

**REVISTA SEMESTRAL DE  
DIREITO EMPRESARIAL**

**Nº 12**

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho  
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro  
**janeiro / junho de 2013**



Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

**Editores:** Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

**Conselho Editorial:** Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

**Conselho Executivo:** Carlos Martins Neto, Enzo Baiocchi, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Campinho, Mariana Pinto e Viviane Perez.

**Pareceristas deste número:** Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira (SEUNE), Eduardo Takemi Kataoka (UERJ), Jacques Labrunie (PUC-SP), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Marcelo Lauar Leite (UFERSA), Rodrigo Rocha Monteiro de Castro (Mackenzie – SP) e Sergio Negri (UFJF).

**PATROCINADORES:**

ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte  
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

---

Revista semestral de direito empresarial. — nº 12 (Janeiro/Junho de 2013)  
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ

Campinho Advogados

Moreira Menezes, Martins, Miranda Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

---

\* Publicada no primeiro semestre de 2015.

# **CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA DE SERVICIOS FINANCIEROS: DERECHO ESPAÑOL Y DERECHO EUROPEO ARMONIZADO<sup>1</sup>**

## **ELETRONIC PROCUREMENT OF FINANCIAL SERVICES: SPANISH LAW AND EUROPEAN LAW HARMONISED**

*María de la Sierra Flores  
Miguel Díez de los Ríos*

*Resumen:* El presente trabajo examina los principales aspectos de la contratación a distancia de servicios financieros en la regulación española y del Derecho europeo armonizado, de manera contrastada con la praxis de la Banca virtual, Banca internet o Banca en línea. El interés de este estudio reside en la importancia de esta modalidad de contratación en la realidad actual, que ha crecido progresivamente. De una parte, en el número de usuarios que operan por internet. De otra, por la innovación financiera que es consustancial a la actividad bancaria. Esta combinación de factores han multiplicado las posibilidades que cualquier interesado tiene de conocer y comparar en la Web de las entidades de crédito los productos y servicios que cada una de ellas ofrece al mercado, facilitando así el conocimiento y la decisión de contratar un determinado producto financiero.

*Palabras clave:* comercialización de servicios financieros a distancia a los consumidores, consumidor, contrato a distancia, servicio financiero, entidad de crédito.

*Abstract:* This paper examines the main aspects of the Spanish legislation and EU Law on distance contracts for financial services, together with the practice of virtual banking, Internet banking or online banking. The interest of this study lies in the importance of this type of contract in the current situation, which has grown steadily. On one hand,

---

<sup>1</sup> Artigo recebido em 26.02.2015 e aceito em 03.03.2015.

given the number of users operating via Internet. On the other hand, due to the financial innovation that is inherent to banking. This combination of factors has given the opportunity to the interested parties to know and compare on Internet the products and services provided by credit institutions, facilitating the knowledge and the decision to contract a particular financial product.

*Keywords:* the distance marketing of consumer financial services, consumer, distance contract, financial service, credit institution.

*Sumario:* I. Preliminar: la contratación electrónica de servicios financieros bancarios con el cliente-consumidor, en particular. II. El significado amplio y funcional de la contratación de servicios financieros. 1. Funciones de los medios electrónicos en la praxis de la banca virtual o banco por internet. 2. Ámbito subjetivo: entidad de crédito o prestador de servicios financieros, consumidor y prestador de servicios de la sociedad de la información. 2.1. Entidad de crédito: entidad bancaria y establecimiento financiero de crédito. 2.2. El consumidor o usuario de servicios financieros bancarios. 2.3. prestador de servicios de la sociedad de la información y su posible coincidencia con el prestador de servicios financieros. 3. Ámbito objetivo: actos relacionados con la contratación de bienes y servicios desarrollada en la actividad de las entidades de créditos. 3.1. El significado plural de comercialización: actos de promoción y de contratación. 3.2. La delimitación del contrato financiero bancario mediante el sistema de lista y cláusula general. 4. Sistema organizado por la

entidad de crédito como nexo funcional de todos los elementos implicados en la contratación. 4.1. Los medios de transmisión y de comunicación: sitio web o website. Teléfono. Fax y otros similares. 4.2. La contratación multicanal mediante la convergencia e interacción de las tecnologías de la información y de la comunicación. III. El contrato de servicio financiero bancario desde la sistemática del derecho de obligaciones y contratos. El contrato de servicio financiero bancario como contrato tendencialmente complejo e innovador. 2. Contrato especial electrónico y a distancia.

## **I. Preliminar: La Contratación Electrónica de Servicios Financieros Bancarios con el Cliente-Consumidor, en Particular.**

La Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros incorporó al Derecho español el régimen armonizado establecido por la Directiva 2002/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre para los servicios financieros en todos los mercados financieros. El modelo europeo establece un régimen común para determinados aspectos relativos a los elementos que configuran la operación de comercialización o contratación de productos y servicios financieros (entidad de crédito o proveedor de servicios financieros, consumidor y proveedor de servicios de la sociedad de la información), los deberes de información previa y continua que se imponen a la entidad de crédito, los derechos potestativos que, con carácter condicional se reconocen al consumidor para desistir del contrato o instar modificaciones al mismo y a la posible solución extrajudicial de controversia, mediante arbitraje u otras modalidades alternativas. El carácter fragmentario de la Directiva se reproduce en la Ley española 22/2007, de 11 de julio, por lo que

nuestro estudio completará esta regulación con las normas generales de desarrollo reglamentario sobre transparencia de los servicios bancarios para la protección del cliente (Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre y la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de julio), en coordinación con las disposiciones en materia de obligaciones y contratos, a cuyo amparo se realizan los modelos utilizados por la *banca virtual o banca por internet* de la *praxis*.

El método comparado de las disposiciones generales y especiales de la contratación de servicios financieros con la *praxis* empresarial y judicial manifiestan la proximidad entre la realidad empresarial. También nos ha permitido valorar la adecuación y disfunciones de la contratación electrónica de servicios financieros bancarios con la consecución de sus fines de política jurídica, en orden a equiparar esta modalidad con la realizada de forma presencial, sin menoscabo al interés del cliente-consumidor. En este sentido, cualquier cliente mayorista o minorista –consumidor o no-, a través de la *Web* de la entidad de crédito tiene la posibilidad de conocer los productos y servicios que puede contratar electrónicamente; entre ellos, entre ellos, valores, instrumentos financieros. También puede consultar las condiciones que rigen la apertura de una cuenta o depósito bancario. Y, por similar procedimiento de acceso a la *Web* puede obtener una copia del documento electrónico relativo a las ofertas, solicitar información a la Entidad de Crédito, contratar y, sucesivamente, resolver la eventual controversia que se suscite respecto de la aplicación e interpretación del contrato celebrado. La gestión centralizada de la actividad financiera virtual da soporte igualmente a la privacidad y seguridad de toda la documentación asociada a la relación entre la Entidad de Crédito y sus respectivos clientes o usuarios.

## **II. El Significado Amplio y Funcional de la Contratación de Servicios Financieros.**

Las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC) han multiplicado los modos de desarrollar las actividades económicas y



la necesidad de nuevos instrumentos que adecúen la regulación a los mercados electrónicos. En este contexto, la llamada Banca virtual, Banca internet o Banca en línea se consolida en la primera década del presente siglo, como consecuencia de la elevación del número de usuarios, de la actividad realizada por las entidades de crédito y de la integración de todos los canales de comunicación con los clientes<sup>2</sup>. En esta modalidad de Banca, las técnicas de la información y de la comunicación mediatizan entre la entidad de crédito y sus clientes potencial o real, permitiendo la interacción de todos los elementos y actos que conforman la contratación de servicios financieros. La gestión centralizada de este sistema ha incrementado los canales de comunicación de las entidades de crédito a la hora de ofrecer sus productos y servicios, así como las posibilidades de cualquier interesado, de elegir y comparar los productos ofrecidos por las diferentes entidades de créditos, en su múltiple tipología y especie (depósitos, préstamos, compra de valores, entre otros) antes de proceder a su contratación. La contratación electrónica de servicios financieros puede realizarse de manera asíncrona «off line» y de manera síncrona «on line» y, en todo caso, integrándose la contratación presencial con la virtual y viceversa.

