser facilitada en soporte duradero con antelación suficiente a la celebración del contrato, en su número 2, posibilita que esta información sea remitida en momento posterior a la celebración del contrato cuando se hubiera celebrado a petición del consumidor utilizando una técnica de comunicación a distancia que no permita transmitir las condiciones contractuales y la información exigida con arreglo a lo previsto en el apartado 1 de este mismo artículo.

6.3.2.4 Derecho a obtener la información en soporte duradero a lo largo de la vida del contrato, y a cambiar de técnica de comunicación a distancia

La forma de comunicar la información al consumidor, puede variar a lo largo de la relación contractual, al objeto el consumidor tenga mejor comprensión con relación al servicio financiero que pudiera estar contratando, y en este sentido la posibilidad prevista en el apartado 3 del artículo 9 de la Ley, pudiendo solicitar en cualquier momento de la relación contractual se le facilite en soporte de papel, las condiciones del contrato.

De igual manera también podrá el consumidor cambiar de técnica de comunicación a distancia utilizada, salvo que sea incompatible con el contrato celebrado o con la naturaleza del servicio financiero prestado.

Esta libertad de elección, y refiriéndonos al sector bancario, y en particular a la Circular del Banco de España, 5/2012<sup>588</sup> de 27 de junio, se prevé la posibilidad (cuando la contratación se realiza a través de medios electrónicos), de facilitar el contrato y la información, así como mostrar su conformidad o disconformidad con el mismo, utilizando también técnicas de comunicación a distancia, y en cualquier caso la entidad deberá conservar el "recibí" del cliente, y se hará en soporte duradero al objeto quede constancia y pueda ser accesible durante la vida del contrato.

Esta Circular 5/2012 de 27 de junio, determina que las entidades financieras están obligadas a entregar información periódica a sus clientes durante la vida del contrato, de sus relaciones contractuales, en la que se detalle las operaciones contratadas, así como sus condiciones contractuales e información relevante y necesaria (liquidaciones de intereses, comisiones, gastos...) de tal forma que el cliente pueda consultar fácilmente su situación financiera.

#### **6.4. Momento de la perfección del contrato**

La comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores (CDSFC), es evidentemente contratación electrónica, a distancia, sin la presencia física de las partes.

Ya hemos hecho referencia en este trabajo a los elementos contractuales del contrato electrónico<sup>589</sup>, siendo necesario hacer algunas consideraciones en cuanto a la materia de CDSFC.

La LCDSFC nada especifica con relación a este particular, al momento de la perfección del contrato, y es por ello por lo que deberemos seguir el criterio del art.54.2 del CCo, y evidentemente del art. 1262 del CC, que han sido modificados por la LSSI, dotando a ambos artículos del mismo enunciado.

En materia de CDSFC se sigue el criterio de la "teoría de la expedición", según el cual:

---

<sup>588</sup> Cfr. Norma novena, Circular del Banco de España número 5/2012 de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

<sup>589</sup> Cfr. Capítulo I, «El contrato electrónico», apartado 4.1.2.

“En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos, hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación”.

Nuestro legislador, en la LCDSFC, aunque como hemos afirmado nada determina en cuanto al momento de la perfección del contrato, si parece optar por la teoría del conocimiento cuando al tratar el derecho de desistimiento en el art. 10.3 señala que la notificación del desistimiento se considerará realizada dentro de plazo si “...se hace en soporte de papel u otro soporte duradero, disponible y accesible al destinatario, y se envía antes de expirar el plazo”.

En consecuencia es el momento de la expedición de la decisión de querer ejercer el derecho de desistimiento, el determinante para considerar que el ejercicio de ese derecho se perfecciona.

El cliente aceptante será el que lleva a cabo el envío de su decisión de contratar. Desde su propio ordenador o sistema informático habrá tenido acceso a la información previa exigida, y tras su estudio, manifiesta su aceptación, enviando su decisión de contratar al oferente.

Esta “teoría de la expedición” es esencialmente favorable para el consumidor, toda vez que le permite conservar en su equipo informático, todos los datos relativos a envío de información, fecha y hora del envío de la aceptación, e incluso si el sistema y página *web* utilizada lo permite, fecha y hora de recepción del mensaje por parte del oferente.

Para la entidad financiera, esta “teoría de la expedición”, no resulta cómoda, dado que no podrá dar por cerrada una negociación o contrato iniciado a distancia con un cliente, hasta que no reciba el mensaje emitido por este en el que manifiesta su aceptación al contrato propuesto<sup>590</sup>.

#### **6.5. El incumplimiento de los deberes de información**

La información, el incumplimiento de los deberes de información previstos por nuestro legislador, podrá dar lugar a la nulidad del contrato, tal y como prevé el art.9.4 de la LCDSFC, que nos remite en consecuencia a la normativa general de los contratos, y en definitiva, permitirá en función de cada caso, determinar los efectos jurídico-civiles que se deriven del incumplimiento de los deberes de información precontractual.

---

<sup>590</sup> Cfr. TAPIA SÁNCHEZ, M. R.; «Protección del consumidor en la contratación a distancia de servicios financieros», «Derecho renovado del consumo», 2011, p. 248.

Toda la información previa al contrato, que debe contener al menos las exigencias previstas en los arts. 7,8 y 9 de la LCDSFC, es de vital importancia en la relación contractual dado que sobre la misma se sustenta la formación de voluntad de contratar el servicio financiero que es ofertado.

La comercialización a distancia de servicios financieros contemplada por la LCDSFC tiene al consumidor como destinatario final de los mismos, y aunque nuestro sistema legislativo tenga claramente separado el derecho competencial y el derecho contractual de consumo, interviniendo un consumidor, es perfectamente subsumible en el contrato de consumo toda la normativa que establezca requisitos de información bien se facilite esta por medio de comunicaciones comerciales, publicidad o medios telemáticos con intención de contratar<sup>591</sup>.

En las transacciones comerciales entre el proveedor del servicio financiero y el consumidor impera, no solo por un *motu proprio* empresarial, sino por imperativo legal, el deber de actuar conforme al principio de buena fe<sup>592</sup>.

Conforme a lo afirmado, debemos considerar como desleal, aquellas prácticas que resulten contrarias al principio de buena fe<sup>593</sup>, con especial apoyo en la que supone la norma de cierre que supone el art.4.1, II de la LCD<sup>594</sup>, y que viene a operar como cláusula general con consumidores<sup>595</sup>.

Este tipo de prácticas en la información, sea cual fuere el formato en que se facilitan por los empresarios o proveedores del bien o servicio, adquirirán relevancia jurídica en tanto incidan de alguna manera en la consumación del contrato, afecten de algún modo a la formación de voluntad del consumidor, quien

---

<sup>591</sup>Cfr. AVILÉS GARCÍA, J.; «Prácticas comerciales, publicidad y deberes precontractuales de información. Su ampliación a la comercialización de productos y servicios bancarios, financieros y de inversión», «La ampliación de los mecanismos de interpretación de los contratos con consumidores y usuarios», Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI), nº 746, Nov-Dic 2014, p. 2694.

<sup>592</sup> Cfr. TAPIA SÁNCHEZ, M. R.; «Protección del consumidor en la contratación a distancia de servicios financieros», «Derecho renovado del consumo», 2011, p.252.

<sup>593</sup> Cfr. Art.4.1, II de la LCD.

<sup>594</sup> Cfr.Art.4.1, II. “En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores”

<sup>595</sup> Cfr. AVILÉS GARCÍA, J.; «Prácticas comerciales, publicidad y deberes precontractuales de información. Su ampliación a la comercialización de productos y servicios bancarios, financieros y de inversión», «La ampliación de los mecanismos de interpretación de los contratos con consumidores y usuarios», Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI), nº 746, Nov-Dic 2014, p. 2695.

recibiendo una información errónea o tergiversada, emite su consentimiento aceptando un contrato, que no hubiera suscrito de haber recibido en su momento la información correcta sobre todas las circunstancias que rodean al mismo<sup>596</sup>.

El deber de veracidad del contenido de las comunicaciones comerciales, y la buena fe que debe regir en su comunicación, no solo atañe a la fase precontractual con una finalidad puramente comercial, sino que es extensible y debe presidir en todo momento la información durante la fase de la ejecución contractual, aunque en esta fase los errores de información puedan tener una trascendencia diferente, de menor calado salvo que afectaran a elementos esenciales del contrato.

El citado art.4.1, II de la LCD, no distingue en cuanto a que circunstancia objetiva contractual nos encontremos, sino que su sentido y razón es tutelar y de algún modo cerrar el cómo “debe ser” el comportamiento empresarial en las relaciones con consumidores y usuarios.

Los efectos que pueden derivarse del incumplimiento del deber de información precontractual en la materia de CDSFC, pueden ser efectos civiles, como responsabilidad por daños y perjuicios; efectos administrativos como prevé el art. 18.2 de la LCDSFC, y efectos incluso penales cuando nos encontramos ante falsificaciones o utilización fraudulenta de una técnica de comunicación a distancia.

#### 6.5.1 Efectos civiles por incumplimiento de los deberes de información

En cuanto a los efectos civiles derivados del incumplimientos de los deberes de información, esto es, la posible reclamación por daños y perjuicios, nada contempla la LCDSFC por lo que debemos considerar aplicable la normativa general del CC, en particular lo dispuesto en cuanto a la responsabilidad extracontractual y contractual, y partiendo del supuesto de culpa *in contrayendo* .

El CC no contempla la responsabilidad precontractual, que es cuando cronológicamente se produce el hecho que motiva la reclamación, y es por lo que en sede judicial deberemos plantear la acción como de responsabilidad contractual o extracontractual, debiendo establecer nítidamente el nexo causal entre carencia o defectuosa información, con los perjuicios ocasionados.

---

<sup>596</sup> Cfr. GÓMEZ CALLE, E.; «Responsabilidad precontractual», en TAPIA SÁNCHEZ, M.R.; «Protección del consumidor en la contratación a distancia de servicios financieros», «Derecho renovado del consumo», 2011, p. 252.

El texto normativo solo hace mención a la circunstancia de la carga de la prueba en cuanto que la misma recae sobre el proveedor de los servicios financieros (art.17 de la LCDSFC) quien debe probar que ha facilitado la información precontractual exigida, así como que el consumidor ha prestado su consentimiento para la celebración del contrato.

Hubiera sido deseable al trasponer la Directiva 2002/65/CE de 23 de septiembre, que nuestro legislador hubiera acometido la inclusión de un precepto que detallara el tipo de acciones que pueden ejercitarse y los supuestos de hecho, legitimación activa y pasiva, así como plazos para ejercitar las acciones que procedieren. La Directiva en sus considerando 29 a 34, y en su art. 13, facilita tal redacción, pues en cierto modo, anima a los Estados a hacerlo dentro de sus legítimas competencias legislativas nacionales.

El art.9.4 de la LCDSFC prevé que el incumplimiento de los deberes de información precontractual, podrá dar lugar a la nulidad de los contratos.

El término “podrá” sugiere que el incumplimiento del deber de información no los hace nulos radicalmente, sino anulables, remitiéndonos nuevamente a las normas generales del CC, pues la LCDSFC alude a la nulidad como una posibilidad, permitiendo que de algún se pueda salvar la validez en aquellos supuestos en que la omisión de la información, o parte de ella, pueda ser integrada tal y como prevé el art. 61 y 65 del TRLGDCU<sup>597</sup>.

En este sentido, deberá analizarse en cada supuesto, si la omisión de información o información limitada, afecta a elementos esenciales del contrato, pues siendo así, deberíamos considerar que el contrato es nulo radicalmente.

Tal y como esta redactado el texto legal, no parece que el término “podrá” sea afortunado, pues estando asociado a la nulidad radical del contrato, más bien parece o alimenta la opción de provocar en el afectado el inicio de algún tipo de acción mero declarativa (ejercida por quien ostente un interés legítimo, y no estando sometida a plazo ninguno) al objeto que la cuestión quede zanjada por los tribunales, pese a que la nulidad determina una absoluta ineficacia del contrato, sin necesidad alguna de ejercicio de acción en sede judicial<sup>598</sup>.

---

<sup>597</sup> Cfr. MARIMÓN DURA, R.; «La tutela del usuario en el contrato bancario», Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías (RDNT), nº 8 de 2010, p. 128.

<sup>598</sup> Cfr. DIEZ-PICAZO, L.; «Fundamentos de Derecho civil patrimonial», 1970, T.I, p.301 y ss., en MARIMÓN DURA, R.; «La tutela del usuario en el contrato bancario», Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías (RDNT), nº 8 de 2010, p. 127.

### 6.5.2 Efectos o responsabilidades administrativas por incumplimiento de los deberes de información

En cuanto a responsabilidades de tipo administrativo, la LCDSFC dedica un extenso art. 18 a las mismas.

Proceden las sanciones administrativas, independientemente de las acciones civiles que pudiere instar el consumidor, dado que las entidades financieras, en su comportamiento como institución financiera, responden ante un órgano supervisor de orden, disciplina y control, debiendo soportar las sanciones que en función de la calificación de gravedad de su comportamiento procedan.

El control que se pretende con estas sanciones, no es la protección del consumidor que ya se encuentra protegido con la posibilidad del ejercicio de las acciones civiles, sino adecuar el comportamiento de la entidad al texto normativo, y por ende, tutelar los intereses colectivos del mercado financiero con el objetivo que este opere con transparencia y corrección en la contratación.

Es de señalar como el art.18.2 de la LCDSFC, considera como normas de ordenación y disciplina "...a los requisitos de información previa al contrato establecidos en el artículo 7; a las obligaciones de comunicación de las condiciones contractuales y de la información previa reguladas en el artículo 9 y a las contenidas en el artículo 14 relativas a servicios no solicitados. Su incumplimiento será sancionado según lo establecido por la normativa sectorial correspondiente...".

Dada la especificidad de la norma, podemos considerar un acierto del legislador redundar en esta idea de consideración como normas de ordenación y disciplina, pues tanto en suministro de la información como el que quede constancia de las relaciones entre proveedor y consumidor en soporte duradero, supondrán a la postre los pilares sobre los que versará la protección del consumidor en la comercialización a distancia de servicios financieros

Para las entidades bancarias, estos incumplimientos descritos supondrán conforme a lo previsto en la Ley 26/1988 de 29 de julio de disciplina e intervención de entidades de crédito, la consideración de los mismos como de infracción grave.

Cuando se trata de entidades financieras, las sanciones administrativas de contenido exclusivamente económico, deben ir acompañadas de otras de orden competencial.

La sanción administrativa pasa por un proceso de calificación (leve, grave y muy grave) y cuantificación en función de la gravedad de la misma.

Nada obsta a que la sanción administrativa lleve aparejada otro tipo de sanción de mercado, mercantil, que afecten a su posición en el mercado en los supuestos de reiteración de incumplimientos, pues que duda cabe que si la sanción es únicamente económica, la cuantía de la misma es en cierto modo asumida comercialmente como un riesgo de mercado, capaz de asumirse cuando los beneficios obtenidos por un lanzamiento comercial ha sido claramente superiores.

Resulta cuando menos llamativo y confuso, lo previsto en el art. 18.5 de la LCDSFC que contempla el régimen sancionador.

En el citado precepto, art. 18.5 de la LCDSFC, se otorga al consumidor la posibilidad de rescindir el contrato en todo momento, sin gastos y sin penalización alguna.

El derecho de desistimiento esta contemplado en el artículo 10 de la LCDSFC (derecho de rescisión en la Directiva) siendo un tanto confuso encontrarnos con el término “rescisión” en el art. 18.5, pues es difícil establecer la frontera entre “desistir” y “rescindir”, cuando el efecto jurídico de su ejercicio es el mismo.

Se suscitan similares objeciones a lo inmediatamente estudiado en cuanto al art.9.4 de la LCDSFC en cuanto a que la omisión de los deberes de información precontractual “podrá” dar lugar a la nulidad del contrato, pues la previsión del artículo 18.5 de la LCDSFC no es sino una acción resolutoria con efectos civiles en la relación contractual y a la que no se fija plazo ni condiciones, no así el derecho de desistimiento que cuenta con un plazo de ejercicio determinado, y condiciones para su ejercicio.