## **1. Funciones de los medios electrónicos en la *praxis* de la Banca Virtual o Banca por internet.**

En los anuncios, formularios de condiciones generales y de contrato marco puestos a disposición por las Entidades de Crédito, el uso

---

<sup>2</sup> Vid. en este sentido MUÑOZ LOMBARDÍA, A., para quien «a partir del 2001 se inicia un período de consolidación, con incremento de usuarios y actividad que ha propiciado, a partir de entonces, que se intensifique la venta por esta vía y una mayor integración de todos los canales de comunicación con los clientes» [«Banca electrónica: experiencia práctica del banco de Santander y tendencias 2010», In: *Derecho del sistema financiero y tecnología*, (Madrid Parra, A., dir.). Madrid: 2010. p. 188].

de las técnicas de la información y comunicación pueden ser utilizadas por el público y por el cliente con diferentes propósitos y, por consiguiente, con distinta consideración desde la óptica del Derecho de Obligaciones y contratos. En primer lugar, como medio para contratar, ya que a través de la página *Web* o sitio *Web* de la Entidad de crédito, cualquier cliente mayorista o minorista –consumidor o no- tiene la posibilidad de conocer los productos y servicios que ofrece la entidad, así como los que puede contratar por medios electrónicos. Así y entre las entidades consultadas, en sus respectivas *Web* se contiene información respecto de los productos y servicios que se ofrecen. Entre ellos, depósitos<sup>3</sup>, préstamos de valores<sup>4</sup>, préstamos e hipotecas<sup>5</sup>, derivados financieros<sup>6</sup>, «acuerdos de garantía financiera»<sup>7</sup>, «cesiones, temporales o no, en garantía u otras operaciones con finalidad directa o

---

<sup>3</sup> Información relativa a la «depósito supera 13 meses clientes» contenida en la *Web* de Banesto «Depósito supera 13 meses», para clientes de la Red Banesto Grupo Santander (clientes con cuenta activa en los últimos 12 meses), que aporten dinero nuevo: incremento neto de saldo en productos de pasivo (Vista/Ahorro, IPF, Depósitos, Fondos I, Seguros Financieros Sicav/Simcav, Cesión temporal de Activos, Recaudación de Impuestos y Activos Financieros), <<https://www.banesto.es>>. También *Openbank* «E-depósito open 13 meses», remunerado y «para el cálculo del incremento de posición global se tendrán en cuenta el saldo de todos los productos en los que el cliente sea titular». «La posición global será la suma de los siguientes productos: Cuentas corrientes Operativas, cuentas de ahorro, depósitos a plazo, fondos de inversión, planes de pensiones, activos financieros, cuenta de derivados, cuenta de valores, pagarés Santander de los que el cliente sea titular». «e-depósito open para nuevos clientes», total disponibilidad. (Información relativa a la «e-depósito open 13 meses» contenida en la *Web* <<https://www.openbank.es>>).

<sup>4</sup> A los préstamos de valores se refieren la Estipulación primera, 1.2 Operaciones, (ii), «Contrato Marco de Operaciones Financieras- 2009», AEB-CECA.

<sup>5</sup> *Banesto*. «Otros préstamos e hipotecas: Banesto Premium, AgroBanesto, Negocios y Autónomos», «Hipoteca Primera Vivienda», «Hipoteca Segunda Vivienda», «Hipotecas Premium», <<https://www.banesto.es>>.

<sup>6</sup> Los derivados financieros, mediante «operaciones financieras por diferencias (también llamadas contratos por diferencias)» aparecen en la Estipulación primera, 1.2 Operaciones, (ii), del «Contrato Marco de Operaciones Financieras- 2009» AEB-CECA».

<sup>7</sup> La referencia a las garantías financieras se encuentran en la Estipulación primera, 1.2 Operaciones, (iii), del «Contrato Marco de Operaciones Financieras- 2009», AEB-CECA.

indirecta de garantía vinculadas al Contrato Marco que tengan por objeto deuda pública, otros valores negociables o efectivo<sup>8</sup>, «fondos de inversión, planes de pensiones, activos financieros, cuenta de derivados, cuenta de valores, pagarés Santander de los que el cliente sea titular»<sup>9</sup>. En segundo lugar, como medio de comunicación entre el cliente y la entidad (por ej., «Mi correspondencia»). En tercer lugar, también es común que los clientes puedan realizar electrónicamente actos de gestión sobre su cuenta o sus cuentas (consulta, orden de traspasos, activación de tarjetas, cambio de claves). En cambio, la posibilidad de contratar electrónicamente difiere entre las entidades consultadas. Así, la contratación de cuenta corriente, depósito, préstamo, etc. se contempla en las condiciones de Openbank y de renta4banco, mientras que Banesto parece restringirlo para los usuarios clientes que hagan la provisión de fondos «nuevas imposiciones». Para el resto de los usuarios se informa que se consulte por teléfono o en la oficina.

Esta realidad empresarial de los formularios alojados en *Web* se adecúa a la posibilidad contemplada en la ley de comercialización de servicios financieros a distancia, de realizar por medios electrónicos todos los actos relativos a la contratación, con independencia de su adscripción jurídica en el campo del Derecho de Obligaciones y Contratos. En este sentido debe manifestarse, que el término «comercialización» utilizado por el legislador en el título de la Ley española y de la Directiva tiene un sentido amplio y comprensivo de cualquiera de los actos relacionados con el contrato de servicio financiero bancario que se concierte. Así se deduce de los términos y expresiones contenidas en sus disposiciones. Entre ellos, los comprendidos en la publicidad y en la fase precontractual del contrato, como son los de «información previa» de carácter comercial (art. 7.2, en

---

<sup>8</sup> Las «cesiones, temporales o no, en garantía u otras operaciones con finalidad directa o indirecta de garantía vinculadas al Contrato Marco que tengan por objeto deuda pública, otros valores negociables o efectivo». Así, en la Estipulación primera, 1.2 Operaciones, (v), del «Contrato Marco de Operaciones Financieras- 2009» AEB-CECA.

<sup>9</sup> Información relativa al «e-depósito open 13 meses» reproducida en la *Web* <<https://www.openbank.es>>.

conjunción con el art. 7.1 de la LCSF), así como la «ofertas» (art.6.1 LCSF) y la «negociación» (art.5.3 LCSF), respectivamente. Los actos asociados con el consentimiento y su posible revocación, como es el caso de la referencia a la «celebración» (arts. 5.3 y 6.1 LCSF) y al «desistimiento» (art.6 LCSF), respectivamente. Los términos que conectan con el cumplimiento o incumplimiento del contrato, entre los que se pueden citar, el «pago» (art. 11 LCSF) y la «reclamación extrajudicial» (art. 16 LCSF). De manera simultánea, la comercialización de servicios financieros en sentido amplio constituye la base y finalidad de la actividad empresarial de la Entidad de Crédito. Y a estos efectos, es indiferente la forma en la que se realicen o formalicen los sucesivos actos, ya de manera tradicional de documento oral y escrito en soporte papel y enviado por correo postal, ya de manera electrónica, a través de su puesta a disposición en la *web* y envío por *e-mail* (art. 9 de la CCSF, sobre la «comunicación de las condiciones contractuales y de la información previa»). O combinando ambas modalidades, de acuerdo con la contratación integrada de servicios financieros, de carácter presencial-virtual, que orienta las relaciones entre la entidad de crédito y su cliente en el presente siglo XX.

Entre las ventajas e inconvenientes advertidos en la experiencia de la banca por internet se señala, que la valoración por parte de los clientes y usuarios de la banca por internet es mayoritariamente favorable. Entre las ventajas se indican: la disponibilidad de la información o la realización de transacciones poco sofisticadas (apertura de cuenta, seguro distinto del de vida), junto con la fiabilidad y la seguridad en la plataforma. Entre las mejoras se realizan dos grupos de propuestas. En el primero de ellos, se pide: la ampliación la interacción de todos los elementos del sistema, con el fin de atender adecuadamente a las necesidades cambiantes de los clientes, la mayor información de los productos y la comparativa de los precios en el mercado obtención de información. En el segundo grupo, se reclama mejorar la eficiencia en los procedimientos asociados a los canales a distancia e incrementar la autonomía en aras a la toma de sus propias decisiones, mediante

herramientas y soluciones en las que apoyarse<sup>10</sup>  
<<http://www.bankimia.com>>.

En el plano de aplicación normativa, los problemas de la contratación electrónica de servicios financieros bancarios se advierten principalmente en relación con cuestiones comunes a otros contratos bancarios [contrato de permuta financiera, mediante condiciones generales con cláusula abusiva -STS, (sala de lo Civil), núm. 241/2013, de 9 de mayo- (RJ\2013\3088); validez del contrato de crédito vinculado a la adquisición de activos financieros –STS (sala de lo Civil), núm. 660/2012, de 15 de noviembre- (RJ\2013\18); responsabilidad del banco gestor por la pérdida de la totalidad de la inversión –STS (Sala de lo Civil), núm. 240/2013, de 17 de abril, (RJ\2013\2600)]. Y, en menor medida, en relación con aspectos singulares de la utilización de los medios electrónicos [La elección de la tarjeta de pago por el cliente debe considerarse consentimiento tácito al sistema de captura electrónica de firma en tableta digitalizadora – SAN (Sala Cont.-Admvo., Sec. 1ª, de 9 de octubre de 2007 (RJCA\2007\784)-. Inexistencia de responsabilidad de la entidad por los daños ocasionados al cliente derivados del cierre automático de posiciones al no aportarse nuevas garantía -SAM (Sección 11ª), núm. 9/2013, de 28 de diciembre (AC 2013\633)-].

## **2. Ámbito subjetivo: entidad de crédito o prestador de servicios financieros, consumidor y prestador de servicios de la sociedad de la información.**

En cuanto a los sujetos implicados en la comercialización electrónica de servicios financieros, el legislador se refiere, de una parte,

---

<sup>10</sup> Tomo síntesis de MUÑOZ LOMBARDÍA, A., en cuya opinión «la banca por Internet es un canal consolidado y muy apreciado por los clientes en todo lo que respecta a la operativa transaccional, (...) sin embargo, las entidades financieras deben mantenerse al día de las tendencias para ofrecer respuesta a las demandas de una clientela cada vez más exigente en todo el proceso de venta y postventa» [«Banca electrónica: experiencia práctica del banco de Santander y tendencias 2010», p. 189].

a la «entidad de crédito» o «entidad» o «proveedor de servicios financieros»; de otra, al «cliente», «consumidor», «cliente potencial, cliente» y el «proveedor de servicios de la sociedad de la información» e «intermediario» implicados (Entre otros, en los arts. 2, 4 y 5 de la Ley de comercialización de servicios financieros a distancia).

## **2.1. Entidad de Crédito: entidad bancaria y establecimiento financiero de crédito.**

El artículo 2 de la Ley de comercialización a distancia de servicios financieros se refiere a las «entidades de crédito» cuando determina su ámbito de aplicación, mientras que el artículo 5 del mencionado texto se refiere a ellas con el término de «proveedor» para referirse a la entidad de crédito como parte en el contrato y también «toda persona física o jurídica, privada o pública, que, en el marco de sus actividades comerciales o profesionales, presta un servicio financiero a distancia (...), en cualquier fase de la comercialización» (art. 5.1 LCSF 22/2007).

La Entidad de Crédito es toda empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público en forma de depósitos u otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos. Así se establece en el Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación de las entidades de crédito al Derecho de las Comunidades Europeas. Esta definición se ha simplificado en la Directiva 2006/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio<sup>11</sup>. En esta nueva definición se conserva la intermediación

---

<sup>11</sup> En relación con la modificación de la definición introducida por la Directiva 2006/48/CE, SANCHEZ-CALERO, F. *Principios de Derecho Mercantil*, (revisada por SÁNCHEZ-CALERO, J. 2013) manifiesta, que «esta definición, inspirada en diversas Directivas comunitarias, se ha visto superada por otra más sencilla y precisa contenida en la Directiva 2006/48/CE, que define la «entidad de crédito» como «una empresa cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia»», p. 660.

en el crédito como elemento común a las entidades de crédito<sup>12</sup>. Esta función esencial es compatible con la paulatina extensión de la actividad bancaria a otras operaciones conexas, como las relacionadas con los instrumentos financieros y llevadas a cabo por las entidades de créditos al compás del desarrollo los Mercados financieros. Por ello, se encuentran comprendidas en la expresión «negocios o contratos financieros»<sup>13</sup>.

El concepto amplio de Entidad de Crédito es de carácter funcional porque prescinde de la naturaleza jurídica que concretamente revista la entidad<sup>14</sup>. Comprende, de una parte, las entidades de créditos

---

<sup>12</sup> «La existencia de un elemento común en las diversas entidades de crédito como es el de su función intermediadora en el crédito, aunque no se dé en todas con el mismo alcance, y el hecho de que la banca pueda actuar en el ámbito operativo reservado a los establecimientos financieros de crédito, llevan a que la consideración del elemento subjetivo de la banca como parte caracterizadora de las relaciones negociales de intermediación se vea desplazado por el más amplio de entidades de crédito cuando se hace referencia a su intervención en la contratación bancaria, a la vez que dentro de la misma deban considerarse incluidas las tradicionalmente denominadas actividades parabancarias al irse difuminando una denominación que va dejando de tener la función originaria de señalar unas actividades que eran nuevas y que convenía someter a control. Es así que todas las operaciones de intermediación en el crédito tienen a irse agrupando en algunas normas bajo la denominación de “«servicios bancarios» (...), de forma que la consideración conjunta de las diversas actividades de intermediación no es ya sólo un tema de oportunidad en el sometimiento a unos regímenes de control, sino también una opción legal de contemplación conjunta, en muchos aspectos, de régimen contractual» (Vid. SEQUEIRA/GADEA/SACRISTÁN: “Introducción”. In: *La contratación bancaria*, p. 23-24).

<sup>13</sup> A este factor expansivo de la actividad bancaria se refiere el profesor CORTÉS, J, con la expresión «efecto multiplicador». En este mercado se desarrollan los negocios o contratos financieros, consistentes en intercambios o transacciones puramente financieras, es decir, operaciones o negocios en los que el dinero es el objeto mismo de la contratación, el objeto de la prestación que tipifica y singulariza los diversos contratos o negocios que, por ello y a diferencia de los que se conciertan en los mercados de bienes y servicios, podemos denominar, financiero, («Contratos y mercados financieros», *Derecho Mercantil* (MENÉNDEZ, A.; ROJO, A., dirs.). Madrid: 2013, p. 202 y 211).

<sup>14</sup> La concepción funcional de Entidad de Crédito se sostiene mayoritariamente en la doctrina. Este concepto se extrae de la clásica definición de la actividad bancaria como la representada por la intermediación profesional e indirecta en el crédito, con operaciones pasivas y activas funcionalmente interdependientes, aunque jurídicamente independientes (SANCHEZ CALERO, F.: «La delimitación de la figura de “entidad de

bancarias, como encargadas de la captación de fondos mediante depósitos de dinero y con independencia de la estructura que revista cada una de ellas: Bancos, Cajas de Ahorros y Establecimientos financieros de Crédito, como instituciones especializadas en determinados contratos y operaciones<sup>15</sup>. Esta delimitación amplia se deduce de la referencia general al término entidad de crédito, sin mayor precisión en el art. 2 de la Ley de comercialización a distancia de servicios financieros, 22/2007, en coordinación con el ámbito material de los servicios bancarios enunciados en el art. 52 de la Ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito, 26/1988, al que se remite el art. 4.2.a de la Ley de comercialización a distancia de servicios financieros<sup>16</sup>.

---

crédito” y la de otros sujetos”, p. 713). En esta corriente se enmarca TAPIA HERMIDA, A. En su opinión, “la actividad típica de las entidades de crédito es la intermediación indirecta en el crédito que se realiza mediante la conexión funcional entre las operaciones bancarias pasivas (de recepción de fondos del público) y las activas (de aplicación de los fondos captados) y que, además, aquellas entidades pueden realizar otras operaciones o servicios accesorios o complementarios de las anteriores. Es por ello por lo que el contrato bancario será el acuerdo de voluntades que instrumentará una operación de intermediación indirecta en el crédito o una operación accesoria a la misma» («El concepto y clasificación de los contratos bancarios», p. 134).

<sup>15</sup> «El elemento subjetivo «entidad de crédito» trasciende a lo que sería la presencia de las tradicionales entidades bancarias, a la vez que amplía el ámbito de las figuras de la contratación bancaria en torno al crédito, pero sin desplazar la presencia de la intermediación en el mismo como elemento caracterizador de la bancariedad, aunque no se produzca en todas aquéllas de la misma manera ni siempre sea clara la sola presencia en el contenido de los contratos bancarios de prestaciones financieras de carácter activo o pasivo desde el punto de vista de la entidad de crédito, a la vez que se hace necesario resaltar la presencia creciente de otras actividades bancarias que van adquiriendo un relieve que tiende a disminuir su consideración como simples actividades conexas a la intermediación crediticia y que van adquiriendo una sustantividad diferenciada en torno, básicamente, a los mercados de valores» (Vid. SEQUEIRA/GADEA/SACRISTÁN: «Introducción» en *La contratación bancaria*, p. 26).

<sup>16</sup> Art. 4 de la LCSF 22/2007. «*Ámbito material.*- 2. A los efectos de la presente Ley, se entenderán por servicios financieros...a) los servicios bancarios, de crédito o de pago: las actividades relacionadas en el artículo 52 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito».