Podría pensarse que la justificación de tal derecho de rescisión estuviera pensada para el supuesto que el proveedor hubiera cometido algunas de las infracciones previstas, o incumplido las obligaciones de información que establece la Ley, y se estableciera esta disposición a modo de “cláusula penal” para el proveedor.

No parece sea afortunado este apartado 5 del art. 18 de la LCDSFC, pues permitiría dejar el cumplimiento del contrato a voluntad de una de las partes y tal criterio contraviene lo dispuesto en el artículo 1256 de Código Civil: “La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.”



## **7. El derecho de desistimiento como mecanismo de protección del consumidor y usuario**

### **7.1 Notas previas**

Podemos calificar el reconocimiento de este derecho, junto con los deberes de información, como la máxima expresión de la protección del consumidor en la contratación a distancia.

No se trata de un derecho de resolución por incumplimiento de las obligaciones contraídas en la relación jurídica, sino, podemos decir, “una segunda oportunidad”, esto es, se concede al consumidor el derecho a “arrepentirse” tras haber firmado o suscrito un contrato a distancia en el ámbito de los servicios financieros (salvo en los supuestos tasados y lógicos regulados por la LCDSFC), sin necesidad de justificar el motivo y sin penalización alguna.

Se trata de una facultad que permite a uno de los contratantes, finalizar la relación obligatoria existente, mediante un acto enteramente libre y voluntario, sin necesidad de alegar una causa especial<sup>599</sup>, y se distingue de la figura de resolución por incumplimiento o la denuncia unilateral, propia de los contratos de tracto sucesivo y cuyo ejercicio deja en pie los efectos ya producidos. Para definir el derecho de desistimiento se vienen utilizando términos como “desistir”, “renuncia”.

Este derecho tiene su justificación en la necesidad de proteger al consumidor de una publicidad o presión comercial cada vez más insistente que llega a presentar al potencial cliente, un producto del que realmente conoce poco, y toma la decisión de contratar sin haber sopesado con serenidad todas sus ventajas e inconvenientes. Este sentir se ha plasmado tanto en los textos comunitarios como en los nacionales.

No se ha denominado terminológicamente de la misma manera, aunque el fondo y sentido sea el mismo, así se calificaba como “derecho de resolución” en la Directiva 97/7/CE<sup>600</sup>, y como “derecho de desistimiento” en la LOCM, TRLGDCU y LCDSFC.

Hay que ser cautos, pues aunque si bien se pretende dotar al consumidor de especial protección, dada su situación de desventaja en la relación jurídica, al

---

<sup>599</sup> Cfr. DÍEZ PICAZO, L.: “En la práctica jurídica y en el mundo de los negocios es frecuente utilizar la expresión “denuncia”, que, en la literatura jurídica, ha sido también utilizada en ocasiones para traducir la palabra alemana “*Kündigung*”, en «Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial», 1970, pp. 839 y ss.

<sup>600</sup> Cfr. Ley 3/2014 de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU, y transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, y por la que se deroga entre otras, la Directiva 97/7/CE, según la Disposición final quinta de la Ley 3/2014.

movernos en ámbitos como el de los servicios financieros, las excepciones al ejercicio del derecho son numerosas, no solo por las fluctuaciones del mercado y variación en las bases de referencia de determinados valores, sino por motivos de seguridad jurídica elementales, de lo contrario, generaríamos un clima de desconfianza tanto en proveedores como en clientes y mercados bursátiles de referencia, no solo nacionales, sino transfronterizos, de tal modo que esta forma de comercialización resultaría totalmente inoperante o fuera de sentido práctico y uso común.

El derecho de desistimiento es por tanto de ejercicio libre, sin necesidad de justificar causa alguna-*ad nutum*- y gratuito en cuanto no puede implicar penalización alguna<sup>601</sup>. Se trata de un derecho irrenunciable, y así se refleja en el TRLGDCU, en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (en adelante LOCM) y en la LCDSFC.

La ordenación legal de los contratos a distancia con consumidores viene regulada en el Título III del TRLGDCU, artículos 92 a 106, y debemos considerarlo de aplicación general en los supuestos de contratación a distancia, teniendo en cuenta evidentemente las particularidades de la normativa específica como es el caso de los servicios financieros, servicios de la sociedad de la información y comercio minorista.

La ordenación particular del derecho de desistimiento, como régimen general y supletorio, a su vez, se ha recogido en los arts. 68 a 79 del TRLGDCU.

En el art. 93 del TRLGDCU se abre el capítulo de excepciones de la aplicación de la ley, entre ellos el art. 93.1 b) en cuanto a las ventas celebradas en subastas, excepto las efectuadas por vía electrónica; art. 93 1.d) los contratos sobre servicios financieros, entre otros.

Vamos a encontrarnos con regulaciones específicas que de forma puntual tratarán la contratación a distancia y como por ejemplo, el plazo de desistimiento se ha unificado tras la reforma del TRLGDCU<sup>602</sup>, art.71.1 se concede un plazo de catorce días para desistir del contrato, igual que en la LCDSFC art. 10.1.

La dispersión legislativa es evidente, muestra síntomas de textos inacabados que precisan completarse de continuo, lo que genera una cierta inseguridad jurídica no solo en el destinatario final de la venta, el consumidor y usuario, sino en los mismos proveedores.

---

<sup>601</sup> Cfr. ARROYO APARICIO, A.; «Comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores según la Ley 22/2007 de 11 de julio», «Contratos mercantiles», 2009, Tomo I, p. 1498.

<sup>602</sup> Cfr. Ley 3/2014 de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU, y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 e 16 de noviembre.

En el marco del DCFR<sup>603</sup>, el derecho de desistimiento es contemplado en su anexo con un criterio amplio concibiéndose como un derecho a desistir del contrato o cualquier acto jurídico, limitándose su ejercicio mediante un plazo de tiempo limitado, como no podía ser de otro modo, y sin tener que justificar los motivos por los que se ejercita, teniendo como efectos la extinción de la relación jurídica entre las partes sin tener más consecuencia que la restitución de las mutuas prestaciones acordadas<sup>604</sup>.

## **7.2 Régimen jurídico del derecho de desistimiento y la contratación a distancia**

Tras la reforma del TRLGDCU operada por la Ley 3/2014 de 27 de marzo se da una nueva redacción al Libro Segundo, Título III del TRLGDCU en cuanto a los contratos celebrados a distancia y contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil.

Como ya hemos adelantado, se excluyen del régimen jurídico de la contratación a distancia los supuestos contemplados en el art. 93 del TRLGDCU.

Los motivos de las excepciones son diversos, las más de las veces por motivos puramente prácticos<sup>605</sup> pues nos encontraríamos con excesivos costes de información en la tramitación del contrato, en situaciones con consecuencias económicas muy difíciles de asumir como es el supuesto de contratos celebrados para la construcción de bienes inmuebles, pues plantearse el desistimiento tras concluir una edificación o bien cuando esta en fase de terminación, sería absolutamente inasumible. Se excluyen los contratos sobre servicios financieros que ya cuentan con una ley especial como es la LCDSF.

En cuanto a la excepción del derecho de desistimiento, el art. 103 del TRLGDCU, y dentro del Título III, Capítulo III de la ley, relativo a la contratación a distancia, contempla trece supuestos en los que el denominador común son las circunstancias ajenas a la voluntad de las partes, y a la tipología de contrato que haría injusto el ejercicio del citado derecho, dejando al proveedor en una absoluta situación de indefensión, y al destinatario, consumidor, le otorgaría una clara posibilidad de enriquecimiento injusto.

---

<sup>603</sup> Cfr. *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) (Marco Común Europeo de Referencia).

<sup>604</sup> Cfr. Anexo DCFR, Withdraw: “A right to “*withdraw*” from a contract or other juridical act is a right, exercisable only within a limited period, to terminate the legal relationship arising from the contract or other juridical act, without having to give any reason for so doing and without incurring any liability for non-performance of the obligations arising from that contract or juridical act. (II. – 5:101 to II. – 5:105)”.

<sup>605</sup> Cfr. GARCÍA VICENTE, J. R.; «La contratación con consumidores», «Tratado de contratos», 2009, Tomo II, p. 1560.

Algunas excepciones, por no decir todas las contempladas en el texto legal, buscan el equilibrio entre las partes, como son los supuestos contemplados en el texto legal y en particular, la letra b) de este artículo 103 del TRLGDCU en la que se hace referencia a productos, suministro de bienes, cuyo precio esta sujeto a fluctuaciones y que el empresario no puede controlar; en la letra c) se contempla el supuesto de productos, bienes, confeccionados a medida para el consumidor, y es evidente la excepción, pues el encargo se contrató sabiendo el tipo de mercadería que se compraba; la excepción i), hace referencia a los contratos de suministros de grabaciones sonoras, discos y programas informáticos por la evidente razón de la posibilidad de hacer copias, y en el mismo sentido la excepción j) contratos de suministro de prensa diaria; la excepción de la letra h), contemplará el supuesto de aquellos servicios contratados cuya ejecución ya hubiera comenzado.

Todos estos supuestos en los que se exceptúa la posibilidad de ejercitar el derecho de desistimiento, están cargados de evidente criterio práctico y económico.

Acotar de tal manera la actividad económica, no redundaría en beneficio para el consumidor, que encontrará menos posibilidades de contratar por la escasez de oferta ante las condiciones impuestas.

El no establecer límites al ejercicio del derecho a desistir sería antieconómico para el proveedor del servicio. El legislador, incluye también como excepción al ejercicio del derecho de desistimiento un supuesto que resulta sorprendente, como es el de los contratos de servicios de apuestas y loterías, sorprendente por la circunstancia que un consumidor medio pudiera entender que un resultado adverso le permitiera instar la resolución.

El derecho de desistimiento tal y como reconoce nuestro legislador en el art. 68.3 del TRLGDCU deberá seguir los dictados de, en primer lugar, de las disposiciones legales que lo establezcan en cada caso y en su defecto por lo dispuesto en este Título I, así el TRLGDCU mantiene el carácter de texto legislativo supletorio en defecto de disposición especial.

El derecho de desistimiento se caracteriza por ser de atribución *ex lege*, no nace de un reconocimiento contractual resultante del ejercicio de la autonomía de la voluntad, es, como enuncia el texto normativo (TRLGDCU), una facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado (art. 68.1 del TRLGDCU).

Su ejercicio es una facultad discrecional, sin necesidad de alegar causa alguna, esto es, como ya hemos comentado en este apartado, una “segunda oportunidad”, sin

que pueda encuadrarse en el supuesto del artículo 7.2 del CC que aludiría a un supuesto de abuso del derecho.

El derecho de desistimiento, es irrenunciable, y tampoco pueden establecerse pactos de renuncia, pactos que serán inválidos por imperativo legal, así los arts. 10 y 102.2 del TRLGDCU proclaman tal irrenunciabilidad de los derechos reconocidos en el texto legal, y en particular del de desistimiento; asimismo, la LCDSF en la misma línea contempla la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos en el texto normativo, entre ellos, el derecho de desistimiento respecto de cuyo ejercicio se establecen determinadas excepciones en el art. 10.2 del texto legal.

En el marco de los instrumentos europeos de derecho contractual es de significar el objetivo por la armonización total de los derechos de los consumidores en el colectivo y área de consumo de toda la Comunidad Europea<sup>606</sup>, de tal forma que, se puedan establecer un mínimo de derechos de los consumidores no modificables en un nivel inferior ni si quiera contractualmente, amparándose en el principio de la autonomía de la voluntad y libertad contractual.

La Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011<sup>607</sup> sobre los derechos de los consumidores es la más reciente regulación en cuanto al derecho de desistimiento, y la contratación a distancia, entrando en vigor el 12 de diciembre de 2011 estableciéndose en el art. 28 de la misma, que los Estados miembros deberán adoptar las medidas legislativas para que sea de aplicación a partir de 13 de junio de 2014, debiendo adoptar y publicar antes de 13 de diciembre de 2013 las disposiciones legales y reglamentarias necesarias para dar cumplimiento a los establecido en la presente Directiva.

Esta Directiva 2011/83/UE de 25 de octubre, derogará las restantes directivas vigentes en esta materia, y con un afán de armonización total dado su destino de armonización total en beneficio de la seguridad jurídica tanto para empresarios como consumidores, haciendo especial hincapié en los contratos celebrados a distancia y fuera de establecimiento mercantiles, así como especial atención a las cláusulas abusivas contenidas en los contratos celebrados con consumidores.

---

<sup>606</sup> Cfr. COSIALS UBACH, A.; «Revista de derecho comunitario Europeo», nº 43, septiembre/diciembre 2012, pp. 1047-1075.

<sup>607</sup> Cfr. Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

Nuestro legislador inicia estos requerimientos con fecha de 22 de octubre de 2013 con el proyecto de Ley 121/000071 por el que se modifica el TRLGDCU y otras leyes complementarias, y que culmina con la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

### **7.3 Características del derecho de desistimiento**

#### 7.3.1 Atribución y ejercicio del derecho de desistimiento

Como ya hemos afirmado, la atribución de este derecho es *ex lege* a tenor de lo dispuesto en el art. 68 del TRLGDCU, teniendo en cuenta el art. 60.2 del mismo cuerpo legal en cuanto a la información previa al contrato, y el art. 97 del texto legal con relación a la contratación a distancia.

Que el reconocimiento del derecho desistimiento se refleje en el contrato no debe confundirnos en cuanto a su atribución por voluntad de las partes, sino por exigencia del deber de información precontractual al que se hace referencia en el art. 60.2, g) del TRLGDCU.

Este deber de información en el que se hará mención al derecho de desistimiento determinará que, su incumplimiento, supondrá ampliar el plazo de vigencia del derecho a desistir como se establece en el art. 71.3 del TRLGDCU, pasando de los catorce días hábiles fijados por el art.71.1 del TRLGDCU a los doce meses para el supuesto que el empresario hubiera omitido cumplir con el deber de información y documentación sobre el derecho a desistir.

Independientemente de los plazos otorgados al consumidor para ejercer el derecho de desistimiento, siempre tiene abierta la posibilidad de ejercitar la vía de la invalidez contractual conforme a las reglas y disposiciones del CC, arts. 1300 y siguientes.

En la atribución del derecho a desistir, señalar la posibilidad que se contempla en el TRLGDCU en el art. 79 en cuanto a aquellos supuestos que si bien no se contempla específicamente en el contrato la posibilidad del ejercicio del derecho a desistir, si se ofrece en la oferta, promoción o publicidad, la posibilidad de su ejercicio, pudiéndose incorporar al contrato con las mismas condiciones y pautas que se establecen en el TRLGDCU.

En cuanto a la forma de ejercitar el derecho de desistimiento, no se establece en particular modalidad alguna, siendo para el legislador suficiente, el acreditar de algún modo válido en derecho (burofax, escrito certificado, documento notarial, e mail, entre

otros) la voluntad de desistir comunicándoselo al proveedor del bien o servicio (art. 70 del TRLGDCU).

Evidentemente el proveedor debe ser conocedor de la voluntad de ejercitar el derecho, y deberíamos considerar que le vincula no solo desde la firma del contrato, sino también desde el momento en el que el usuario o consumidor ha notificado su voluntad de ejercitar el derecho a desistir, y el proveedor no puede ignorarla sin faltar al principio de buena fe.

### 7.3.2 Plazo de ejercicio

#### 7.3.2.1 Regulación nacional

##### 7.3.2.1.1 En el TRLGDCU

Su determinación o cuantificación, también *ex lege* tiene manifestación normativa en el art. 71 del TRLGDCU dedicado al plazo de ejercicio del derecho de desistimiento.

En líneas generales a tenor de lo dispuesto en el nº 1 de este artículo 71 del TRLGDCU<sup>608</sup>, el consumidor y usuario dispondrá de un plazo mínimo de catorce días hábiles para ejercer el derecho de desistimiento, siendo la ley del lugar donde se hubiera celebrado el contrato, la que determinará que días deben considerarse hábiles, comenzando a contar el plazo, *dies a quo*, desde la recepción del bien objeto del contrato, siempre que el empresario haya cumplido con los deberes de información y documentación establecidos en el art.69.1 del mismo texto legal<sup>609</sup>, o bien, el plazo comenzará a contar desde la celebración del mismo si el objeto del contrato fuera la prestación de servicios.

Si el empresario ha incumplido los deberes de información y documentación exigido por el TRLGDCU en sus art. 60 y 69 con relación al derecho de desistimiento, el plazo para su ejercicio se finalizará doce meses después de la fecha de expiración del periodo de desistimiento inicial, comenzándose a contar desde que se entregó el bien contratado, o se hubiera celebrado el contrato para el supuesto que el objeto del contrato fuera la prestación de servicios. Para el supuesto, que el obligado en su deber de información cumpla dentro de este plazo de 12 meses, el cómputo del plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento comenzará a contar a partir de ese momento<sup>610</sup>.

---

<sup>608</sup> Cfr. Art.71.1 del TRLGDCU, modificado por la Ley Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

<sup>609</sup> Cfr. Art. 69.1 del TRLGDCU.

<sup>610</sup> Cfr. Art. 71 del TRLGDCU y DCFR, Art. II- 5:103.2.

Estos nuevos plazos son los operados tras la reforma ya citada del TRLGDCU, en cumplimiento de transposición de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del parlamento Europeo y del Consejo.

Nuestro legislador ha cumplido en plazo en cuanto a trasponer a nuestro derecho interno la citada Directiva, que pretende adaptar al marco común europeo, unos mismos plazos con los que operar en todo el espacio comunitario. Estas adaptaciones representan un paso más en el avance hacia el DCFR<sup>611</sup>, contar con un acervo comunitario en el que conseguir y plasmar los mayores grados de seguridad jurídica posible.

Para determinar si el usuario y consumidor ha ejercitado el derecho de desistimiento en tiempo, deberemos tener en cuenta la fecha de expedición de su manifestación de voluntad de desistir como establece el art.71.4 del TRLGDCU.

En el cómputo del plazo, el *dies a quo*, a partir del momento de la recepción o entrega de la cosa tiene su sentido en la finalidad del otorgamiento mismo del derecho y en la tipología de contrato, pues en supuestos de contratación distancia, el cómputo del plazo no puede ser otro, más que a partir de la recepción de la cosa dado que solo es cuando es tangible el bien objeto contrato, cuando podemos plantearnos el ejercitar el derecho a desistir.

El contar con plazos legalmente establecidos, no impide a las partes convencionalmente acordar ampliarlos, y en su caso, establecer las pautas para su ejercicio, siempre que sean más favorables para el consumidor, pero no restrictivas de derechos en ningún modo.

#### 7.3.2.1.2 En la LCDSFC

Se ha optado tanto en el texto comunitario, como en su transposición al ordenamiento jurídico español, por un plazo para su ejercicio, contemplado en el art. 10 de la LCDSFC, y este es el de catorce días naturales, pudiendo en consecuencia darse el supuesto de ejercer el derecho de desistimiento en día festivo, que es natural, aunque no laborable.

Si bien el plazo general es el de catorce días naturales, existirá un plazo especial de treinta días para los contratos que están relacionados con seguros de vida.

---

<sup>611</sup> Cfr. DCFR (*Draft Common Frame of Reference*).



El legislador español, en este supuesto especial o particular contemplado para los supuestos que el servicio financieros referido a los supuestos de seguros de vida, es divergente en cuanto a lo previsto en la Directiva 2002/65/CE de 23 de septiembre, de comercialización de servicios financieros a distancia destinados a consumidores, que también contempla esta posibilidad para los supuestos de jubilaciones personales, aspecto este que se excluye en la LCDSFC; “ ...Sin embargo, dicho plazo deberá ampliarse hasta treinta días naturales en el caso de contratos relacionados con seguros de vida contemplados en la Directiva 90/619/CEE y jubilaciones personales.” (art. 6.1 de la DCDSFC).

Estas jubilaciones personales, son los llamados “planes de pensiones”, habiéndose excluido de la LCDSFC a los planes de pensiones contra el criterio y espíritu de la Directiva<sup>612</sup>, motivo este por el que la Comisión ha iniciado procedimiento de infracción contra Bélgica, España, Italia, Letonia, Países Bajos, por no cumplir con lo dispuesto en la Directiva.

El *dies a quo* comenzará a correr desde el día de la celebración del contrato, salvo en el supuesto de seguros de vida, en el que el plazo comenzará a partir del momento en que el proveedor informe al consumidor de que el contrato ha sido celebrado. No obstante, si el consumidor no hubiera recibido las condiciones contractuales y la información contractual indicada en el artículo 7.1 de la Ley, el plazo para ejercer el derecho de desistimiento comenzará a contar el día en que se reciba la citada información” (art.10 n° 1, III, de la LCDSFC).

En cuanto a la forma o modo de manifestar o ejercer el derecho de desistimiento se establece en la LCDSFC que se comunique al proveedor en los términos previstos por el contrato; antes que finalice el plazo previsto para su ejercicio, y que esta comunicación se haga por cualquier modo admitido en Derecho y que permita dejar constancia de la notificación.

Se considera que la notificación ha sido hecha dentro del plazo si se hace en un soporte de papel o sobre soporte duradero, disponible y accesible al destinatario, y se envía antes de expirar el plazo; convirtiéndose este aspecto, el envío, en lo fundamental de la formalidad.

---

<sup>612</sup> Cfr. La Comisión inicia procedimientos de infracción contra Bélgica, España, Italia, Letonia, Países Bajos y Suecia, por la incorrecta adaptación al derecho interno e la Directiva 2002/65/CE, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros, y con relación a España “En España, parece que, contrariamente a lo dispuesto en la Directiva, los consumidores no pueden rescindir los contratos relativos a planes de pensiones” Bruselas, 8 de Octubre de 2009, IP/09/1450.

Estas formalidades previstas en la Ley, y solo a título de comparación, no se contemplan por ejemplo en otros textos legales como el TRLGDCU, que establece la libertad de forma, bastando que se acredite en cualquier forma admitida en Derecho, considerando se ha ejercido en plazo y válidamente, si se ha enviado el documento de desistimiento al proveedor, o bien se han devuelto los bienes recibidos.

En el supuesto particular de servicios financieros, la especialización y disposición legal está de sobra justificada por el tipo de producto que se está comercializando, distinto de los supuestos que puede contemplar el TRLGDCU como es la entrega de bienes o mercancía.

Se establecen en el texto legal exclusiones, o excepciones, en cuanto a la posibilidad de ejercicio del derecho de desistimiento, y es preciso analizarlo detenidamente.

La Directiva 2002/65/CE en el artículo 6 establece unos supuestos, excepciones *ex lege.*, artículo 6.2, y otros supuestos en los que concede libertad a los estados miembros para establecer la excepción al ejercicio del derecho de rescisión (rescisión en la Directiva, y de desistimiento en la LCDSFC) <sup>613</sup> en los determinados supuestos que enumera, y que básicamente serán los relativos a créditos destinados principalmente a la adquisición o conservación de derechos de propiedad en terrenos o en inmuebles existentes o por construir. El legislador español, también contempla y sigue este criterio en la LCDSFC en el artículo 10, número 2, apartado d).

En la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2002/65/CE de 23 de septiembre, a través de la LCDSFC, se sigue lo dispuesto en la Directiva, pero incluyéndose dos supuestos que no se contemplan en aquella como son:

- a) “los contratos referenciados a índices, precios o tipo de interés de mercado” y
- b) “los contratos vinculados, en los que al menos, uno de los negocios jurídicos suponga una transacción de las anteriormente mencionadas” (art. 10.2 apartado a) números 8 y 9 de la LCDSFC).

Estos supuestos, en los que no se podrá ejercer el derecho de desistimiento están justificadas al objeto evitar las especulaciones en torno a unos servicios, productos, que se desenvuelven en mercados muy rápidos y ágiles, de tal forma, que de conceder esta posibilidad al consumidor, cuando las circunstancias del mercado no

---

<sup>613</sup> Cfr. Directiva 2002/85/CE Artículo 6.2, y 6.3.

le fueran especialmente favorables, no pudiendo especular con el precio, decidiera desistir del contrato, en beneficio propio y perjuicio claro del proveedor del servicio<sup>614</sup>.

Se exceptúa también ejercicio del derecho de desistimiento, determinados contratos de seguros, los de viaje o equipaje de una duración inferior a un mes; aquéllos cuyos efectos terminen antes del plazo al que se refieren el apartado 1 del artículo 10 LCDSFC.

De la lectura de la Directiva 2002/65/CE artículo 6, nº 2, apartado b), observamos como el legislador español ha ampliado la excepción a las pólizas de seguros de viaje, a otros supuestos.

Se opta por excluir del ejercicio del derecho de desistimiento los supuestos de aquellos “contratos que se hayan ejecutado en su totalidad por ambas partes a petición expresa del consumidor antes de que éste ejerza su derecho de desistimiento, como las órdenes de transferencia y las operaciones de gestión de cobro” (art. 10, número 2, apartado c) de la LCDSFC).

### 7.3.2.2 Regulación europea

La Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores de 25 de octubre, establece en su art. 9, nº, un plazo de 14 días, de caducidad<sup>615</sup> para desistir (*withdrawal*) de un contrato a distancia o celebrado fuera de establecimientos mercantiles<sup>616</sup>, sin justificar causa alguna y sin deber de soportar coste distinto de los previstos en la citada normativa.

Este plazo de caducidad no lo es de preclusión, que supone el límite temporal dentro del cual se puede ejercitar el derecho de desistimiento, y más allá de ese plazo, no existe ya posibilidad alguna de ejercitarlo por evidentes razones de seguridad jurídica.

---

<sup>614</sup> Cfr. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.; «Artículo 45. Excepciones al derecho de desistimiento», Comentarios a la Ley de ordenación del comercio minorista (Coord. R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO y LEGUINA VILLA, J.), 1997, p.720; DÍEZ SOTO, C. M., «Art. 44. Derecho de desistimiento», p.725 al aludir a las excepciones a la LOCM, si bien aplicables en este punto; en la cita de pie de página (466) de FERNÁNDEZ PÉREZ, N.; «El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores. Especial referencia a la relativa a los servicios financieros», La Ley 2009, p.317.

<sup>615</sup> Cfr. GARCÍA VICENTE J.R. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A.; vid. GARCÍA VICENTE, J.R.; «Art. 71», BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. en «Comentario del texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias», 2009, p. 856; en COSIALS UBACH, A., Revista de derecho comunitario europeo, nº 43, septiembre/diciembre 2012, p.1050, nota pie de página nº 10.

<sup>616</sup> Cfr. Art. 9 Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores.

En cuanto al plazo de preclusión, decir que supone el mejor medio de evitar el abuso de derecho frente a la buena fe de la otra parte, y fortalecer la confianza contractual en las relaciones jurídicas entre particulares, consiguiendo en suma crear un clima de certeza y seguridad jurídica.

La Directiva 2011/83/UE establece en su artículo 10 que para el supuesto que el comerciante no hubiera facilitado al consumidor la información exigida sobre el ejercicio del derecho de desistimiento, tal como se establece en el artículo 6, apartado 1, letra h), el período de desistimiento expirará 12 meses después de la fecha de expiración del período de desistimiento inicial. Este mismo precepto establece, que cuando la información referida se facilite dentro del período de 12 meses, el derecho de desistimiento expirará a los 14 días de la fecha en que el consumidor reciba la información.

En el Proyecto Marco Común de Referencia (DCFR) artículo II-5:103.3 se establece un período de preclusión de no más de un año desde la celebración del contrato, en la misma línea que la Directiva 2011/83/UE, pero ésta no se refiere expresamente al concepto preclusión<sup>617</sup>.

El plazo de caducidad de 14 días es común en la mayoría de las Directivas que atienden la materia de consumo, así la Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de Enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio, permite desistir del contrato en emplazo de catorce días naturales.

En el mismo sentido la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, pero computándose días civiles (desde la medianoche, hasta la siguiente media noche), no descontándose las jornadas que coincidan en día festivo nacional o regional. Este mismo criterio es el que sigue el DCFR en el art. I-1:110.5, remarcando claramente que los plazos incluirán los sábados, domingos y días que por cualquier otro motivo fueren festivos, siempre y cuando no se diga lo contrario o se haga especial referencia a días laborales.

En la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores y transpuesta al ordenamiento jurídico español por la ley

---

<sup>617</sup> Cfr. COSIALS UBACH, A.; Revista de Derecho Comunitario Europeo, n° 43, septiembre/diciembre 2012, pp. 1050 y ss. en su referencia nota pie de página n° 10.

22/2007 de 11 de julio (LCDSFC), se fija un plazo refiriéndose al derecho de rescisión, término idéntico desistimiento, de catorce días naturales para rescindir el contrato a distancia, sin indicación de los motivos y sin penalización alguna. Sin embargo, dicho plazo deberá ampliarse hasta 30 días naturales en el caso de contratos relacionados con seguros de vida contemplados en la Directiva 90/619/CEE y jubilaciones personales.

Este criterio no se sigue en el DCFR en el art. II-5:103 ni tampoco en la Comunicación de la Comisión sobre la futura Directiva.

La LCDSFC sigue el criterio de la Directiva 2002/65/CE, optándose por un plazo para su ejercicio de 14 días naturales, pudiendo en consecuencia darse el supuesto de ejercer el derecho de desistimiento en día festivo, que es natural, aunque no laborable. Si bien el plazo general es el de 14 días naturales, existirá un plazo especial de 30 días para los contratos que están relacionados con seguros de vida.

En el DCFR se establece en el art. II-5:103.2 un plazo de catorce días y diferentes supuestos de *dies a quo* :

- a) a la conclusión del contrato
- b) cuando la otra parte ha recibido la información sobre el derecho de desistimiento, y
- c) cuando el objeto principal del contrato es la entrega de bienes, cuando los bienes se han recibido.

En cuanto al *dies ad quem*, tanto la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores de 25 de octubre, en su art. 10, como el DCFR, en su art. 5:103.4, establecen que ese plazo no puede ser superior a un año después de la conclusión del contrato.

El plazo que se pretende por la Comisión Europea, siempre de catorce días naturales en los instrumentos europeos de derecho contractual, tiene un claro objetivo de armonización total en cuanto al período para desistir en evitación de alteraciones en las futuras transposiciones a los distintos ordenamientos jurídicos.

#### 7.3.2.3 El *dies a quo* en la normativa europea

7.3.2.3.1 La Directiva 2008/122/CE de 14 de enero de 2009 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de

aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio.

El denominador común del legislador comunitario es el de la armonización total en cuanto a determinar el *dies a quo*, con las salvedades que la normativa específica exigiría en cada caso.

Prevé dos momentos diferentes para iniciar el cómputo del plazo.

A tenor de lo dispuesto en el art.6.2. a), el plazo se iniciará a contar a partir del día de la celebración del contrato o de cualquier contrato preliminar vinculante, salvo el caso, que la entrega del contrato principal o preliminar se produzca con posterioridad al momento de la celebración del contrato, siendo en consecuencia este el momento al partir del cual debemos tener en consideración el inicio del cómputo del plazo<sup>618</sup>.

7.3.2.3.2 La Directiva 2008/48/CE de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo.

Se fija un momento crucial como es el de la suscripción del crédito como no podía ser de otro modo, con la particularidad de postergarse ese momento cuando la entrega de las condiciones del crédito se produce posteriormente, y el mismo criterio sigue la Directiva para el supuesto que se hubiera demorado la entrega de la información prevista en el art. 10 de la Directiva, siendo el momento de la entrega el del inicio del cómputo.

Debido a esta circunstancia, el empresario deberá estar atento a esta obligación, dado que de no cumplirla a tiempo, puede encontrarse en el límite de la preclusión, pues las exigencias del art.10 de la Directiva van encaminadas a la protección de los derechos del consumidor.

7.3.2.3.3 La Directiva 2002/65/CE de 23 de septiembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores

Se establecen también dos momentos para el inicio del cómputo del plazo del ejercicio del derecho de desistimiento como serían el de la suscripción del contrato, y del de la recepción por parte del consumidor de las condiciones contractuales, si se produce en momento posterior a la celebración del contrato.

---

<sup>618</sup> Cfr. COSIALLS UBACH, A.; Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 43, septiembre/diciembre 2012, p. 1058.

La especialidad de la materia sobre la que versa esta Directiva, hace que nos encontremos con particularidades como es el supuesto de los contratos sobre seguros de vida en los que los plazos comienzan a contar no desde que se suscribe el contrato, el documento, sino desde el día en que se informe al suscriptor que el contrato ha sido celebrado, y no obstante, si el suscriptor no hubiera recibido la información contractual exigida, el plazo para ejercer el derecho se demorará hasta su recepción.