A los propósitos normativos es irrelevante, que la contratación a distancia se realice directamente por la Entidad financiera o con la participación de uno o varios intermediarios (art. 2.3 LCSF). En relación con esta materia se indica, que «La banca electrónica ha permitido atender la necesidad de expansión del negocio bancario, manteniendo el sistema de distribución en los parámetros propios de la venta directa (...), por lo que la distribución de servicios bancarios a través de colaboradores (agentes, intermediarios) no ha constituido en el pasado un mecanismo cuantitativamente relevante, aunque la figura del agente de entidades de crédito está reconocida y regulada desde hace algún tiempo»<sup>17</sup>.

Con el término «proveedor» y «proveedores de servicios financieros», la Ley de comercialización de servicios financieros a distancia se refiere, indistintamente, a la entidad de crédito y al intermediario, según se deduce del tenor del art. 5, párrafo 1, que dice: «se considera como proveedor toda persona física o jurídica, privada o pública, que en el marco de sus actividades comerciales o profesionales, presta un servicio financiero a distancia. A los efectos de esta Ley, se considera como proveedores a quienes intervengan por cuenta propia como intermediarios en cualquier fase de la comercialización». Distinto de los anteriores es el «proveedor de una técnica de comunicación a distancia», al que nos referimos más adelante.

La aplicación de la Ley de comercialización de servicios financieros a distancia se extiende también a las entidades extranjeras con sucursales en España y que figuren inscritas en alguno de los

---

<sup>17</sup> Vid. MARIMÓN, R... Este autor se refiere al intermediario en el mercado de crédito contemplado en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, sobre contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. En relación con esta norma, el citado profesor señala que aparece así «una nueva clase de entidades que operan en el mercado de crédito, como intermediarios, sin poseer la calificación de entidades de crédito ni de agentes (...) y se incluyen entidades que funcionan, bien de forma independiente, o bien en colaboración con una o varias entidades de crédito», entre otros medios, a través de redes de distribución, de carácter predominantemente vertical. [«Redes financieras y protección del cliente», en *Nuevas perspectivas del Derecho de Redes empresariales* (RUIZ PERIS, J.I., dir.). Valencia: 2012, p. 163-164].

registros administrativos de entidades a cargo del Banco de España (art. 2.1 LCSF).

## **2.2. El consumidor o usuario de servicios financieros bancarios.**

El cumplimiento de la Ley de comercialización a distancia de servicios financieros tiene carácter imperativo para la contratación realizada con el consumidor y de carácter dispositivo en los demás casos (art. 3 LCSF). El consumidor es la persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional (art. 5, último párrafo LCSF 22/2007, coincidente con el art. 2, ap., *d* de la Directiva 2002/65/CE y también con el art. 3, letra a) de la Directiva de crédito al consumo -2008/48/CE-, éste último aplicable al crédito garantizado sobre bienes inmuebles de uso residencial –art.4.3) Directiva 2014/17/UE-). Este concepto de consumidor sirve para delimitar a quien interviene en la relación bancaria con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros (concorde con la Exposición de Motivos al TRLGCU, III, segundo párrafo)<sup>18</sup>. La restricción de la figura del consumidor a la persona física excluye a la persona jurídica, coincidiendo con la delimitación dispuesta en la Directiva 2008/48/CE,

---

<sup>18</sup> La Exposición de Motivos del 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 declara, que: «El consumidor y usuario, definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados; contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros» (EM, III, tercer párrafo). El destino al mercado se considera por el profesor BERCOVITZ, A., lo determinante de la exclusión de la noción de consumidor o usuario... de la actividad circunscrita al ámbito personal, familiar o doméstico («Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», *Estudios sobre el consumo*, p. 30).

de 23 de abril, sobre crédito al consumo<sup>19</sup>. Y también es la opción del artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios, de acuerdo con el art. 2.1) de la Directiva 2011/83/UE, sobre derechos del consumidor y que dice: «toda persona física que, en los contratos a distancia, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial o profesional». El legislador considera irrenunciable los derechos reconocidos en la ley al consumidor y, en su defecto serían nulos los actos realizados en fraude de ley, conforme a lo previsto en el art. 6 del Código Civil (art. 3 LCSF)<sup>20</sup>.

Siguiendo al Derecho Privado tradicional, la protección al consumidor o usuario en la prestación de servicios financieros a distancia se articula por tres núcleos fundamentales de disposiciones: El primero y principal, aglutina las normas de transparencia y publicidad exigidas a las entidades de crédito. Estas disposiciones son de carácter público-privado y suelen consistir en proporcionar una información al mercado que permita una clara configuración de la voluntad de los

---

<sup>19</sup> El art. 3.a) de la Directiva 2008/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril define al consumidor como toda “persona física que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional”.

<sup>20</sup> Art. 3 de la LCSF 22/2007: «Carácter imperativo.- Los consumidores de servicios financieros prestados a distancia no podrán renunciar a los derechos que se les reconocen en esta Ley.

La renuncia a los derechos reconocidos por esta Ley a los consumidores es nula, siendo asimismo nulos los actos realizados en fraude de esta Ley, conforme a lo previsto en el artículo 6 del Código Civil.

Las normas de protección a los consumidores contenidas en 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 con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo.

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».

diversos sujetos que actúan en él. Complementarias a estas últimas son las disposiciones que exigen a la entidad de crédito proporcionar las instrucciones necesarias para el manejo de los instrumentos técnicos, formalización, acceso y descarga de los respectivos documentos (arts. 7 y 9 de la LCSF). El segundo núcleo normativo protector del consumidor lo integra el reconocimiento y contenido reglado de ciertos derechos potestativos al consumidor; de una parte, el derecho de desistimiento del contrato, que tiene una amplia lista de excepciones por causa del «riesgo de la oscilación del precio no controlable por la entidad de crédito» (arts. 10 y 11 de la LCSF); de otra, la potestad de instar la anulación de un cargo indebido utilizando el número de una tarjeta de pago (art. 12 de la LCSF). El tercer núcleo de protección lo conforman las disposiciones relativas a la declaración de la carga de la prueba del cumplimiento de las obligaciones por parte de la Entidad de crédito de la (art. 17 de la LCSF) y, en menor medida, la posibilidad de acudir a mecanismos alternativos para resolver las controversias (art. 16 de la LCSF). De manera indirecta, la protección del consumidor se fortalece, a través del sistema de vigilancia, asesoramiento, ordenación normativa, reclamaciones y sancionador que el propio sistema bancario contiene en el marco del Derecho Público administrativo<sup>21</sup>.

En el plano de política jurídica, la valoración del sistema cautelar del consumidor o usuario contemplado por la Ley de comercialización de servicios financieros a distancia sustentado en la información es positiva, dada la importancia del conocimiento que proporciona esta información en el comportamiento del consumidor, desde la perspectiva económica de «consumir» y desde la jurídica de «contratar». En este contexto es sabido, que en el campo de las ciencias sociales, la información es una variable significativa en el comportamiento económico del consumidor a la hora de adoptar su decisión para consumir, pues no cabe elección racional sin información<sup>22</sup>. Y desde esta

---

<sup>21</sup> Vid. SEQUEIRA/GADEA/SACRISTÁN: «Introducción» In: *La contratación bancaria*, p. 29.

<sup>22</sup> En palabras del profesor RAGA GIL, J., «no cabe elección racional sin información. La rotundidad de la afirmación sólo es admisible por la evidencia que la misma encierra. Si la decisión del consumidor implica siempre una decisión entre alternativas,

óptica, el regulador sitúa la información como el núcleo fundamental sobre el que se sustenta el sistema de protección al consumidor y también en el sector de los servicios financieros objeto de nuestro examen<sup>23</sup>. Así, mediante la información el consumidor puede conocer los extremos esenciales de la operación y decidir si contratar o no contratar, si manifestar su conformidad o disconformidad con el bien adquirido... Este nivel de conocimiento previo proporcionado al cliente potencial graduará la fuerza del consumidor frente al comerciante o profesional para recabarle la información que precise hasta alcanzar el conocimiento adecuado para adoptar una decisión. Y, por ello, la información tiene que «ser veraz» y completa<sup>24</sup>. En este contexto se comprende la elevación de la información como paradigma de la protección al consumidor y su el carácter continuo que imprime en la relación financiera bancaria (arts. 7-9 LCSF). Esta relevancia de la información y el carácter continuo de la misma son también los rasgos que marcan la política comunitaria de protección al consumidor<sup>25</sup>.