Al tratarse de contratación a distancia, sin la presencia física de las partes, la información deberá facilitarse mediante soporte de papel u otro soporte duradero accesible para el consumidor, salvo que el contrato, a petición del consumidor, se hubiera celebrado mediante una técnica de comunicación a distancia que no permita transmitir las condiciones contractuales y la información mediante dichos soportes, pensemos en la comunicación telefónica en la que se informa verbalmente de las condiciones contractuales y de la información exigida, estableciendo el inicio del cómputo del plazo a partir del momento que esa comunicación telefónica se ha concluido.

7.3.2.3.4 En el Proyecto Marco Común de Referencia (Draft Common Frame of Reference-DCFR).

En el art. II.-5:103.2 se prevén diferentes momentos para el inicio del cómputo del plazo: la conclusión del contrato, la recepción de la información sobre el derecho de desistimiento y la recepción de los bienes objeto del contrato.

Por conclusión del contrato, entiende el DCFR<sup>619</sup> que un contrato se ha concluido si las partes pretenden configurar una relación jurídica mutua vinculante o provocar algún otro efecto legal, lo que debe entenderse como voluntad y decisión para obligarse, conteniendo ese acuerdo los requisitos mínimos, suficientes, para poder entender estamos en presencia de un acto negocial real. Será ese momento a partir del cual comienza a transcurrir el tiempo para el ejercicio del derecho de desistimiento.

Debemos tener en cuenta que los Estados miembros, pueden establecer exigencias distintas sobre que debe considerarse requisitos mínimos, y suficientes para entender concluido el contrato.

La recepción de la información por parte del consumidor, y no la emisión de la misma, se establece en el art. II.- 5:103 b) del DCFR como otro de los momentos a partir del cual se inicia el cómputo del plazo, lo que obliga al proveedor a utilizar un medio de comunicación, notificación más en puridad, que le asegure la recepción por

---

<sup>619</sup> Cfr. DCFR Libro II, Capítulo IV, art. II. – 1:101: *Meaning of “contract” and “juridical act”*.

el consumidor, pues la carga de la prueba versará sobre el proveedor; en el texto se determina que el proveedor debe informar adecuadamente, lo que añade un deber de diligencia mayor en la obligación de informar.

En aras de la seguridad jurídica, y para el supuesto de encontrarnos con un contrato escrito, es deseable que esta información sobre el derecho de desistimiento constara en el mismo contrato, no fraccionando indeseablemente la voluntad contractual en momentos diferentes.

Puede ocurrir, y será la excepción, que las partes acuerden verbalmente estos requisitos contractuales, lo que provocaría que por ejemplo el proveedor no tendrá medio de prueba para hacer valer que ha comunicado al consumidor y este ha recibido, las condiciones contractuales o la información sobre el ejercicio del derecho de desistimiento, salvo que hubieran acordado que la conversación se grabara.

La posibilidad del ejercicio del derecho de desistimiento se da en cualquiera de los 14 días siguientes a la conclusión del contrato o entrega de los bienes, no teniendo que esperar a recibir la información por parte del proveedor; el no suministro de información por parte del proveedor motivará que el plazo para ejercer el derecho se extienda a un año, mientras no suministre adecuadamente la información exigida.

El siguiente artículo del DCFR, el art. II.- 5:104 determina qué debe entenderse por “información adecuada”, como debe transmitirse (en lenguaje comprensible); como debe ejercitarse el derecho de desistimiento; cual es el plazo para ejercer el derecho; a quien debe dirigirse la comunicación de la pretensión de ejercitar el derecho, indicándose el nombre y dirección del destinatario de la pretensión, y la obligatoriedad de que la citada información sea facilitada por escrito o soporte duradero.

La entrega de los bienes, y entendiendo por bienes únicamente los objetos muebles corporales,<sup>620</sup> es el tercer supuesto previsto en el art. II.-5:103.c) como momento a partir del cual se inicia el cómputo del plazo para ejercer el derecho de desistimiento.

A la conclusión del contrato, por ejemplo el de compraventa, relación jurídica bilateral, simultáneamente al pago de precio, se produce la entrega del bien adquirido, salvo que las partes hubieran pactado diferir la entrega por circunstancias diversas como puede ser no tener en *stock* el bien en ese preciso instante, siendo en este caso, el momento de recepción del bien por parte del consumidor el que debe considerarse como entrega del bien, no cuando pagó a la conclusión del contrato.

---

<sup>620</sup> Cfr. DCFR Anexo.



7.3.2.3.5 La Directiva 2011/83/UE del parlamento europeo y del consejo de 25 de octubre sobre los derechos de los consumidores.

Se contempla, dentro de las obligaciones previas de información al consumidor, art.6. h), la obligación de informar sobre la existencia del derecho de desistimiento así como la de su plazo, lo que supondrá mayor certeza para el consumidor en cuanto a la existencia de tal derecho y su plazo de ejercicio, redundando en el mismo sentido el artículo 9 en cuanto al derecho de desistimiento estableciendo un plazo de 14 días, y el artículo 10, “Omisión de información sobre el derecho de desistimiento”, en cuanto a las consecuencias que tiene para el citado plazo el haber omitido los deberes de información del artículo 6.h) lo que supondrá que el período de desistimiento expirará, precluye, a los 12 meses después de la fecha de expiración del período de desistimiento inicial.

La información debe ser la “adecuada”, en la línea del DCFR, aunque esta Directiva sobre los derechos de los consumidores no lo manifieste expresamente; deberá ser veraz, útil, utilizable y usada, términos que definen como modelar el contenido de la información a facilitar al consumidor.

7.3.2.3.6 En la propuesta de ley común de compraventa europea (*Common European Sales Law-CESL*).

Esta propuesta<sup>621</sup> nace con el objetivo de unificar los criterios en las transacciones entre comerciantes y consumidores, compraventa, limando las diferencias y barreras que las diferentes legislaciones nacionales presentan para el día a día del comercio transfronterizo, ayudando a los comerciantes en sus transacciones y facilitar, y animar, a los consumidores para incrementar sus compras en el extranjero.

La propuesta prevé, en su art. 42, diferentes momentos en cuanto al cómputo del plazo, dependiendo de si se ha cumplido o no, con los deberes de información.

Para el caso que el proveedor hubiera cumplido con los deberes de información adecuados sobre el ejercicio y existencia del derecho de desistimiento, la propuesta contiene hasta siete supuestos de *dies a quo* fijándose en los momentos determinantes del contrato suscrito. Así en la compraventa de bienes que incluyan servicios, el *dies a quo* será el día de la entrega de los bienes al consumidor.

---

<sup>621</sup> Cfr. Comisión Europea, Bruselas, 11.10.2011 COM (2011), 636 final, de de comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones. Una normativa común de compraventa europea para facilitar las transacciones transfronterizas en el mercado único

En los supuestos que la compraventa verse sobre un pedido en el que se obliga al vendedor a entregar diferentes bienes, y no puedan hacerse la entrega en el mismo acto por motivos de *stock* o transporte, el *dies a quo* será el día de la entrega del último de los bienes a que se hubiera obligado a entregar, y lo mismo ocurrirá cuando se trata de compraventa en la que existen diferentes componentes o piezas, que no se entregan en el mismo momento de la conclusión del contrato, determinándose el *dies a quo* el día que se entrega la última pieza comprometida.

Dada la versatilidad y pluralidad de bienes circulantes en el mercado, debemos pensar en un concepto de bienes materiales en sentido amplio como es el supuesto de los contratos de suministro de contenidos digitales<sup>622</sup> en soporte material, en los que el *dies a quo* se contempla de la misma manera que para la compraventa, el día de la entrega del soporte material, pues el contenido del soporte material, objeto del contrato, deberá comprobar el consumidor en momento posterior si se adecua a lo pactado y así poder plantear o no su derecho de desistimiento.

Para el supuesto que el empresario facilite la información sobre el derecho de desistimiento en momento posterior a la conclusión del contrato, dentro del plazo de preclusión del contrato, el *dies a quo* será el día que el consumidor reciba la información, lo que nos sitúa en la misma línea de los demás instrumentos de Derecho contractual europeos.

#### 7.3.2.4 El *dies ad quem* en la normativa europea

7.3.2.4.1. En las Directivas europeas especiales en materia de consumo.

En la Directiva 2008/122/CE del parlamento europeo y del consejo de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio, sin establecer circunstancia concreta en cuanto al vencimiento del plazo, determina que para el supuesto que el consumidor pretenda ejercer el derecho de desistimiento notificará su decisión al comerciante, en papel o en cualquier otro soporte duradero, antes de que expire el plazo de desistimiento<sup>623</sup>. A tenor de este

---

<sup>622</sup> Cfr. FELTKAMP, R., VANBOSSELE, F.; «The Optional European Common Sales Law: Better Buyer's Remedies for Seller's Non-Performance in Sales of Goods», *European Review of Private Law*, 2011, p.881-883, en COSIALS UBACH, A., *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 43, septiembre/diciembre 2012, página 1067, nota pie de página n° 52.

<sup>623</sup> Cfr. Art. 7, Directiva 2008/122/CE.

precepto, el consumidor estará dentro del plazo siempre y cuando hubiera enviado la notificación al proveedor dentro del plazo para ejercer el derecho de desistimiento.

Surgen evidentes problemas de prueba e cuanto a la notificación y recepción de la misma, y que el legislador europeo no contempla, remitiéndonos en supuestos de sede judicial a los medios probatorios aceptados en la ley rituaria civil.

Debería entenderse para el supuesto de notificar mediante envío postal, la fecha del acuse de recibo o de la certificación de la carta, como la determinante para acordar que la notificación no es ex temporánea. El comerciante podría alegar que el envío postal se ha recibido, pero no contener la misma notificación alguna en cuanto a la intención de desistir del contrato. Esta circunstancia puede quedar salvada con los envíos en los que se solicita el acuse de recibo del contenido.

Asimismo, en las notificaciones también válidas, como son vía correo electrónico, una caída de servidor daría al traste con la acreditación de la recepción por parte del proveedor, aunque a efectos probatorios, tendría validez la identificación del momento, y página *web*, en la que el consumidor ha entrado y enviado tal notificación, pues el correo electrónico original del consumidor deja rastro y mantiene la fecha y hora en que el mismo se ha enviado, independientemente de las posibles caídas de línea o problemas de servidores.

La Directiva 2008/48/CE de 23 de abril, relativa a los contratos de crédito al consumo, es ciertamente plausible en cuanto a como contempla la determinación del plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento, dada la especialidad de la materia como son los créditos al consumo y el bien, u objeto del contrato, que es la financiación o entrega de efectivo.

En base a lo antedicho, se considerará que se ha respetado el plazo si la notificación se ha enviado antes de la expiración del plazo, siempre que haya sido efectuada mediante documento en papel o cualquier otro soporte duradero a disposición del prestamista y accesible para él (art. 14, número 3, apartado a), de la Directiva 2008/48/CE).

Dentro del ámbito financiero, en la Directiva 2002/65/CE de 23 de septiembre sobre la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores, el artículo 6.6 *in fine* considera que la notificación se ha efectuado dentro del plazo establecido siempre y cuando se haga mediante un soporte de papel o sobre otro soporte duradero, disponible y accesible al destinatario, y siempre que se haga antes de expirar el plazo.

7.3.2.4.2 En el Proyecto Marco Común de Referencia (DCFR).

Se regula el plazo del derecho de desistimiento con claridad en el art. II.-5:103, estableciéndose el determinante de 14 días y para los supuestos previstos en el apartado (2) de este artículo (desde la conclusión del contrato, desde la recepción de la adecuada información por parte del proveedor y desde la recepción de los bienes objeto de contrato)<sup>624</sup> y fijándose un plazo de preclusión de un año en evitación de ejercicio indeseado del derecho de desistimiento.

Los días, son días naturales, lo que supondrá para calcular el *dies ad quem* determinar el plazo calculando desde la fecha del supuesto determinado (desde la conclusión del contrato, desde la recepción de la adecuada información por parte del proveedor y desde la recepción de los bienes objeto de contrato), y la fecha indicada por el plazo, 14 días o un año, sin excluir día alguno.

Para el supuesto que el último día fuera festivo, no hay previsión alguna en el DCFR, teniendo que remitirnos a otras disposiciones que si lo regulan y que es aplicable a este supuesto, como es la Directiva 2011/83/UE de los derechos de los consumidores que para el cómputo de los plazos se remite al Reglamento CE/EURATOM 1182/71<sup>625</sup> de tal suerte que si el último día del cómputo de un plazo expresado de cualquier otro modo, menos en horas, es un día festivo, feriado, un domingo o un sábado, el plazo concluirá al finalizar la última hora del día hábil siguiente, independientemente si el establecimiento o el proveedor, ese día festivo tuviera abierto al público en general.

7.3.2.4.3 En la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de Octubre sobre los derechos de los consumidores.

Se hace más hincapié en el hecho de enviar la notificación manifestando la intención de ejercer el derecho de desistimiento dentro del plazo previsto para ejercer el mismo, que en la circunstancia de que la notificación sea recibida por el proveedor extemporáneamente:

”El consumidor habrá ejercido su derecho de desistimiento dentro del plazo contemplado en el artículo 9, apartado 2, y en el artículo 10, cuando haya enviado la comunicación relativa al ejercicio del derecho de desistimiento antes de que finalice dicho plazo” (art. 11, nº 2 de la Directiva 2011/83/UE).

---

<sup>624</sup> Cfr. DCFR, Art. II.-5:103.

<sup>625</sup> Cfr. Art. 3, nº.4 del Reglamento CE/EURATOM 1182/71 del Consejo de 3 de junio, por el que se determinan las normas aplicables a los plazos, fechas y términos.

A mayor abundamiento, y claridad con relación a la notificación como elemento determinante en el *dies ad quem*, el art.11.3 de la Directiva 2011/83/UE , se contempla la posibilidad de que el comerciante ofrezca al consumidor, la opción de cumplimentar y enviar electrónicamente el modelo de formulario de desistimiento que figura en el anexo I, letra B, o cualquier otra declaración inequívoca a través del sitio *web* del comerciante, obligándose a comunicar de forma inmediata, “sin demora”, al consumidor en un soporte duradero el acuse de recibo de dicho desistimiento.

La comodidad de utilizar un sitio y modelo *web* para efectuar la notificación, aporta seguridad jurídica, dado que mediante este sistema automático se evitan los problemas de fallos en el servidor que los correos electrónicos pueden presentar, pues en la página *web* al clicar la pestaña “enviar”, “enviado”, aparecerá una página donde se tiene constancia que la solicitud ha sido tramitada, lo que es suficiente medio de prueba.

7.3.2.4.4 En la Propuesta de ley común de compraventa europea (Common European Sales Law-CESL)

Sigue la misma línea que la Directiva 2011/83/UE de 25 de octubre de los derechos de los consumidores, en el sentido de considerar que se ha ejercido el derecho de desistimiento dentro de plazo, siempre y cuando se envíe la notificación sobre la voluntad de ejercer el derecho de desistimiento antes de que finalice el plazo establecido para ejercer el derecho, pero con una diferencia con relación a las ya citadas normativas europeas, y es que la carga de la prueba sobre la adecuación de envío de la notificación y estar efectuada dentro de plazo, recaerá sobre el consumidor, lo que no deja de ser sorprendente en futuros textos normativos en los que la protección de los derechos de los consumidores priman sobre los de la parte más fuerte en la relación jurídica.

No parece afortunada en esta propuesta, como se contempla la posibilidad de coincidencia del último día para ejercer el derecho de desistimiento, con que el citado día coincida en sábado, domingo o día festivo en el lugar en que deba cumplirse la obligación, pues entiende que el plazo se cumplirá al expirar la última hora del siguiente día laborable en “el lugar donde la obligación deba cumplirse”.

Esta circunstancia, lugar de cumplimiento, planteará problemas a futuro en cuanto a determinar si el envío de la notificación se ha efectuado dentro de plazo, pues al hacer mención al lugar de cumplimiento, estaremos obligando al consumidor a conocer si esa festividad es local, comercial, gremial o nacional, o bien si es una festividad institucional (universidad, fiesta colegial...).