---

la decisión consciente requiere conocimiento cierto, al menos en la certidumbre humana, de los hechos, de las condiciones en que se desenvuelven las alternativas, de sus ventajas, sus inconvenientes, y, cuando la elección recaiga sobre medios, materiales o no, para cumplir los fines pretendidos por la elección, conocimiento también de los atributos de aquellos medios» («La información veraz, variable significativa en la elección del consumidor» In: *Derecho renovado del consumidor: Entre la Economía y el Derecho*. Madrid: 2010, p. 42).

<sup>23</sup> Vid. TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>.R.: «La información del consumidor en la contratación bancaria a distancia», In: «El consumidor en la contratación bancaria electrónica», *Perspectivas del Sistema Financiero*, 96/2009, monográfico, p. 29-66.

<sup>24</sup> « (...) son los agentes que operan en el mercado los responsables de esa veracidad que el mercado tendrá que transmitir a cuantos a él concurran. Y, hablando de consumo, son los agentes que operan por parte de la oferta, es decir, productores, distribuidores e intermediarios, los que deben de asumir la responsabilidad, frente a los consumidores y frente a la sociedad en su conjunto, de la veracidad de la información que transmiten sobre los bienes y sus condiciones, sobre sus atributos y ventajas, así como sobre sus riesgos e inconvenientes», *nota supra*, p. 43.

<sup>25</sup> Más detalle sobre la política comunitaria, respecto del alcance y límites de la información como núcleo de la protección al consumidor en FLORES, M<sup>a</sup>. S.: «Armonización plena y nivel de protección del consumidor: un punto crítico en la Directiva proyectada», *Derecho renovado del consumidor. Entre la Economía y el Derecho*, Madrid 2010, p. 85 et al.

A estos propósitos basta con enunciar las actividades que en ella se comprenden y a las que se refieren los artículos 7, 8 y 9 de la Ley de comercialización de servicios financieros a distancia. De una parte, la publicidad del bien o servicio que la Entidad de Crédito ofrece por la banca virtual (promociones, ofertas y contratación de la más amplia naturaleza y tipología: apertura de crédito, depósito, tarjeta de pago, adquisición de valores). De otra, la puesta a disposición de las condiciones generales que constituyen la base de los posibles tratos preliminares, en orden a la formación de las correspondientes declaraciones vertidas en el contrato (acceso y eventual intercambio de información entre el potencial cliente-consumidor y la Entidad de crédito, acerca de la clase y características del bien o del servicio que se desee contratar). A todo este proceso se refieren los deberes de información a cargo de la Entidad de Crédito (principalmente, los arts. 7-9 LCSF), con fines publicitarios o comerciales (art. 7.2, en relación con el art. 7.1, ambos de la LCSF), así como las propuestas y ofertas para contratar (arts. 8 y 9 de la LCSF). Todas ellas dirigidas a garantizar que el consentimiento que el consumidor presta en estos contratos no adolece de deficiencias informativas y que la información suministrada al consumidor sea suficiente y adecuada<sup>26</sup>, no sólo suficiente para poder apreciar el servicio financiero que se le propone y, en consecuencia, realizar su elección con conocimiento de causa, sino también la adecuada respecto del medio de transmisión ni tampoco derivadas de un uso inapropiado encauzados a reforzar el interés privado patrimonial de los clientes bancarios, con especial hincapié en los consumidores. Por ello, la configuración y contenido reglado e imperativo de las

---

<sup>26</sup> En relación con la información que han de recibir los consumidores antes de la celebración del contrato, la profesora TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. R., manifiesta que ha de ser «no sólo *suficiente* para poder apreciar el servicio financiero que se le propone y, en consecuencia, realizar su elección con conocimiento de causa, sino también la adecuada al medio electrónico elegido (...). En este sentido, debe considerarse acertado el régimen específico de información previsto para el caso de comunicación a través de telefonía vocal no contemplado en ninguna norma anterior de protección del consumidor». «La información del consumidor en la contratación bancaria a distancia», p. 29.

obligaciones informativas a cargo de la entidad de crédito, la observancia de las mismas, con carácter previo a la declaración de aceptación y el eventual derecho potestativo de desistimiento que se reconoce en ciertos casos al consumidor (arts. 10-11 de la LCSF).

Ahora bien, técnicamente, la aplicación de la Ley de comercialización de servicios a distancia ha de ser coordinada y sistemática con el ordenamiento jurídico privado. En este sentido, el estudio coordinado de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros, conjuntamente con las normas generales de desarrollo reglamentario sobre transparencia de los servicios bancarios para la protección del cliente (Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre y la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de julio), así como de estas últimas con el Derecho sectorial financiero y de obligaciones y contratos es necesaria para solucionar algunos problemas técnicos que inciden en la consecución de los fines de política jurídica<sup>27</sup>. Y el recurso a la misma tiene su fundamento en una interpretación, sistemática y finalista del Derecho de Obligaciones y contratos, que está presente en las múltiples remisiones contenidas en la propia ley de comercialización a distancia de servicios financieros, tanto a la legislación sectorial financiera (arts. 1 y 4.2 de la LCSF, en relación con la aplicación del régimen del servicio financiero objeto de la operación) y electrónica (art. 1 de la LCSF y en concreto para las comunicaciones no solicitadas –art. 14 LCSF–), como a la regulación general de consumidores (art. 1 de la LCSF) y de Obligaciones y contratos (art. 9.4 LCSF, en relación con la teoría general de ineficacia de los contratos, contemplada en el CC –arts. 1300-1314–).

Por lo que se refiere a la interpretación sistemática de las disposiciones, ésta puede inferirse de las reiteradas cláusulas de remisión a los diversos bloques normativos contenidas en la Ley 22/2007 (entre otros...), la Orden EHA2899/2011 (...) y la Circular del Banco de

---

<sup>27</sup> En esta línea de pensamiento también MAYORGA TOLEDANO, M<sup>a</sup>. C.; quien considera que la dispersión normativa se constituye la característica esencial y básica de los contratos bancarios («La protección del consumidor en la contratación electrónica bancaria», In: *Sistema Financiero y Tecnología*. Madrid: 2010. p. 260).

España 5/2012 (...). Esta interpretación coordinada explica, que la concepción restringida de contrato de servicio financiero a distancia en la Ley 22/2007 a aquéllos en los que su «celebración se utiliza alguna técnica de comunicación electrónica», debe colmarse con la aplicación del régimen básico de transparencia, que con carácter general se contempla para todos los servicios financieros en la Orden EHA2899/2011 y en la Circular del Banco de España 5/2012, con expresa referencia a la utilización de «medios electrónicos», indistintamente, en la «prestación» (art. 3.4 de la Orden EHA 2899/2011), en la «puesta a disposición de la información» o en su archivo «soporte duradero» (Norma tercera y quinta, respectivamente de la Circular 5/2012). Y, viceversa, que el significado de los términos relacionados con la contratación electrónica, como los de técnica de comunicación a distancia, soporte duradero han de extraerse de la Ley de comercialización a distancia de servicio financiero o en las electrónicas relacionadas con la misma.

Similar resultado encuentra una interpretación del régimen de transparencia sustentado en los deberes de información impuestos a las entidades de crédito con el fin de asegurar que el cliente potencial pueda conocer los productos y servicios que se le ofrecen y que el cliente-consumidor emitir el consentimiento con suficiente conocimiento del contrato que celebra con la entidad. Así se deduce de la referencia general a la protección del cliente de servicios financieros, así como de las más concretas contempladas en las disposiciones objeto de examen. Entre ellas, la necesidad de evitar «los efectos de la asimetría de información y (...) adoptar sus decisiones económicas de la forma» (Exp. Motivos, I, Orden EHA 2899/2011), que el cliente «pueda comparar ofertas similares y pueda adoptar una decisión informada sobre un servicio bancario» (Norma Sexta de la Circular 5/2012, (...) sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamo). El examen del desarrollo normativo de la transparencia y su aplicación en la *praxis* nos permitirá valorar la regulación y apuntar las posibles propuestas de interpretación rectificadora o de reforma.



Por último reiterar, que la aplicación de la LCSF 22/2007 a la contratación con el cliente no consumidor es posible siempre que así elijan las partes, según lo autoriza el principio de autonomía de la voluntad, proclamado en el 1255 del Código Civil; el cual se apunta para la aplicación territorial de la LCSF en el art. 2.4.c)<sup>28</sup>. A esta idea contribuye la práctica los formularios, clausulado y de condiciones generales predispuestas por las Entidades de Crédito para racionalizar y simplificar la contratación en masa.

### **2.3. Prestador de servicios de la sociedad de la información y su posible coincidencia con el prestador de servicios financieros.**

El art. 6 de la Ley de comercialización de servicios a distancia se refiere al « prestador o prestadores de servicios de la sociedad de la Información». Estos son las personas que hacen posible la conexión electrónica entre las partes mediante la puesta a disposición de la infraestructura y medios de transmisión electrónica: telefonía, telemático. El prestador de servicios de la sociedad de la información se define como la persona física o jurídica que pone a disposición de la Entidad de Crédito una o más técnicas de comunicación a distancia (medios telemáticos, electrónicos, telefónicos, fax u otros similares) (art. 6.2, en relación con el 4.3 LCSF 22/2007)<sup>29</sup>. Normalmente el prestador de servicios de la sociedad de la información coincidirá con el prestador de servicios financieros toda vez, que las entidades de crédito tienen la obligación de disponer de un medio de interlocución telemática para la prestación de servicios al público, según se establece en el art. 2 de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de medidas de impulso de la sociedad de la información. La naturaleza jurídica de esta obligación se comprende entre los deberes de *status* aplicable a todas las empresas de

---

<sup>28</sup> El art. 2.4 de la LCSF 22/2007, relativo al ámbito subjetivo de aplicación dice: «Esta Ley, ... también se aplicará a los proveedores de servicios establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo cuando ... d) Régimen de elección por las partes contratantes de la legislación aplicable al contrato».

<sup>29</sup> Art. 6.2 de la LCSF 22/2007: «Se entiende por proveedor de una técnica de comunicación a distancia toda persona, física o jurídica, pública o privada, cuya actividad comercial o profesional consista en poner directamente a disposición de los proveedores de servicios financieros una o más técnicas de comunicación a distancia».

cierta trascendencia económica, entre las que expresamente se comprenden las Entidades de Crédito y demás adscritas a los mercados financieros (art. 2.2.b)<sup>30</sup>. En cualquier caso, el régimen jurídico de estos prestadores de servicios se encuentra en las respectivas regulaciones sectoriales, dictadas para cada modalidad operativa o tecnológica (entre ellos, operadores de redes, de enlaces a contenido o instrumentos de búsqueda, de alojamiento y almacenamiento de datos). Estas disposiciones especiales se complementan con el régimen general electrónico, representado por el aplicable a los prestadores de firma de certificación (LFE 59/2003, arts. 2 y ss.) y el dispuesto para todo prestador de servicios de la sociedad de la información en la Ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, 34/2002 (Título II, arts. 6-18 LSICE). En este marco normativo, la experiencia empresarial ha puesto de manifiesto el uso residual de los certificados electrónicos y, en especial del Documento Nacional de Identidad electrónico en plataformas financieras, contrariamente a las expectativas que guiaron al legislador en su previsión normativa<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> Art. 2 de la LISI, 56/2007: «Obligación de disponer de un medio de interlocución telemática para la prestación de servicios al público de especial trascendencia económica».

1. Sin perjuicio de la utilización de otros medios de comunicación a distancia con los clientes, las empresas que presten servicios al público en general de especial trascendencia económica deberán facilitar a sus usuarios un medio de interlocución telemática...
2. A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, tendrán la consideración de empresas que presten servicios al público en general de especial trascendencia económica, las que agrupen a más de cien trabajadores o su volumen anual de operaciones, calculado conforme a lo establecido en la normativa del Impuesto sobre el Valor Añadido, exceda de 6.010.121,04 € y que, en ambos casos, operen en los siguientes sectores económicos:
  - b) Servicios financieros destinados a consumidores, que incluirán los servicios bancarios, de crédito o de pago...: las actividades relacionadas en el artículo 52 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito».

<sup>31</sup> Vid. MUÑOZ, A.: «Banca electrónica: experiencia práctica del banco Santander y tendencias 2010», p. 190.

### **3. Ámbito objetivo: Actos relacionados con la contratación de bienes y servicios desarrollada en la actividad de las entidades de créditos.**

Los actos funcionalmente dependientes o relacionados con el contrato de servicios financieros son al mismo tiempo, el objeto de la actividad empresarial de la Entidad de crédito y de los contratos enunciados en el artículo 52 de la Ley de disciplina e intervención de las entidades de créditos. En síntesis, los contratos comprendidos comúnmente en la actividad de intermediación en el crédito y en otras operaciones conexas llevadas a cabo por las entidades de créditos al compás del desarrollo los Mercados financieros<sup>32</sup>. Esta interpretación evolutiva del art. 52 coincide con la que se deduce para la contratación electrónica de servicios financieros, ya que el art. 4.2 de la Ley de comercialización de servicios financieros a distancia se remite al mencionado art. 52 de la Ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito para determinar el significado y el alcance del término «servicios financieros».

#### **3.1. El significado plural de comercialización: actos de promoción y de contratación.**

El tenor, *comercialización de servicios financieros*, (que titula la ley y se reitera en el art. 6 entre otros) coordinado con los términos *ofertas, celebración del contrato* (art. 6 de la LCSF) muestran que el objeto y contenido de la regulación básica fijada para la contratación electrónica en la Ley de comercialización a distancia de servicios financieros tienen por referencia a los actos relacionados con la publicidad y con el proceso contractual del contrato de servicios financieros. Estos actos versan sobre bienes, derechos (dinero, valores, instrumentos financieros, créditos) y servicios (asesoramiento, transferencia, intermediación), según se aprecia en la *web* de las

---

<sup>32</sup> Vid. el epígrafe «Entidad de crédito: entidad bancaria y establecimiento financiero de crédito».

entidades objeto de nuestro examen, con independencia del canal de comunicación que se utilice en cada caso: *presencia del cliente en la entidad, web, teléfono*. Esta conclusión se deduce también en el desarrollo positivo de la Ley de comercialización de servicios financieros a distancia. Entre ellos, en el art. 1, relativo al objeto de la Ley, en el que se comprenden todos los actos vinculados a la vida del contrato: a) su formación: *negociados*, b) su existencia y perfección: *celebrados* c) su cumplimiento: *prestados*; c) su inobservancia, cesación, quejas y reclamaciones (arts. 15, 16 de la LCSF). En el art. 4 de la ley, relativo al ámbito material de la ley a *los contratos y a las ofertas relativas a los mismos*. En la exigencia del art. 7.2 de la ley, de hacer constar la *finalidad comercial* de la *información previa al contrato* que ha de proporcionar la Entidad de Crédito, *inequívocamente* (art. 7.2 de la LCSF). Esta interpretación amplia del término *comercialización* también es acorde con los fines de política jurídicas, que inspiran la Directiva de comercialización a distancia de servicios financieros transpuesta por la Ley española 22/2007, en orden al aprovechamiento de las ventajas ofrecidas por la integración de las tecnologías de la información y de la comunicación a la vida social, así como de la mejora en la eficiencia empresarial y el incremento de las posibilidades de elección de los usuarios<sup>33</sup>. En la ordenación sistemática de los sectores normativos en el Derecho español, los actos señalados se adscriben al Derecho de la Publicidad y al de Obligaciones y contratos; por lo que la vinculación con cada uno de los campos jurídicos, de manera separada o a ambos conjunta y coordinadamente deben apreciarse en la aplicación de la Ley de comercialización a distancia de servicios financieros al caso concreto.

Las ideas señaladas se adecúan a las observaciones de la realidad empresarial. En este sentido, la comparación entre el contenido de los anuncios publicados en la *Web* de las entidades de crédito y el fijado en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad (LGP)

---

<sup>33</sup> Más detalles sobre los fundamentos económicos y jurídicos de la Directiva, en relación con el Programa Europeo de protección al consumidor, FLORES, M<sup>a</sup>. S.: «Naturaleza y caracterización de la contratación bancaria con el consumidor», p. 1 et al.

permite calificar la información mencionada en ellos de «acto de publicidad», por concurrir en sus declaraciones los elementos de la caracterización legal de publicidad, representados por la naturaleza del acto, el elemento funcional y causal. En cuanto al elemento estático, de la naturaleza del acto: el tratarse de una *forma de comunicación realizada por una persona... jurídica... a un destinatario indeterminado*; en el caso de la banca virtual nos encontramos con declaraciones que figuran en un entorno de acceso público, como es la *Web*, en la que se realizan declaraciones a un número indeterminado de destinatarios, con un contenido de carácter preferentemente informativo respecto de los bienes y servicios que ofrece la Entidad de Crédito (contratos sobre adquisición e intermediación de valores e instrumentos financieros, dinero, de asesoramiento financiero, etc.). En relación con el elemento funcional por cuanto, que el acto de publicidad se realiza *en el ejercicio de una actividad comercial... o profesional*; en nuestro caso, la actividad de intermediación en el Mercado de dinero y de Valores<sup>34</sup>. Y en relación con el elemento causal, representado por la finalidad del acto de publicidad *promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones*; en el objeto de nuestro examen, la Entidad de Crédito promociona la contratación de sus bienes y servicios, mediante una información detallada acerca de las clases y tipos de actos que pueden realizarse telefónicamente o por medios telemáticos. Por consiguiente, la Ley general de publicidad, núm. 34/1988, de 11 de noviembre se aplicaría coordinadamente con las disposiciones especiales, contenidas en la normativa sectorial financiera [entre ellas, la circular del Banco de

---

<sup>34</sup> Esta conclusión guarda relación con la definición legal de Entidad de Crédito sostenida anteriormente, con extensión a toda empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público en forma de depósitos u otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos. Esta delimitación amplia también se deduce de la referencia general al término entidad de crédito, sin mayor precisión en el art. 2 de la LCSF 22/2007, en coordinación con el ámbito material de los servicios bancarios enunciados en el art. 52 de la LDIEC (Vid. epígrafe relativo a la Entidad de Crédito: entidad bancaria; establecimiento financiero de crédito).