Si el derecho de desistimiento opera en cierto modo a favor del consumidor, al que se le concede la oportunidad de desistir el contrato, no resulta de ningún modo entendible que se le exija al consumidor que días son hábiles en el fuero del proveedor para el supuesto que fuera distinto al suyo.

En evitación de posibles problemas de prueba en sede judicial, no resulta baladí incorporar al contrato, en su clausulado además de la existencia, o no, del derecho de desistimiento, las condiciones para su ejercicio y plazos, y dentro del plazo hacer mención de los días hábiles e inhábiles.

### 7.3.3 Efectos del ejercicio del derecho de desistimiento

El art. 74 del TRLGDCU contempla las consecuencias, efectos, del ejercicio del derecho de desistimiento.

Los efectos o consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento, serán la nulidad del contrato, debiendo retrotraernos el momento inicial, naciendo la obligación de restituirse las prestaciones efectuadas a tenor de lo previsto en los artículos 1303, 1304, 1307, 1308 y 1314 del CC, si bien el recurso al CC que expresamente determina el legislador, debe emplearse acudiendo también a las disposiciones que contemplan la resolución contractual, el saneamiento por evicción o vencimiento en las acciones reivindicatorias.<sup>626</sup>

Consecuencia del ejercicio del derecho de desistimiento es el nacimiento de una obligación de restitución, y un acuerdo en cuanto a como distribuir los gastos aparejados por el ejercicio del derecho, que pueden haberse pactado, pese a que el art. 73 del TRLGDCU ya prevé la no exigibilidad de gasto alguno al consumidor por el ejercicio del derecho. Tampoco el usuario viene obligado a reembolsar, o indemnizar con cantidad alguna al proveedor por la disminución del valor del bien, siempre y cuando esta se hubiera producido dentro del uso pactado o el destino del bien.

El usuario y consumidor que hubiera hecho gastos necesarios y útiles en el bien, tendrá derecho al reembolso de los mismo, esto es, se establece un derecho a ser resarcido por las mejoras en el bien que en definitiva supondrá mayor valor, y menor perjuicio que la devolución podría ocasionar al empresario.

Las disposiciones del texto legislativo que establecen el régimen legal para el ejercicio del derecho de desistimiento, y en particular las que atienden la obligación restitutoria (arts. 74 y 75 del TRLGDCU), por imperativo legal nos guían hacia el CC, pero tenemos que tener en cuenta que en este texto específico como es el derecho de

---

<sup>626</sup> Cfr. GARCÍA VICENTE, J. R.; «La contratación con consumidores», en «Tratado de contratos», 2009, Tomo II, p.1505.

consumo, pretende como finalidad, facilitar el ejercicio del derecho de desistimiento de tal forma que las consecuencias adyacentes no impidan en la práctica su ejercicio.

El ejercicio del derecho de desistimiento, supone la retroactividad de la relación negocial, esto es, volver al momento inicial para concluir en la ineficacia y extinción del contrato naciendo *ex tunc* la obligación de restitución de las prestaciones y liquidación.

En los contratos de tracto sucesivo, de ejercitarse el derecho de desistimiento, los efectos jurídicos se producirán a posteriori, a futuro, manteniéndose las prestaciones anteriores a la fecha del ejercicio del derecho, pues de otro modo las consecuencias económicas y jurídicas de la nueva relación negocial son de imposible reparación.

#### 7.3.4 La restitución de las prestaciones

En el art. 74.2 del TRLGDCU se atiende a la posible disminución de valor del bien después de haber estado en poder del usuario y consumidor por el período de tiempo que dista entre la adquisición y el ejercicio del derecho, que en términos generales será de catorce días.

Evidentemente debemos movernos prudentemente y evaluar que depreciación es aceptable como uso conforme a lo pactado o a su naturaleza, llegado el caso, nos situaría en sede judicial a efectos de interpretación.

El bien deberá devolverse en el estado en que se encuentra, que evidentemente es distinto del que tenía cuando se recibió, así como sus embalajes respecto de lo cual no es infrecuente pretender por el proveedor cierta compensación u oposición al ejercicio del derecho para el supuesto que se hubieran deteriorado los citados embalajes al ser recibido el bien, única manera esta, abrir los embalajes, de poder cerciorarse del objeto adquirido y condiciones que se pactaron, y en esta línea, el art. 73 del TRLGDCU exime al consumidor y usuario de gasto alguno como consecuencia del ejercicio del derecho de desistimiento.

Un bien que es devuelto pierde valor por el solo hecho de ya no ser nuevo, ni poderse volver a introducir como tal en el mercado, sino que pasará a otro mercado, el de segunda mano o bienes usados, con la lógica depreciación en cuanto a su valor económico.

Desde que el bien está en manos del usuario y consumidor, y está vigente el plazo para ejercer el derecho de desistimiento, ya se produce una pérdida mayor o menor de valor del bien, pudiendo considerar esta circunstancia en cierto modo como

un riesgo empresarial que al contratar ya asume el empresario, pendiente si el usuario y consumidor ejerce el derecho de desistimiento o no.

El ejercicio del derecho conlleva unos gastos, de devolución o restitución, que aunque como regla general de derecho común el deudor deba financiar, a tenor de los artículos 1094, 1168,1465,1478 n° 3 y 1612 del CC<sup>627</sup> , el art. 73 del TRLGDCU exime al usuario y consumidor de los mismos. Para el supuesto que el consumidor y usuario hubiera realizado gastos en el bien adquirido, estos tendrán que ser reembolsados a tenor de lo previsto en el art. 74.3 del TRLGDCU. El lugar de cumplimiento a efectos de la restitución será aquel donde el usuario hubiera recibido la prestación.

De darse la imposibilidad de devolver la prestación por parte del consumidor y usuario, el TRLGDCU en el art.75 establece las pautas a seguir, no obstante, con cierta redacción confusa.

Para el caso que la imposibilidad de devolver la prestación sea por causa de pérdida, destrucción u otra causa, no se priva al consumidor de ejercer el derecho de desistimiento. Parece evidente que si el bien objeto del contrato, se pierde o destruye, difícil será exigir responsabilidad o prestación alguna a quien lo ha comprado y no lo ha recibido (art. 1122 1ª del CC).

En el segundo párrafo de este artículo 75.1 del TRLGDCU se prevé el supuesto de pérdida o imposibilidad de devolución por causa imputable al consumidor y usuario, estableciéndose la obligación de responder del valor de mercado que tuviera el bien en el momento del ejercicio del derecho de desistimiento, salvo que dicho valor fuera superior al precio de adquisición en cuyo caso responderá de este.

Este mismo precepto (art. 75 n° 2 del TRLGDCU) plantea un supuesto un tanto singular, asociando el incumplimiento de los deberes de información del empresario, para el caso que así hubiera sido, con la exoneración de responsabilidad para el consumidor en el caso de pérdida o imposibilidad de devolución, siendo solo imputable el consumidor si este hubiera omitido los deberes de diligencia.

El plazo para efectuar la devolución de las sumas percibidas por el empresario tras el ejercicio del derecho de desistimiento, nuestro legislador lo contempla en el art. 76 del TRLGDCU.

Tras la reforma del TRLGDCU por la Ley 3/2014 de 27 de marzo, el plazo anterior que se contemplaba el art. 76 del TRLGDCU que era de treinta días desde el ejercicio del derecho de desistimiento, se reduce a catorce días naturales desde la

---

<sup>627</sup> Cfr. GARCÍA VICENTE, J. R.; «La contratación con consumidores» en «Tratado de contratos», 2009, Tomo II, p.1506.



fecha en que haya sido informado el proveedor de la decisión de desistimiento del contrato por el consumidor y usuario (art. 76 del TRLGDCU), dentro del cual el empresario deberá hacer entrega de las sumas percibidas.

Para el caso que el empresario no hubiera cumplido con su obligación y el usuario y consumidor no hubiera percibido las cantidades debidas, se acuerda a modo de cláusula penal, la obligación para el empresario de devolver el doble de lo percibido cuando le sea reclamado por el consumidor sin perjuicios de las obligaciones de daños y perjuicios que se hubieran causado en lo que excedan de dicha cantidad. La carga de la prueba de lo antedicho y sobre el cumplimiento del plazo le corresponderá al empresario.

#### 7.3.5 Efectos contractuales tras el ejercicio del derecho a desistir

El primer efecto y ya tratado, es la obligación de restituirse mutuamente las prestaciones llevadas a cabo.

Contractualmente se producirá el efecto de extinción contractual, y evidentemente serían nulas todas aquellas cláusulas que hubieran impuesto al consumidor una penalización por el ejercicio del derecho de desistimiento tal y como establece el art. 68.1 segundo párrafo del TRLGDCU, de tal manera que este totalmente libre el consumidor para ejercitar o no este derecho.

Desde la órbita de la libertad contractual, sería planteable la posibilidad de permitir a las partes intervinientes en el contrato, modular como se producirá la mutua restitución de prestaciones para el caso de ejercicio del derecho de desistimiento (deterioro del bien, gastos, depreciación comercial) dentro de una lógica mercantil y empresarial, tratar en suma de equilibrar este derecho con el demérito económico que para el empresario supone.

#### 7.3.6 Derecho de desistimiento y contratos vinculados

La adquisición de bienes de consumo en no escasos supuestos, se viene haciendo mediante financiación, bien por parte del mismo empresario vendedor o por un tercero, entidad financiera concertada por el empresario.

El ejercicio del derecho de desistimiento con relación al contrato principal, incluidos los celebrados a distancia y los celebrados fuera de establecimiento mercantil del empresario, lleva aparejada la resolución del crédito con que se hubiera financiado la compra, sin penalización alguna para el consumidor y usuario (art.77 del TRLGDCU).

Consecuencia del ejercicio de este derecho, las partes asumen obligaciones recíprocas que inexorablemente deben cumplirse, así “el proveedor reembolsará al consumidor a la mayor brevedad, y dentro de un plazo máximo de treinta días naturales, cualquier cantidad que haya percibido de éste con arreglo a lo establecido en el contrato a distancia” (art. 11.3 LCDSFC), salvo el importe correspondiente al servicio financiero realmente prestado. El plazo empezará a contar desde el día en que el proveedor del servicio reciba la notificación del desistimiento; y recíprocamente también en un plazo de treinta días naturales a contar desde la notificación del desistimiento, el consumidor devolverá al proveedor cualquier cantidad que haya recibido de éste.

El consumidor deberá instar al proveedor en cuanto a la extinción del crédito con la entidad financiera, acreditando el ejercicio del derecho de desistimiento.

No obstante, la acreditación de haber notificado al proveedor el ejercicio el derecho de desistimiento es eficaz a efectos de prueba, lo que no exime de la obligación de notificar tal extinción del contrato principal a la entidad que hubiera financiado la operación crediticia para la adquisición del bien o servicio, pese a que la misma sea una parte más como interviniente en la relación comercial proveedor-consumidor-entidad financiera.

El derecho de desistimiento va a plantear opiniones encontradas, pues si de una parte la circunstancia de que el consumidor goce del derecho de desistimiento como garantía de sus derechos, y protección de su posición ante el proveedor, debe ser en cierto modo limitado, estableciendo los supuestos en que es posible ejercitarlo.

Las empresas proveedoras de bienes y servicios, de encontrarse con una extensión ilimitada en cuanto a la posibilidad de ejercitar el derecho de desistimiento, desistirán de ofertar sus servicios y bienes ante la “inoperatividad” o “anti rentabilidad” de este tipo de negocio o actividad empresarial; de otra parte, también se puede afirmar, que tal grado de protección al consumidor otorgando este derecho en sentido amplio, supone un alto grado de seguridad y protección que hará posible la implantación en nuestro mercado actual del sistema de comercialización a distancia de este tipo de servicios, máxime también, cuando las entidades que los prestan y las empresas de inversión, están sujetas a normas de supervisión y rigurosas normas de conducta.

## **V. CONCLUSIONES**

### **I**

Como bien es sabido nuestro Código Civil, al regular los contratos en los artículos 1254 y siguientes, y en particular en el artículo 1278, proclama la libertad de forma, en el sentido de dotar de eficacia obligatoria a los contratos, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez, esto es, consentimiento, objeto y causa.

Una forma de contratar es la contratación a distancia, sin la presencia física de las partes, siendo sustituida por la presencia “electrónica”, esto es, mediante el empleo de medios electrónicos que sustituyen a lo largo del proceso contractual la presencia física de las partes que intervienen en el contrato.

Este nuevo modo o forma de contratar, cobra especial importancia en el Derecho de consumo, en la actividad comercial, campo en el que el consumidor es protagonista. La contratación electrónica no es sino el medio utilizado por una sociedad mercantil cada vez más globalizada, y en la que se impone el desarrollo y empleo de nuevas tecnologías para establecer las relaciones comerciales entre las partes.

### **II**

Conforme a lo antedicho, en el estudio e investigación de la contratación electrónica, hemos identificado esencialmente tres particularidades:

La primera de ellas nos hace concluir que el contrato electrónico no es una figura nueva de nuestro Derecho común, sino una nueva forma de contratar, y en la que se dan de manera taxativa los mismos elementos contractuales que en la contratación en presencia física de las partes, con las salvedades de la especialidad, y teniendo especial importancia las exigencias de información precontractual y comunicaciones comerciales en el proceso de formación del contrato, que en cierto modo, suplen la presencia física de las partes.

Una segunda particularidad de los contratos electrónicos es la de ser contratos de adhesión, empleando condiciones generales de la contratación, y en los que el consumidor se encuentra en una situación de asimetría informativa evidente.

Asimismo, el consumidor se encuentra en clara situación de desequilibrio en la relación contractual con relación al proveedor de los bienes y servicios sobre los que versa el contrato que se trata de concluir.

Y por último, dada la agilidad y versatilidad de la contratación electrónica, se concluye en la necesidad de establecer mecanismos de protección y defensa de los derechos del consumidor, dada su posición de claro desequilibrio en la relación contractual, no solo desde el plano de la información precontractual, sino en la posición que ocupa en la gestación del contrato, frente al proveedor.

La formación de la voluntad de contratar, y emisión del consentimiento, se ve mediatizada por circunstancias de índole muy diversa como son las comunicaciones comerciales engañosas, la información escasa u omisión de información esencial y relevante en la formación de la voluntad de contratar, el comportamiento desleal del proveedor, la presión y bombardeo de información que no siendo relevante, termina por dirigir el consentimiento del consumidor hacia los intereses del proveedor.

### III

Los antecedentes citados, referentes a la contratación electrónica, adquieren una muy especial relevancia en la contratación bancaria electrónica, que se manifiesta en el ámbito contractual con cierta especialidad, siendo protagonista el consumidor, cliente bancario.

Es preciso afirmar que la contratación bancaria electrónica no es una disciplina especial del Derecho de la contratación, se integra en el marco general del comercio electrónico, de la contratación electrónica, en la que la relación entre las partes intervinientes se lleva a cabo sin la presencia física de las mismas, y utilizando medios electrónicos al objeto poder transmitir los datos necesarios para la formación de la voluntad de contratar, y que tiene por objeto un bien o servicio.

La especialidad se determina por el objeto del contrato, que será prácticamente en la mayoría de los contratos, si no en todos, servicios bancarios, y en el ámbito subjetivo por intervenir una entidad financiera, y por llevarse a cabo las transacciones y relaciones entre las partes intervinientes, por medios electrónicos.

La evidente comodidad y acceso a la contratación que nos permiten las nuevas tecnologías, no es óbice para la aplicación de las exigencias normativas en cuanto a información precontractual que debe recibir el consumidor al objeto formar su voluntad de contratar.

La banca electrónica se identifica básicamente con la gestión de operaciones neutras y servicios, pero obviamente esta abierta a la comercialización a distancia de servicios financieros en sentido amplio, incluyéndose gestión de valores, mediante la utilización de alguna técnica de comercialización a distancia, bien telefónica o telemática.

Debemos considerar que realmente nos encontramos ante un contrato electrónico, banca electrónica, cuando el empleo de este elemento de comunicación electrónica afecta de manera directa y real a la formación de voluntad del usuario sobre la posibilidad de contratar, afectando en suma al desarrollo de la vida contractual, así como a la interpretación y prueba del contrato suscrito electrónicamente.

Un contacto esporádico, conexión a efectos de obtener información, no trascendiendo de este paso, no podemos considerarlo contratación o banca electrónica.

#### IV

La irrupción de las nuevas tecnologías en todos los ámbitos ha supuesto un cambio radical en la actividad comercial en general, y bancaria en particular, obligando tanto a la doctrina, legislador y órganos judiciales a establecer los parámetros a seguir en las relaciones contractuales, y de manera especial, en la contratación bancaria electrónica.

El proveedor en la contratación bancaria, no es un comerciante al uso, sino una entidad bancaria ante la que el consumidor, ahora identificado como cliente bancario, se encuentra en una absoluta situación de asimetría en todos los sentidos: contractual e informativa.

Los contratos bancarios, sin distinción del modo de llevarlos a cabo (presenciales o a distancia) tienen unos rasgos comunes: son contratos de empresa; son contratos atípicos, en cierto modo creados por la práctica comercial y usos bancarios; son contratos de adhesión; se utilizan condiciones generales de la contratación y son contratos *intuitu personae* en los que el vínculo entidad bancaria y cliente es esencial, obligatorio y patente.

La comercialización de servicios financieros a distancia destinados a consumidores, es regulada como ley especial, por la LCDSFC, apoyándose evidentemente en la ley general de consumo en tanto los contratos cuenten con cláusulas predispuestas, e intervenga un consumidor.

Dadas estas circunstancias, y debido a la ya citada asimetría informativa y contractual existente entre las partes, nuestro legislador lleva a cabo, y sigue haciendo, una constante labor tuitiva y adaptativa de los textos legales al devenir de la actividad comercial y nuevas formas de contratar, y muestra de ello es entre otros el TRLGDCU. La evolución tecnológica, supera a la capacidad de reacción de nuestro legislador en no pocas ocasiones, y aún así, podemos calificar de comprometida su reacción, como es la LSSI especialmente.

Esa labor tuitiva del legislador en las relaciones comerciales en las que interviene un consumidor, cobra especial relevancia en la regulación y control de las cláusulas abusivas y comportamiento desleal en la actividad comercial. Los contratos de adhesión, obviamente y dada la posición de la parte en la relación jurídica, son propicios a la inclusión de innumerables cláusulas de todo tipo, presentadas al consumidor como *conditio sine qua non* para la conclusión del acuerdo pretendido (concesión de un préstamo y operaciones de activo habitualmente, en las que el solicitante, consumidor, poco o nada tiene que objetar).

Asimismo, la sanción de abusividad de las cláusulas contractuales, es asumida por nuestros tribunales de forma eficaz, si bien, y con relación a determinadas cláusulas en el ámbito de los préstamos hipotecarios, como es la cláusula suelo que regula el tipo de interés, que declara reiteradamente nuestro alto Tribunal como nula por abusiva, deja sin resolver nuestro Tribunal Supremo la cuestión del efecto retroactivo de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, y que obligaría a la entidad a retroceder todas las cantidades abusivamente percibidas en concepto de intereses, cuestión, la no retroactividad, que no encuentra fundamento jurídico ni social donde apoyarse, sino únicamente en razones de política económica del poder ejecutivo.

## V

En el ámbito del Derecho de consumo, contratación electrónica, bancaria, actividad comercial en general, nos encontramos con una evidente situación de dispersión legislativa, que en nada favorece a la seguridad jurídica, precisamente cuando la preocupación de nuestro legislador es dar cobertura y protección a la actividad del consumidor en las relaciones contractuales.

Los mismos derechos y obligaciones reconocidos en la legislación de consumo, especialmente el deber de información precontractual y el derecho de desistimiento, también lo están, y son regulados en las leyes específicas que rubrican el mismo derecho pero con la única salvedad de los contenidos en función de la especialidad del objeto contractual que regulan.

Podemos afirmar que se hace preciso integrar el Derecho de consumo en el Código Civil, al menos parece una aspiración lógica por razones de seguridad jurídica y economía legislativa.

La información precontractual, junto al derecho de desistimiento, se articulan como los mecanismos esenciales en la protección de los derechos del consumidor, dado

que el inicio en la formación de voluntad de contratar, parte de la información recibida por el consumidor, quien tras su análisis optará por contratar o no hacerlo.

## **VI**

El mecanismo de protección del consumidor por excelencia, es el derecho de desistimiento. Este derecho, esencial en las relaciones jurídicas de Derecho de consumo, es el resultado de un intenso evenir normativo, doctrinal y jurisprudencial. Se ha partido de la idea del derecho de renuncia, y distinguiéndose de la figura de resolución de contrato por incumplimiento o la denuncia unilateral propia de los contratos de tracto sucesivo y cuyo ejercicio deja en pié los efectos ya producidos.

Se caracteriza por ser un derecho subjetivo, es potestativo y de efectos negativos en la relación jurídica, aplicándose exclusivamente a contratos de consumo y en los que se contemple esta posibilidad, o bien, cuando las partes dentro de la autonomía de la voluntad, así lo acuerden incluir en el clausulado del contrato.

La razón de ser del derecho de desistimiento, es la de dotar al consumidor de un mecanismo de protección y defensa del consumidor, dada la posición de asimetría negocial e informativa frente al proveedor de bienes y servicios.

## **VII**

La posibilidad de desistir de un contrato por medio del ejercicio del derecho de desistimiento, no es si no, otorgar al consumidor una segunda oportunidad que le permita reflexionar sobre la compra realizada o sobre el servicio solicitado, y sin necesidad de justificar su decisión ni soportar gasto alguno, obviándose la aplicación de cualquier cláusula penal por la resolución del contrato.

Si bien evidentemente el derecho de desistimiento otorga una extraordinaria protección al consumidor tras la conclusión del contrato, también implica cierta responsabilidad para el mismo, como es en los supuestos en que por culpa o dolo del consumidor la cosa objeto del contrato se pierda o se deteriore de tal manera que el ejercicio de este derecho se convierta en un abuso de derecho. Al consumidor se le exige un comportamiento diligente, en definitiva, que obre con la diligencia de un buen padre de familia mientras el bien objeto de contrato este en su poder.

Si bien el concepto, regulación y práctica del derecho de desistimiento están consolidados, no podemos afirmar tras lo estudiado, que en cuanto a las partes de la relación jurídica, el instituto del derecho de desistimiento este cerrado.

Quedan excluidos del ejercicio del derecho de desistimiento ciertos intervinientes en la relación jurídica que al no tener la consideración de consumidores

se ven privados del mismo, como son las pequeñas y medianas empresas y los autónomos, que no son considerados como consumidores, quedando privados de poder ejercitar este derecho.

Se hace preciso, y así lo hemos apuntado a lo largo de estas páginas, modular y reformar el concepto de consumidor al objeto dar cabida a las citadas partes intervinientes que no son empresas, grandes empresas, ni personas jurídicas de transcendencia económica representativa. La reforma deseada debería orientarse en la línea de abrir la oportunidad del derecho de desistimiento a otras personas, personas jurídicas, con las modulaciones y ajustes que fueren necesarios.

## **VIII**

La consecuencia del ejercicio del derecho de desistimiento, es la extinción de la relación jurídica establecida entre las partes, implicando la obligación de restituirse mutuamente las prestaciones efectuadas.

Si bien, las consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento son directamente eficaces en la relación jurídica proveedor y consumidor, también lo son en las relaciones jurídicas conexas. Ante la ineficacia del contrato principal como consecuencia del ejercicio del derecho de desistimiento, también devienen en ineficaces los contratos accesorios o derivados del principal, y nos referimos esencialmente a los contratos de financiación vinculados al contrato que ha motivado el vínculo jurídico entre proveedor y consumidor.

## **IX**

En la sociedad de consumo moderna, donde las nuevas tecnologías imperan y cada vez más y alejan al consumidor de la presencia física con el oferente, el legislador se ve obligado a un continuo proceso de adaptación al ordenamiento jurídico nacional de todas aquellas Directivas de la comunidad europea que regulan y se adaptan a la evolución del mercado, siendo la información, los deberes de información, el medio eficaz y garantista en la actividad comercial de consumo esencialmente.

En las relaciones contractuales que operan en la sociedad de consumo donde el modelo de contrato a seguir, es un contrato de adhesión, el consumidor, contratante, se adhiere o no, es mero observador y al menos debe estar suficientemente informado tanto del objeto del contrato como de todas aquellas prácticas que no constando en el mismo, se van a aplicar. Su única alternativa, ante la falta de información y el importante desequilibrio que suponen la aplicación de determinadas cláusulas y la aplicación de prácticas comerciales concretas en el sector comercial en el que se encuentra inmersa la relación contractual, es la de no contratar.



Ante esta opción finalista y cerrada de sustraerse a la contratación por la carencia de información, el legislador mantiene un esfuerzo vivo y prolijo en cuanto a cada vez más cerrar el anillo legislativo que abarque no solo la legislación de consumo, sino como no, la competencia desleal con la LCD.

El esfuerzo del legislador va dirigido a facilitar los cauces necesarios para conseguir un adecuado devenir en el desarrollo de la actividad comercial, que aunque aparentemente no sea el objetivo de los textos legislativos específicos (TRLGDCU, LCD, LMPCU), de facto, si servirá esta labor legislativa para aunar criterios en evitación de la indeseada dispersión normativa.

No debemos entender la legislación de consumo como personalizada en el consumidor, tiene vocación universal, de mercado, con un fin de mejora y garantista del mismo.

En la misma línea que la legislación de consumo, y entendemos solapado a ella, el Derecho competencial interviene de igual manera en el mercado, con una visión global: un mercado leal, diligente, es un mercado sano, eficiente, en el que el consumidor cuenta con suficientes garantías que mejoran y facilitan su actividad. Derecho de consumo y Derecho competencial van íntimamente unidos en las relaciones contractuales.

Hemos insistido a lo largo de esta investigación, en la necesidad de contar con que los esfuerzos de nuestro legislador vayan dirigidos hacia un texto único de consumo, lo que parece ser un futuro no muy lejano, a tenor de los esfuerzos tanto nacionales como son la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de contratos y obligaciones y la Propuesta de nuevo Código Mercantil (PCM), como internacionales en el marco europeo, como es el Marco común de referencia (DCFR) capaz de englobar en gran medida, sino en su totalidad, las incidencias que suscita la contratación con consumidores.

En esta línea, y en cuanto a la materia específica de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores, países de nuestro ámbito cultural y político, optaron por un criterio práctico y garantista, así el legislador francés optó por trasponer la Directiva 2002/65/CE en el Código de Consumo (*Code de la Consommation*, arts. L 121-16 y ss).

En Alemania, en el año 2001 y con clara vocación de seguridad jurídica y actualización del Código Civil a las nuevas tecnologías, se incluye la regulación general de los contratos a distancia con consumidores en el Código civil (BGB). En el año

2004, se incluyó la regulación específica para los servicios financieros completando así la materia de contratación a distancia.

## **X**

En el plano normativo, se ha insistido y analizado, tanto en el plano de la contratación (TRLGDCU) como en el plano competencial (LCD), en la necesidad de considerar ambos textos normativos como necesarios e imprescindibles en el tratamiento y análisis de los contratos entre consumidores y profesionales, y en particular en contratos con condiciones generales de la contratación, y contratos de adhesión.

Los contratos de adhesión pueden incluir cláusulas que devenguen en abusivas, así como prácticas comerciales que puedan ser calificadas igualmente como abusivas. No es fácil establecer la diferencia entre práctica comercial abusiva de cláusula abusiva. Las prácticas comerciales, no estando insertas en los contratos, pueden devenir en abusivas.

Al identificar una práctica como abusiva, la catalogamos e incluimos en el Derecho de la contratación, y si la catalogamos como desleal, en el Derecho de la competencia.

En uno y otro caso, es evidente que están presentes cada vez más en las relaciones profesionales, debiendo ser constantes, y conscientes, a la hora de interpretar su grado de cumplimiento y la responsabilidad civil que puede deducirse de su presencia en la vida del contrato.

## **XI**

La indeseada dispersión legislativa en materia de derecho de consumo puede verse mitigada con la consecución de la integración del derecho de consumo contractual en el Código civil. Es una propuesta ambiciosa, pero necesaria.

La integración del Derecho de consumo contractual en el Código civil, permitiría recuperar el Código civil como el centro del ordenamiento jurídico privado, vivificaría las funciones del Código civil como ordenador y regulador de las relaciones jurídico privadas que versan sobre bienes y servicios, y simplificaría en gran manera el ordenamiento jurídico privado haciéndolo más claro y transparente.

La integración, flexibilizaría las normas que tienen por destinatarios a los consumidores, facilitando una mayor interacción entre el derecho común y los derechos especiales dentro del Código civil. La posición del consumidor, su figura,

adquiriría protagonismo propio al ser reconocido como parte en la relación contractual con capacidad propia de decisión.

En este mismo orden, la integración supondría sellar las carencias que el derecho de consumo presenta y que actualmente no encuentran respuesta, de tal forma que conseguiríamos aunar las normas de derecho de consumo que afectan a los consumidores, con las normas generales. Consecuencia del fenómeno de integración, nuestro Código civil en cierto modo se actualizaría en cuanto a su carácter europeo, actual y abierto, al ser transpuestas en él las directivas de consumo, además de las generales que afectan a la contratación.

Dicho lo anterior, debemos ser conscientes que un fenómeno de integración de este calibre comporta una situación de cambio importante, en tanto el Código civil dejaría de ser un cuerpo armónico y se convertiría en un texto híbrido en el que conviven normas dispositivas e imperativas, y en el que algunos modelos de contratación como son las ventas fuera de establecimientos mercantiles y la contratación a distancia plantean mayores dificultades, requiriendo de regulación especial dentro del propio Código. Asimismo la regulación del deber de información precontractual, y durante la vida del contrato, nos obligaría también a efectuar un esfuerzo adicional en su regulación.

Esta pretensión y anhelo de integración es el resultado del avance de la sociedad de mercado que junto al empleo renuevas tecnologías en el proceso contractual, se encuentra con un consumidor cada vez más informado y demandante de cierta agilidad transaccional.

## **XII**

El proceso de integración llevado a cabo en Alemania, puede ser válido para nuestro ordenamiento jurídico con estructura en Derecho Civil similar.

El 1 de enero de 2002, entró en vigor en Alemania la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones, lo que supuso una importa reforma del BGB en la parte que dedica al derecho de obligaciones.

Esta reforma ha supuesto en Alemania, la integración en del derecho de consumo contractual en el Código civil, el BGB. La dispersión legislativa que hasta la fecha de la reforma existía, ha desaparecido de manera inmediata, así todas aquellas directivas que debían ser transpuestas al ordenamiento jurídico alemán antes del año 2000, fueron armonizadas en el BGB.

El antecedente para integrar el derecho de consumo contractual en el BGB, es la necesidad por parte del estado alemán de transponer a su ordenamiento jurídico nacional tres directivas de hondo calado, y de las cuales don tienen como protagonista al consumidor: las directivas sobre la garantía en la venta de bienes de consumo, y el comercio electrónico, y la directiva que tiene por objeto proteger a los acreedores frente a los empresarios incumplidores en el pago, esto es, la morosidad de las operaciones.

Los trabajos de integración, obligaron a incorporar al Código civil leyes especiales de consumo como la Ley de crédito al consumidor, la Ley sobre revocación de los negocios de puerta de casa, y la Ley de uso de vivienda a tiempo parcial. Quedando fuera solo la Ley de responsabilidad por productos defectuosos.

La reforma, la Ley de Modernización, ha supuesto un evidente avance y mejora no solo al integrar materias en un mismo cuerpo legal, sino que ha supuesto modernizar o rejuvenecer el Código civil en la parte más dinámica del derecho privado. Hay que añadir, la auténtica revolución que supone la irrupción de la figura del consumidor, lo que debe tener unos efectos importantes en el desarrollo y conformación doctrinal y jurisprudencial de las instituciones de las obligaciones.

Esta transformación consecuencia de la modernización e integración, supondrá, y de hecho lo esta siendo, que en el BGB se lleve a cabo un proceso de constantes reformas parciales, integradoras y adaptadas al marco común europeo.

El modelo alemán, es perfectamente asumible por nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que se lleva a cabo con una Ley de Modernización como punto de partida, y que la práctica y la creación legislativa comunitaria se encarga de conformar.