España 5/2012, de 27 de junio, sobre transparencia de los servicios bancarios (...)]. Y en relación con estas disposiciones tendrían que ser cumplimentados en el diseño, desarrollo y contenido de la *Web* por las entidades de crédito.

En el contenido informativo reflejado en la *web*, el «cliente potencial o real» también puede acceder a determinadas informaciones relacionadas con el catálogo de productos y servicios, que son susceptibles de configurar uno o varios contratos, con indiferencia de la categoría y tipo de contrato al que pueda adscribirse en el mundo jurídico. A título enunciativo, contrato de depósito (a la vista, de fondos reembolsables), créditos (préstamo, crédito al consumo), contrato de intermediación (asesoramiento, alquiler de cajas de seguridad, intermediación en operaciones sobre valores negociables, instrumentos del mercado monetario, instrumentos financieros a plazo, opciones, futuros, permutas financieras), entre los que destacan los de permuta y otros derivados financieros, y que en el mercado minorista se suele realizar con una función de cobertura respecto de la posición del cliente en el contrato principal, de carácter crediticio, según se manifiesta en los casos enjuiciados por nuestros tribunales (por ejemplo, el contrato de permuta financiera examinado por la AP Cuenca (Sección 1ª), sentencia núm. 248/2012, de 25 de septiembre. AC 2012\2142<sup>35</sup>). Entre los modelos empresariales de regulación de estos contratos se distinguen dos variables. Una de ellas es la representada por la celebración de los contratos mediante las condiciones generales aplicables a cada uno de los tipos de contratos y en las que se refleja la cláusula de «posición global del cliente» (es el caso de los clausulados reproducidos en la *Web*

---

<sup>35</sup> En este caso, el Tribunal de apelación declaró que «el contrato bancario de permuta financiera de tipos de interés o swap nulo por error invalidante en el consentimiento, provocado por el incumplimiento por la entidad crediticia demandada de su deber de información a la entidad cliente, no sólo respecto de la omisión de toda referencia en el contrato a la finalidad de cobertura del riesgo de incremento del interés variable o al concreto riesgo que cubre; por lo que la condición de PYME sin conocimientos financieros le impidió conocer las características esenciales del producto financiero ofertado y el alcance que podrían llegar a tener las prestaciones asumidas». [AP Cuenca (Sección 1ª), sentencia núm. 248/2012, de 25 de septiembre. AC 2012\2142].

o incorporados mediante la correspondiente remisión a un tablón de anuncios o a su solicitud por el cliente en la oficina de la entidad). La otra se correspondería con los contratos realizados siguiendo el ya citado modelo de «contrato marco de operaciones financieras ». Mediante este contrato las partes –entidad y cliente- acordarían una «única relación jurídica», que tendría un clausulado invariable para determinadas prestaciones y condiciones (solidaridad pasiva, compensación) comunes para todos los contratos que se realizaran entre las partes y en cuyo respectivos clausulados se comprenderían, a su vez, la cláusula de incorporación al mencionado contrato marco.

En el marco del ordenamiento jurídico, Ley de comercialización a distancia de servicios financieros es de carácter interdisciplinar, ya que en su contenido coexisten normas reconducibles al Derecho Privado y al Derecho Público. Desde el punto de vista material o sustantivo, las normas de Derecho Privado se adscriben, preferentemente al sector de las obligaciones y contratos, porque se refieren a derechos, obligaciones y demás aspectos de la relación contractual, pero que en la relación con el consumidor adopta un matiz público determinado por el contenido imperativo y reglado para esta modalidad de contratación. Entre ellas: el deber de información que recae en la Entidad de Crédito acerca de las contenido contractual (arts. 7 y 8 de la LCSF); los derechos potestativos, de desistimiento y rescisión del contrato reconocidos al consumidor (arts. 10 y 11 de la LCSF) o la cláusula general de remisión al régimen general de la nulidad de los contratos (art. 9.4 LCSF), es decir, a los artículos 1300-1314 del Código Civil. Por su parte, las normas de Derecho Público pertenecen al ámbito del Derecho Administrativo y se vinculan ordinariamente a aspectos relativos a la protección del interés público del consumidor o a cuestiones de índole sancionadora. Es el caso de la obligación de dejar constancia de la oferta y de la celebración del contrato en un soporte duradero (art. 6.1 de la LCSF); la acción de cesación contra conductas que lesionen el interés colectivo o difuso del consumidor (art. 15 de la LCSF); la aplicación del régimen sancionador administrativo dispuesto en la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (art. 18.2.a LCSF), por

entenderse que las reglas contenidas en la Ley de comercialización a distancia de servicios financieros son *normas de ordenación y disciplina* a las obligaciones de información y de no envío de comunicaciones no solicitadas que se imponen a la Entidad de Crédito (art. 18.2 de la LCSF)<sup>36</sup>

El seguimiento por la Ley de comercialización de servicios financieros, 22/2007, al mandato de la Directiva sobre comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores (2002/65/CE, de 23 de septiembre) implica el reconocimiento positivo de la importancia de la actividad publicitaria y de la fase precontractual como elemento causal de la captación de clientes y, subsiguientemente, de la contratación bancaria. De aquí, la cuidada selección de los aspectos y detalles relacionados con el contrato (precio, reconocimiento y ejercicio de derechos potestativos, legislación aplicable, etc.-arts. 7-8 de la LCSF), de los que ha de informar la Entidad de Crédito, con carácter previo a la contratación. Con ello, nuestro legislador se adhiere a la vigorosa línea de pensamiento partidaria de sustentar la defensa del interés del consumidor sobre una profusa información, en el entendimiento de que el conocimiento previo y completo de los respectivos derechos y obligaciones reside la clave para la formación de la voluntad de contratar. En este sentido, el legislador concibe que «un régimen riguroso en cuanto a la información que deben recibir los consumidores antes de la celebración del contrato» es «suficiente para que el contrato pueda cerrarse con completo conocimiento por las partes contratantes de sus respectivos derechos y obligaciones» (Preámbulo, III, en sus dos primeros párrafos).

---

<sup>36</sup> El art. 18.2 de la LCSF 22/2007 dice: «En el caso de los proveedores de servicios financieros incluidos en el artículo 2.1 de esta Ley (entre las que se incluyen las Entidades de crédito), se considerarán normas de ordenación y disciplina, las disposiciones contenidas en la presente Ley relativas a la obligación de dejar constancia de las ofertas y la celebración de los contratos en un soporte duradero según establece el artículo 6.1; 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...».



### **3.2. La delimitación del contrato financiero bancario mediante el sistema de lista y cláusula general.**

La dimensión amplia del ámbito objetivo de la Ley también se produce respecto de la clase y especie de contratos a los que se aplica la norma y, dentro de ellos, en relación con el objeto sobre el que pueden recaer los mencionados contratos (dinero, valores, derechos de crédito e instrumentos financieros). El legislador opta por una fórmula enunciativa para referirse a los servicios financieros como objeto del contrato negociado, celebrado o cumplido entre las partes.