### **XIII**

Debemos tener en cuenta que la incesante producción legislativa comunitaria, directivas comunitarias, en su afán regulador y de dar cobertura a todas las áreas susceptibles de regulación, es en parte el origen de la dispersión legislativa que provoca en el derecho interno, cuando no contamos con un fondo, código común capaz de asumir la regulación legal de muy diversas áreas.

La influencia de las directivas comunitarias en nuestro ordenamiento jurídico, es evidente, no por la transposición de las mismas que es de obligado cumplimiento como miembros de la la Comunidad Económica Europea, sino por las necesidades de adaptación de nuestro derecho interno a las exigencias comunitarias.

Baste como ejemplo de lo anterior, de cómo el derecho comunitario puede incidir directamente en el Código civil, es la Ley 34/2002, de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico. En virtud de una disposición adicional de la referida Ley, se modifica nada menos que el artículo 1262 del Código civil regulador de los efectos del contrato; asimismo se procedió a reformar el artículo 52 del Código de comercio en este mismo sentido. No parece que este modo sea el mejor para operar las reformas de nuestro Código Civil.

El avance legislativo de la Unión europea motivará y hace necesario un cambio en nuestro derecho de obligaciones, y en el que quizá no debería faltar el derecho de consumo contractual.

Los pilares de esta modernización del derecho de obligaciones son visibles en el trabajo que viene desarrollando la Comisión General de Codificación, en su sección de lo civil, y en particular en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos. Los trabajos encuentran muy avanzados, pese a la escasa trascendencia pública que se da, y especial progreso presenta el área correspondiente a la teoría general de las obligaciones y contratos (Libro IV del Código, Títulos I a V). Entre las diversas propuestas que se presentan, esta la incorporación de las Condiciones generales de la contratación.

#### **XIV**

El Derecho es una disciplina viva e integradora, a la que nada favorece la dispersión legislativa y mucho menos la excesiva atomización de determinadas áreas.

La íntima vinculación entre Derecho Mercantil y Derecho Civil es evidente, y así los trabajos de modernización del derecho de obligaciones lo hacen más patente. En la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, se hace hincapié en la necesidad de modernización de este sector del Derecho mercantil, iniciándose la reforma por las normas que han de aplicarse a las obligaciones y contratos mercantiles, de tal modo que de esta manera se entiende que la legislación mercantil cumple con la función de asegurar la unidad de mercado en el ámbito jurídico-privado.

El Derecho mercantil como Derecho especial, en absoluto se opone al Derecho común, ni se desvía de él.

El nuevo Código propuesto, plantea principios reconocidos en la legislación civil, perfectamente asumibles en la práctica, favoreciendo además a los participantes el mercado y asegurando su aplicación en todo el territorio nacional.

A título de ejemplo, de criterios unívocos en el tratamiento de las obligaciones de la lectura del art. 573-1 de la Propuesta de nuevo código mercantil, es evidente la prácticamente idéntica definición de “préstamo”, con la contenida en el CC en su art. 1740, no haciendo mención a quien es el prestamista, si entidad financiera, o profesional dedicado a esta actividad, como establece el art.311 del CCo

## **XV**

Por último, solo una reseña en cuanto al proyecto de Código Civil Europeo, DCFR en sus iniciales inglesas (Draft Common Frame of Reference).

Cuenta obviamente con objeciones de diversa índole, y entre ellas señalar que un cuerpo legal único de este carácter, adolecerá de conceptos y técnicas comunes aplicables a los problemas jurídicos concretos, por efecto de tradiciones aisladas ya aplicadas desde siglos; otra objeción que se plantea es la diversidad de mentalidades jurídicas y culturales y con especial identidad en la diferencia entre el “Civil law” y el “Common law”; asimismo se hace preciso en la conformación de ese cuerpo legal común, el respeto del pluralismo, de las diferencias culturales, lingüísticas y legal, y por último, debe acreditarse o justificarse realmente la necesidad de ese cuerpo legal común en base al número de transacciones o intervenciones transfronterizas que hubieran planteado dificultades serias por falta de nexo legal común.

De otra parte debe considerarse que se dan suficientes argumentos de sobrado peso para seguir tratando la conformación de este texto único europeo.

El principal argumento y justificación, es, conseguir los fines del mercado interior, dado que la experiencia comercial diaria, delata como el Derecho contractual de cada miembro del mercado, limita en cierto modo la libre circulación de bienes, limita los negocios transfronterizos y los ralentiza además de incrementar sus costos dada la necesidad de averiguar cual es el derecho aplicable, sobretodo para el mercado de las pequeñas y medianas empresas, dificultando los planes de ventas y expansión de los operadores comerciales.

La Unión Europea cuenta con unidad monetaria y fronteriza, motivo este que justifica la tendencia lógica y de encomia jurídica, hacia un Código uniforme de obligaciones, como han puesto en práctica Suiza, Francia, Alemania, Austria e Italia, a lo que contribuye tanto la unidad monetaria como la evolución, desarrollo e implantación del comercio electrónico.

No es desdeñable el factor judicial, como beneficiado por la unificación del Derecho de obligaciones y contratos, que se beneficia de la coherencia interna del sistema y facilita a los jueces la aplicación e interpretación de las normas, evitando que

sus resoluciones impliquen la necesidad de navegar por leyes especiales, en cierto modo, integradas por normas que ya se contemplan en la ley general.

La confirmación, o no, de la necesidad de un Código civil europeo, nos la dará la prueba de su necesidad real de implantación en cuanto al análisis cuantitativo de cuantas transacciones han dejado de cerrarse en el mercado por causa de no contar con un texto común en el marco de la comunidad económica europea.

Entendemos que la unificación es necesaria por razones de seguridad jurídica y de unidad comercial europea. Las soluciones intermedias que también se proponen, como dejar que el mercado vaya conformando esta necesidad, reformar la legislación existente a medida que las necesidades de mercado lo pidan, no genera sino continuar cerrando el círculo inmovilista que no conduce sino a favorecer la proliferación de leyes especiales en cada país miembro por necesidad de transponer las directivas que de facto los poderes legislativos de cada Estado deben adecuar a su legislación adaptando las mismas a sus textos generalistas.

## **VI. BIBLIOGRAFIA**

### **DOCTRINA**

ACHÓN BRUÑEN, M. J.; «Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de juzgados y tribunales», La Ley nº 8127. Editorial la Ley, Madrid 2013.

ALONSO UREBA, A.; «Contratos bancarios y parabancarios», Editorial Lex Nova. Valladolid 1998.

ANDREU MARTÍ, M<sup>a</sup> M.; «La protección del cliente bancario», Editorial Tecnos. Madrid 1998.

ARRANZ, J., «Derecho de internet», en GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J.; «Los contratos de adhesión y la contratación electrónica», «Tratado de contratos». Tomo II. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2013.

ARROYO APARICIO, A.; «Comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores según la Ley 22/2007 de 11 de julio», «Contratos Mercantiles», Tomo I Editorial Aranzadi. Thomson Reuters 2009.

ARROYO APARICIO, A.; «Contratos mercantiles. Organización de la empresa. Intercambio de bienes materiales. Distribución. Servicios. Depósito y contratos análogos. Financiación y contratos bancarios», Editorial Aranzadi, primera edición. Navarra 2009.

AVILÉS GARCÍA, J.; «Las obligaciones de información tras la ley 17/2009 de libre acceso a las actividades de servicios», Mayo 2010, Revista Aranzadi Doctrinal 2010.

AVILÉS GARCÍA, J.; «Prácticas comerciales, publicidad y deberes precontractuales de información. Su ampliación a la comercialización de productos y servicios bancarios, financieros y de inversión. La ampliación de los mecanismos de interpretación de los contratos con consumidores y usuarios», Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI), nº 746, Nov-Dic 2014.

AVILÉS GARCÍA, J.; «La interferencia de los usos y las prácticas abusivas en la responsabilidad civil», Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro, nº 7, Julio-Agosto 2014.



AVILÉS GARCÍA, J.; «Usos y prácticas en la contratación de consumo después de la transposición de la norma europea», Revista Doctrinal de Aranzadi Civil-Mercantil, nº 5, Cizur Menor (Navarra), 2014.

BALLUGUERA GÓMEZ, C.; «Prácticas abusivas, información, integración contractual y regla *contra proferentem*», Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías (RDNT) nº 14, año 2007.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.; «Artículo 45. Excepciones al derecho de desistimiento», «Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista» (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R Y LEGUINA VILLA, J.), Editorial Tecnos, Madrid 1997.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.; «La protección de los consumidores, la Constitución Española y el Derecho Mercantil», «Lecturas sobre la Constitución Española» (Coordinada por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R). Tomo II. UNED, 1978, en FERNÁNDEZ PÉREZ, N.; «El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores. Especial referencia a la relativa a los servicios financieros». Editorial La Ley 2009.

CARBONNIER, J.; «Derecho Civil». Tomo II, en DÍEZ-PICAZO, L.; «A vueltas con la autonomía privada en materia jurídica», Editorial La Ley 21915/2011.

CASTRO, F. DE; «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», DC, XIV, 2, nº 161, en DÍEZ-PICAZO, L.; «Condiciones generales de la contratación (esbozo de una evolución), comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación». Madrid, 2002.

CASTRO, F. DE; «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», DC, XIV, 2, nº 161, en DÍEZ-PICAZO, L.; «Condiciones Generales de la Contratación. Esbozo de una evolución. Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación». Editorial Civitas, Madrid 2002.

CAVANILLAS MÚGICA, S., «Responsabilidad civil...», en GONZÁLEZ ALAIZA CARDONA, J.J., «Tratado de Contratos», Tomo II. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2009.

CERVERA-MERCADILLO, L., «Contratación electrónica de servicios de inversión...», en GARCIA-PITA Y LASTRES, J.L.; «Las entidades de crédito y sus operaciones bancarias neutras», Editorial Marcial Pons. Madrid 2006.

CLEMENTE MEORO, M.; «La protección del consumidor en los contratos electrónicos», en «Contratación y Comercio Electrónico». Valencia 2003.

CORTES DOMÍNGUEZ, J. L.; «Lecciones de contratos y mercados financieros». Editorial Thomson-Civitas, Primera Edición, Navarra 2004.

COSIALLS UBACH, A., Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 43, septiembre/diciembre 2012.

DÍEZ BALLESTEROS, J. A.; «Obligaciones precontractuales de información en la contratación electrónica y protección de los consumidores», Estudios de Consumo 85, 2008.

DÍEZ-PICAZO, L.; «Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial». Tomo I. Editorial Tecnos, Madrid, 1970.

DÍEZ-PICAZO, L.; « A vueltas con la autonomía privada en materia jurídica», La Ley 21915/2011.

DÍEZ-PICAZO, L.; «Condiciones Generales de la Contratación. Esbozo de una evolución. Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación». Editorial Civitas, Madrid 2002.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «El Comercio electrónico»; GONZÁLEZ GOZALO, A., «La formación del contrato», en GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J.; «Los contratos de adhesión y la contratación electrónica» «Tratado de Contratos», Tomo II. Editorial Tirant lo Blanch, segunda edición. Valencia 2013.

DORAL GARCÍA, J. A.; «El Contrato como fuente...»; en GARCIA-PITA Y LASTRES, J.L.; «Derecho Mercantil de Obligaciones», Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona, 2010.

FELTKAMP, R., VANBOSSELE, F.; «*The Optional European Common Sales Law: Better Buyer's Remedies for Seller's Non-Perfomance in Sales of Goods?*», European Review of Private Law, 2011, en COSIALLS UBACH, A., Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 43, septiembre-diciembre 2012.

FERNÁNDEZ ARMESTO, DE C. en GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L.; «Las entidades de crédito y sus operaciones bancarias neutras», Editorial Marcial Pons, primera edición, Madrid 2006.

FERNÁNDEZ DOMINGO, J. L.; «Algunas notas...», en GARCIA PITA Y LASTRES, J.L.; «Derecho Mercantil de Obligaciones», Tomo II, Editorial Bosch, Barcelona 2010.

FERNÁNDEZ PÉREZ, N.; «El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores. Especial referencia a la relativa a los servicios financieros». Editorial La Ley, Madrid 2009.

FERNANDO VILLALBA, M. L.; «El contrato de cuenta corriente», en «Contratación bancaria...», en PETIT LAVALL, M. V.; «Tratado de contratos», Tomo V. Editorial Tirant lo Blanch, 2ª edición, Valencia 2013.

FERRI, G.; «*Manuale di Diritto commerciale*», 5ª Edición, Turín, 1985; GALGANO, F.; «*Storia del diritto commerciale*», 2ª Edición, Bolonia 1980, en GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L; «Derecho Mercantil de Obligaciones», Tomo I. Editorial Bosch, Barcelona 2010.

GALGANO, F.; «Publico e privato...», en BROSETA PONT, M.; «La empresa...», EN GARCIA-PITA Y LASTRES, J.L; «Derecho Mercantil de Obligaciones», Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona 2010.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., Editorial Civitas 10ª edición; en GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L; «Derecho Mercantil de Obligaciones». Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona 2010.

GARCÍA GARRIDO, M. J.; «Derecho Privado Romano», Tomo I, Instituciones. Editorial Dykinson S.L, 3ª edición, Madrid 1985, en GARCIA-PITA Y LASTRES, J.L; «Derecho Mercantil de Obligaciones», Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona 2010.

GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L.; «Derecho Mercantil de Obligaciones», Tomo II, Editorial Bosch, Barcelona 2010.

GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L.; «Las entidades de crédito y sus operaciones bancarias neutras», Editorial Marcial Pons, primera edición, Madrid 2006.

GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L; «Derecho Mercantil de Obligaciones», Tomo I. Editorial Bosch, Barcelona 2010.

GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L; «Derecho Mercantil de Obligaciones», Tomo II, Editorial Bosch, Barcelona 2010.

GARCÍA VICENTE, J. R.- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Artículo 71», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. en «Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias», Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009; en COSIALS UBACH, A., Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 43, septiembre/diciembre 2012.

GARCÍA VICENTE, J.R.; «La Contratación con consumidores», «Tratado de Contratos», Tomo II, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2009.

GARCÍA TOBAJAS, A.; «El modelo de contrato tipo de gestión de carteras de inversión», Revista de derecho del mercado de valores (RDMV), Julio-Diciembre 2008, nº 3. Editorial La Ley-Grupo Wolters Kluwer.

GARRIGUES, J.; «Contratos Bancarios», Segunda edición, Madrid 1975.

GÓMEZ CALLE, E.; «Responsabilidad precontractual», Estudios de jurisprudencia bancaria, Volumen IV, Editorial Aranzadi, Madrid 1995.

GÓMEZ SEGADE, V.; «Notas sobre el derecho de información del consumidor», RJC nº 3, 1980.

GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J.; «Los Contratos de Adhesión y la contratación electrónica», «Tratado de Contratos», Tomo II, Editorial Tirant lo Blanch, segunda edición, Valencia 2013.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.; «Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», Editorial Aranzadi, primera edición, Navarra 2009.

GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C.; «Contratos mercantiles, contratos bancarios del mercado de valores y de seguro», Editorial Bosch, Barcelona 2001.

GUILLÉN CATALÁN, R., en GARCÍA PITA Y LASTRES, J. L.; «Derecho Mercantil de Obligaciones», Tomo II. Editorial Bosch, Barcelona 2010.

GUILLÉN CATALÁN, R., en GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L.: «Derecho Mercantil de Obligaciones», Tomo II, Editorial Bosch, Barcelona 2010.

GUISADO MORENO, A.; «Tendencias actuales en torno al mercado de crédito», «Servicios financieros prestados a distancia. El derecho de información previa del consumidor», Universidad de Almería. Editorial Marcial Pons, Madrid 2010.

HEINRICHS, H., “EINFÜHRUNG”, en HEINRICHS, W., Y HELDRICH, A., “Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB, Gesetz) vom 9. Dezember 1976, RODRIGUEZ ARTIGAS F.; «Algunas consideraciones...», en GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L.; «Derecho Mercantil de Obligaciones».Tomo II.Editorial Bosch, Barcelona 2010.

IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.; «Tratado de contratos. Contratos del mercado de valores, contratación bancaria, contratación de transporte y navegación Contratos de seguro», Tomo V, Editorial Tirant lo Blanch, segunda edición, Valencia 2013.

ILLESCAS ORTIZ, R.- RECORDER DE CASSO, E., en GARCIA PITA Y LASTRES, J.L.; «Derecho Mercantil de Obligaciones», Tomo II, Editorial Bosch, Barcelona 2010.

ILLESCAS ORTIZ, R.; «Contratos bancarios, reglas de información y documentación», Revista de Derecho Bancario y Bursátil (RDBB), 1989, nº 34. Editorial La Lex Nova.

LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., E IRAKULIS ARREGUI, N.; «Regulación jurídica de la publicidad financiera», Estudios de consumo, nº 80, año 2007. Edita Ministerio de Sanidad y Consumo. Instituto Nacional de Consumo.

LLANEZA GONZÁLEZ, P.; «E-contratos. Modelos de contratos. Cláusulas y condiciones generales de la contratación comentadas», Ediciones del BOE. Barcelona 2004.

MADRAZO LEAL, J.; «Depósitos bancarios de dinero», «La contratación bancaria», en PETIT LAVALL M.V.; «Tratado de contratos», Tomo V, Editorial Tirant lo Blanch, 2ª edición. Valencia 2013.

MARIMÓN DURA, R.; «La tutela del usuario en el contrato bancario», Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías (RDNT), nº. 8, 2010.

MARÍN LÓPEZ, J. J.; «El ámbito...», en GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L; «Derecho Mercantil de Obligaciones», Tomo II. Editorial Bosch, Barcelona 2010.

MARTÍNEZ ROSADO, J.; «La Reforma de la legislación de defensa de los consumidores y usuarios».Revista de Derecho Bancario y Bursátil (RDBB), Noticias, Enero-Marzo Editorial la Lex Nova, Madrid 2007.

MARTINEZ SIMANCAS, J.; «Contratos bancarios e internet» en MARIMÓN DURA, R.; «La tutela del usuario en el contrato bancario». Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías (RDNT) 2010, nº. 8 de 2010.

MATEU DE ROS, «Derecho de Internet», en GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J.; «Los Contratos de Adhesión y la contratación electrónica», Tratado de Contratos, Tomo II. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2013.

MEORO CLEMENTE, M.; «La contratación electrónica», Estudios de Derecho judicial 71-2005, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2005.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. Mª.; «Comentarios a las normas de protección de los consumidores, texto refundido Real Decreto Ley 1/2007, y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea», Editorial Colex, Madrid 2011.

MIQUEL RODRÍGUEZ, J.; «Problemática jurídica de la Publicidad», en GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., «Derecho Mercantil de Obligaciones», Tomo II, Editorial Bosch. Barcelona 2010.

MIRANDA SERRANO, L. M<sup>a</sup>, PAGADOR LÓPEZ, J.; Estudios Sobre Consumo, n° 85, 2008, «La formación y ejecución del contrato electrónico: aproximación a una realidad negocial emergente».

MONTES RODRÍGUEZ, M. P.; «La comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores», Thomson Reuters. Editorial Aranzadi 2011.

MORALES MORENO, A. M.; «Declaraciones públicas y vinculación contractual (reflexiones sobre una Propuesta de Directiva)», Anuario Derecho Civil, 1999

MORENO LISO, L.; «El consumidor ante las cláusulas abusivas en los contratos bancarios», Revista de derecho bancario y bursátil (RDBB), sección doctrina, n° 122, Abril-Junio 2011, Editorial Lex Nova, Madrid.

MORENO LISO, L.; «Nuevas soluciones para la protección del consumidor frente a los contratos bancarios», La Ley n° 7514, sección doctrina, Editorial La Ley, Madrid 2010.

PETIT LAVALL, M. V; «Tratado de contratos», Tomo V, Editorial Tirant lo Blanch, 2<sup>a</sup> edición, Valencia 2013.

PARDO GATO, J.R.; «Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (análisis legislativo y jurisprudencial)», Editorial DIJUSA, 1<sup>a</sup> edición, Madrid 2004.

PERTIÑEZ VILCHEZ, F.; «La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013», Diario La Ley n° 8154, 23 septiembre 2013.

PILOÑETA ALONSO, L.M.; «Curso de Derecho mercantil de la contratación», Ediciones Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, Oviedo 2013.

PLAZA PENADÉS, J.; «La contratación electrónica en la Ley de servicios de la información y comercio electrónico», Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías (RDNT) n° 1, 2003.

PRATS ALBENTOSA, L.; «Contratación bancaria. Doctrina, jurisprudencia y formularios», «Contratos bancarios en particular. Las garantías de la contratación bancaria. El contrato de préstamo», Tomo I, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2001.

RECORDER DE CASSO, E.; «Algunas observaciones en torno a contratos electrónicos, y fe pública», «Derecho de Internet, contratación electrónica y firma digital», R. MATEU DE ROS Y J.M. CENDOYA MENDEZ DE VIGO (coord.). Editorial Aranzadi. Pamplona 2000; en PARDO GATO, J.R.; «Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (análisis legislativo y jurisprudencial)», Editorial DIJUSA, 1<sup>a</sup> edición, Madrid 2004.

RICO AREVALO, B.; «La aplicación de las MIFID a las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva», Revista de Derecho del Mercado de Valores (RDMV), Enero-Junio 2008, nº 2. Editorial la Ley-Grupo Wolters Kluwer.

RODRIGUEZ- MOURULLO OTERO, L.; «Comentario al art. 20 en la nueva ley de Internet (Comentarios a la Ley 34/2002 de 11 de julio)»; CHEMADES Y GONZÁLEZ MONTES (coord.), Estudios sobre consumo 85, año 2008.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.; «El Derecho mercantil y el proceso de unificación del derecho privado», Revista de Derecho Mercantil (RDM), Enero-Marzo 2014, Editorial Civitas-Thomson Reuters, Madrid.

ROY PÉREZ, C.; «El régimen de protección del consumidor de productos bancarios y financieros», Revista de Derecho Mercantil (RDM), Enero-Marzo de 2.013.

RUIZ MUÑOZ, M.; «Introducción...» EN GARCIA-PITA Y LASTRES, J.L; «Derecho Mercantil de Obligaciones», Tomo I, Editorial Bosch. Barcelona 2010.

SÁNCHEZ DEL CASTILLO, E.; «La publicidad en Internet», en MARIMÓN DURA, R.; «La tutela del usuario en el contrato bancario», Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías (RDNT), nº. 8, 2010.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A.;«Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias RD 1/2007.Art. 97 TRLGDCU, Libro II, Título III, Capítulo II», Editorial Aranzadi Thomson Reuters.

SERNA GÓMEZ, F.J.; «Contratación bancaria e internet», «Contratación y nuevas tecnologías». Dir. BLASCO GASCO, F. de P. «Cuadernos de Derecho judicial», XX, 2004 CGPJ., en MONTES RODRIGUEZ, M.P; «La comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores». Editorial Aranzadi 2011.

TAPIA HERMIDA, A. J.; «La Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores», Revista de Derecho Bancario y Bursátil (RDBB) Julio-Sep. 2007, Noticias. Editorial Lex Nova, Madrid 2007.

TAPIA HERMIDA, A. J.; «La contratación bancaria», Editorial Dykinson, Madrid 2007.

TAPIA SÁNCHEZ, M. R.; «Protección del consumidor en la contratación a distancia de servicios financieros», «Derecho renovado del consumo», Editorial Dilex, primera Edición, Madrid 2011.

TATO PLAZA, A.; «Aspectos jurídicos de la publicidad y de las comunicaciones comerciales en internet», en GARCIA PITA Y LASTRES, J.L. «Derecho Mercantil de Obligaciones», Tomo II, Editorial Bosch, Barcelona 2010.

URÍA- GONZÁLEZ/APARICIO, en GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L.; «Las entidades de crédito y sus operaciones bancarias neutras», Editorial Marcial Pons, Madrid 2006.

URÍA GONZÁLEZ, R.; «Reflexiones...»; OTERO LASTRES, J.M.; MAGGILOLO, M. «Il Contratto predisposto», en GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L.; «Derecho Mercantil de Obligaciones», Tomo II. Editorial Bosch, Barcelona 2010.

URÍA, R. «Derecho Mercantil», 11<sup>a</sup> Edición. Madrid 1976.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.; «Operaciones bancarias», Revista de Derecho Privado, Editoriales de derecho reunidas D.L. Madrid 1985.

VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.; «Curso de derecho mercantil. Empresario, establecimiento mercantil y actividad empresarial, Derecho de la competencia y de la propiedad industrial e intelectual, Derecho de sociedades», Tomo I, Editorial Civitas, Madrid 1999.

VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.; « Contratación electrónica» en Uría/Menéndez/Vergez...«Curso de derecho mercantil. Empresario, establecimiento mercantil y actividad empresarial. Derecho de la competencia y de la propiedad industrial e intelectual. Derecho de sociedades», Tomo II, Editorial Civitas, Madrid 1999.

VICENTE Y GELLA, A.; «Curso...»; GÓMEZ CALERO, J.; «El contrato mercantil: nociones generales», en JIMÉNEZ SÁNCHEZ y otros, Tomo II; en GARCIA-PITA Y LASTRES, J.L; «Derecho Mercantil de Obligaciones», Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona 2010.

VIERA GONZÁLEZ, A. J.; «Comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores»«La contratación bancaria», Editorial Dykinson S.L. Madrid 2007.

WOLF, HORN Y LINDACHER, en GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L.; «Derecho Mercantil de Obligaciones», Tomo II, Editorial Bosch, Barcelona 2010.

## **JURISPRUDENCIA**

### **I. Tribunal Supremo**

STS de 10 de octubre de 1980, (RJ 1980,3623)

STS de 30 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3864)



STS de 26 de febrero de 1994 (RJ 1994,1198)

STS de 30 de mayo de 1996 (RJ 1996,3684)

STS de 31 de diciembre de 1998 (RJ 1998,9772)

STS de 10 de octubre de 1980 (RJ 1980, 3623)

STS Sala primera de lo civil, de 23 de octubre de 2000 (AC 2001, nº)

STS Sala primera de lo civil, de 16 de diciembre de 2009 (RJ 2009,702)

STS de 29 de octubre de 1966 (RJ 1966,5123)

STS de 27 de diciembre de 1985 (RJ 1985,6167)

STS de 24 de marzo de 1971 (RJ 1971,1447)

STS de 27 de febrero de 1984 (RJ 1984,813)

STS de 8 de febrero de 1991 (RJ 1991,1156)

STS de 14 de junio de 1991 (RJ 1991,4463)

STS de 23 de mayo de 1992 (RJ 1992,4280)

STS de 7 de julio de 1992 (RJ 1992,6188)

STS de 15 de diciembre de 1993 (RJ 1993,9987)

STS de 29 de septiembre de 1997 (RJ 1997,6825)

STS de 5 de julio de 1999 (RJ 1999,5966)

STS de 8 de noviembre de 1991 (RJ 1991,8148)

STS de 7 de abril de 1997 (RJ 1997,2736)

STS de 7 de marzo de 1998 (RJ 1998,1267)

STS de 2 de octubre de 2001 (RJ 2001,7141)

STS de 9 de mayo de 2013 nº 1916, sala de lo civil, sección 991. Número de recurso 485/2012. Número de resolución 241/2013. Nulidad por abusiva de la cláusula suelo en préstamos hipotecarios.

STS de 15 de julio de 2004. Sala de lo Civil. Sección Primera (RJ 2004,4684)

STS de 3 de marzo de 1983 (RJ 1983,800)

STS de 11 de julio de 1998. Sala primera (La Ley 25.9.1998, 10-12)

STS de 9 de junio de 2009 (RJ 2009,3386)

STS de 18 de abril de 2013. Sala primera de lo civil. Sentencia 244/2013 (La Ley 45383,2013)

STS de 16 de diciembre de 2009 (RJ 2010,702)

STS de 2 de octubre de 2001 (RJ 2001,7141)

STS de 26 de octubre de 2011 (RJ 2012,1126)

STS de 4 de noviembre de 2010 (RJ 2010,8021)

STS de 2 de marzo de 2011 (RJ 2011,1833)

STS de 18 de junio de 2012. Sala primera. Sentencia 406/2012 (RC 46/2010)

STS de 8 de septiembre de 2014. Sala de lo civil. Recurso 1217/2013 (ROJ 3903/2014)

STS de 25 de octubre de 2012. Sentencia nº 834/2012 (La Ley 186788/2012)

STS de 10 de octubre de 1980 (RJ 1980, 3623)

STS de 26 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1198)

STS de 30 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3864)

## **II. Audiencias Provinciales**

SAP de Alava. Sección 1ª, de 22 de junio de 2011 (AC 2012,854)

SAP de Barcelona. Sección 19ª, de 9 de mayo de 2011 (JUR 259263)

SAP de Barcelona. Sección 19ª, de 9 de mayo de 2011 (AC 2011,1223)

SAP de Burgos. Sección 3ª, de 20 de marzo de 2012 (AC 2012,779)

SAP de Burgos. Sección 3ª, de 20 de marzo de 2012 (AC 2012,779)

SAP de Gerona. Sección 2ª de 20 de diciembre de 2007 (JUR 2007,179917)

SAP de Gerona. Sección 1ª, de 20 de marzo de 2012 (JUR 2012,149134)

SAP de Gerona. Sección 1ª, de 20 de marzo de 2012 (JUR 2012,149134)

SAP de Gijón. Sección 7ª de 3 de febrero de 2012 (JUR 2012,87712)

SAP de Gijón. Sección 7ª, de 3 de febrero de 2012 (JUR 2012,87712)

SAP de Gijón de 18 de febrero 2011 (AC 2011,428)

SAP de Jaén. Sección 3ª, de 27 de marzo de 2009 (AC1604)

SAP de Las Palmas. Sección 5ª, de 11 de junio de 2010 (AC 1757)

SAP de Madrid. Sección 21ª, de 20 de septiembre de 1999 (AC 2331)

SAP de Madrid. Sección 3ª, de 11 de mayo de 2005 (JUR 2005,277300)

SAP de Murcia. Sección 5ª, de 1 de abril de 2011 (AC 2011,1983)

SAP de Oviedo. Sección 5ª, de 5 de mayo de 2012 (JUR 2012,130941)

SAP de Salamanca. Sección 1ª, de 21 de junio de 2011 (JUR 278647)

SAP de Zaragoza. Sección 5ª, de 20 d junio de 2011 (JUR 245705)

SAP de Zaragoza. Sección 5ª de 19 de marzo de 2012 (JUR 2012,210249)

### **Páginas de Internet consultadas**

[http://www.cmt.es/es/publicaciones/anexos/INFORME\\_CE\\_IVT\\_2007.pdf](http://www.cmt.es/es/publicaciones/anexos/INFORME_CE_IVT_2007.pdf).

Consultado por última vez el 28.7.2014.

[http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jspfile\\_id=177406](http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jspfile_id=177406).

Consultado por última vez el 30.3.2014.

[http://de.wikipedia.org/wiki/AGB\\_Gesetz](http://de.wikipedia.org/wiki/AGB_Gesetz).

Consultado por última vez el día 1.12.2014.

[http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/notas\\_jurisprudenciales](http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/notas_jurisprudenciales).

Consultado por última vez el 16.12.2014.

<http://www.actibva.com/magazine/mercados-financieros/que-es-swift-e-iban>.

Consultado por última vez el 30.10.2014.

[http://www.el-economista.es/banca-finanzas/noticias/5126522/09/13/Espana-aun-tiene-la-mayor-red-de-sucursales-bancarias-por-habitante.html\\_kku8F1EZrWhjJp9x](http://www.el-economista.es/banca-finanzas/noticias/5126522/09/13/Espana-aun-tiene-la-mayor-red-de-sucursales-bancarias-por-habitante.html_kku8F1EZrWhjJp9x).

Consultado por última vez el 30.10.2014.

<http://www.ticbeat.com/economia/uso-banca-online-es-minoritario-espana/>.

Consultado por última vez el 5.11.2014.

<http://dialnet.unirioja.es/articulo/2751719>

Consultado por última vez el 1.11.2014.

[www.larioja.org/685162\\_RADNT\\_N\\_21\\_2009](http://www.larioja.org/685162_RADNT_N_21_2009)

López Beltrán de Heredia, C., «Contratos electrónicos anulables»

Consultado por última vez el 17 de diciembre de 2014.