Al margen de que los servicios bancarios y financieros se relacionen en el catálogo de servicios de uso común y generalizado por los consumidores y usuarios (Anexo I, letra C. del RD 1507/2000, de 1 de septiembre, por el que se actualiza el RD 287/1991, de 8 de marzo), en el campo privado de la clasificación de los contratos, la expresión servicio financiero no es un término que se corresponda con un tipo de contrato del catálogo contemplado en el Código Civil (arts. 1445-1886) y de Comercio (art. 175, conjuntamente con los arts. 116-442 y concordantes). Por otra parte reiteramos, que la Ley de Comercialización a distancia, en conexión con la Ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito definen el término «servicios bancarios» y de «servicios financieros bancarios», a través de una lista enunciativa, acompañada de una cláusula general. De ambas puede inferirse un concepto amplio de contrato financiero bancario, acorde con la delimitación funcional de la actividad económica desarrollada por las entidades de crédito y representada por la de intermediación en el crédito y las conexas y accesorias a ellas, que versen sobre bienes, derechos y servicios normalmente integrados en los mercados financieros (art. 4.2 LCSF 22/2007<sup>37</sup>, en relación con el art. 52 de la LDIEC)<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Art. 4.2 de la LCSF 44/2007: «A los efectos de la presente Ley, se entenderán por servicios financieros los servicios bancarios, de crédito o de pago, los servicios de inversión, las operaciones de seguros privados, los planes de pensiones y la actividad de mediación de seguros».

De conformidad con este planteamiento, la lista enunciativa se extrae por conexión a las actividades y contratos enumerados en el artículo 52 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Créditos (letra a). En dicho tenor se relacionan actos pertenecientes a la categoría de contrato, como acuerdo de voluntad entre una entidad de crédito y su cliente (de conformidad con la definición legal de contrato, *ex art.* 1254 del Código Civil). Es el caso de la referencia general a los *contratos* en el art. 1 de la Ley de comercialización de servicios financieros, en coordinación con las especies de contrato: *préstamo, factoring, arrendamiento financiero, mediación, garantía, contratos sobre valores o instrumentos financieros negociables*, enunciados en el art. 52 de la Ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito al que se remite el art. 4.2.a de la Ley de comercialización a distancia de servicios financieros, 22/2007<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Contratos de servicios de inversión definidos en la Ley 24/1988, del Mercado de Valores (letra b). A las operaciones de seguros privadas, definidas en el art. 3 del Texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, RDL 6/2004, de 29 de octubre (letra c).

Planes de pensiones definidos en el art. 1 del Texto Refundido de la Ley de regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, RDL 1/2002, de 29 de noviembre (letra d).

A la actividad de mediación en seguros, definida en el art. 2 de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados.

<sup>39</sup> Bajo el término genérico «servicios bancarios», la LCSF parte de un concepto amplio de contrato bancario en el art. 4-2 d. La delimitación legal comprende los contratos «servicios de crédito o de pago», así como de todos los relacionados con las actividades enunciadas en el artículo 52 de la Ley 26/1988 y que son: «a) Las de captación de depósitos u otros fondos reembolsables, según lo previsto en el artículo primero del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades europeas.- b) Las de préstamo y crédito, incluyendo crédito al consumo, crédito hipotecario y la financiación de transacciones comerciales.- c) Las de «factoring» con o sin recurso.- d) La de arrendamiento financiero.- e) Las operaciones de pago, con inclusión, entre otras, de los servicios de pago y transferencia.- f) La emisión y gestión de medios de pago, tales como tarjetas de crédito, cheques de viaje o cartas de crédito.- g) La concesión de avales y garantías y suscripción de compromisos similares.- h) La intermediación en los mercados interbancarios.- i) Las operaciones por cuenta propia o de su clientela que tengan por objeto: valores negociables, instrumentos de los mercados monetarios o de cambios, instrumentos financieros a plazo, opciones y futuros financieros y permutas financieras. Para realizar las operaciones citadas las entidades de crédito comunitarias

La posibilidad de múltiples contratos de servicios financieros bancarios deriva del carácter expansivo e innovador de la actividad de las entidades de crédito. Este carácter tiene sus fundamentos generales en los ámbitos económicos y jurídicos, ya que si en el primero, la expansión e innovación de la actividad de las entidades de crédito está indisolublemente unida a las necesidades de financiación de la Economía cada vez más globalizada e interdependiente, su efectiva realización se ampara en el principio de autonomía de la voluntad contractual (art. 1255 CC). En este contexto expansivo-innovador reside y encuentra su explicación la incorporación de la amplia gama de instrumentos financieros en la contratación de las entidades de crédito con sus clientes.

Es cierto, que la finalidad de estos contratos es diferente, si bien es su realización con el objetivo de cubrir la posible oscilación del tipo de interés referenciado en un contrato de préstamo o de otro tipo es frecuente en la *praxis* según se contempla en los formularios disponibles a través de la Web. En principio, la validez de «cualquier sistema de cobertura de tipo de interés que se comercialice vinculado a un préstamo concedido por la propia entidad» se deduce de las exigencias de información adicional requeridas al respecto en el art. 24 de la Orden EHA 2899/2011<sup>40</sup>; en el art. 16, en relación con «los servicios bancarios de captación de depósitos a plazo estructurados»<sup>41</sup> el «depósito a plazo

---

podrán ser miembros de los mercados organizados correspondientes establecidos en España, siempre que ello esté permitido por las normas reguladoras de éstos.- j) La participación en las emisiones de valores y mediación por cuenta directa o indirecta del emisor en su colocación y aseguramiento de la suscripción de emisiones.- k) El asesoramiento y prestación de servicios a empresas en las siguientes materias: Estructura de capital, estrategia empresarial, adquisiciones, fusiones y materias similares.- l) La gestión de patrimonios y asesoramiento a sus titulares.- ll) La actuación, por cuenta de sus titulares como depositarios de valores representados en forma de títulos, o como administradores de valores representados en anotaciones en cuenta.- m) La realización de informes comerciales.- n) El alquiler de cajas fuertes».

<sup>40</sup> Art. 24 de la Orden 2899/2011, de 28 de octubre.

<sup>41</sup> Art. 16 de la Orden 2899/2011, de 28 de octubre: «Los documentos contractuales relativos a servicios bancarios de captación de depósitos a plazo estructurados o híbridos deberán recoger, de forma explícita y clara, la obligación de la entidad de reembolsar el principal del depósito al vencimiento, así como el tipo de interés nominal,

con garantía del principal». Asimismo, la validez general de estos contratos bancarios puede inferirse de la exigencia a la entidad de crédito informar al cliente de los «servicios bancarios vinculados a la contratación de otro servicio» (art. 12 de la Orden EHA 2899/2011)<sup>42</sup>. Estos preceptos reglamentarios tendrían su fundamento legal en el principio general de autonomía de la voluntad que rige en materia de contratos y que se proclama en el art. 1255 del Código Civil. Y esta conclusión no se altera por el hecho de las dificultades que plantearía encontrar el régimen legal supletorio del contrato celebrado entre las partes, a partir de la intención común de las partes, deducido del contenido casuístico acordado en el contrato (s) celebrado [según la doctrina jurisprudencial, entre ellas, la STS (Sala de lo Civil, Sec. 1ª), de 4 de septiembre –RJ 5152\2007- y la STS (Sala de lo Civil, Sec. 1ª), de 18 de diciembre –RJ 676\2008-]. Conforme a este método deductivo-inductivo nos aproximaríamos a calificar la operación de servicio financiero, como compraventa de valores, depósito, cesión de créditos, comisión de garantía y demás combinaciones que ofrece la práctica empresarial<sup>43</sup>. Y, con arreglo a esta calificación se determinaría el

---

la TAE u otra expresión equivalente de la remuneración total efectiva en términos de intereses anuales, conforme a lo que establezca el Banco de España teniendo en cuenta los efectos sobre la remuneración tanto del contrato principal como del derivado implícito».

<sup>42</sup> Art. 12 de la Orden 2899/2011: «Servicios vinculados. Las entidades de crédito que comercialicen servicios bancarios vinculados a la contratación de otro servicio, financiero o no, deberán informar al cliente, de manera expresa y comprensible, sobre la posibilidad o no de contratar cada servicio de manera independiente y en qué condiciones.

En caso de que sólo resulte posible la contratación del servicio bancario vinculado a la contratación de otros en las condiciones ofertadas, se informará al cliente, en la forma prevista en el artículo 11, de la parte del coste total que corresponde a cada uno de los servicios, en la medida en que este coste esté disponible para la entidad, y de los efectos que su no contratación individual o cancelación anticipada produciría sobre el coste total de los servicios bancarios».

<sup>43</sup> La profusa variedad de contratos en la práctica financiera depende de la función perseguida por las partes en la celebración del negocio; la cual se extrae del conjunto de derechos y obligaciones que constituyen el contenido global del contrato. En relación con el juego de esta autonomía de la voluntad contractual en los contratos de financiación explicaba el profesor GARCIA VILLAVERDE, R., que «bajo la

sistema de fuentes aplicable al contrato celebrado o al servicio financiero prestado relacionado con el mismo. Este régimen jurídico constituiría la «normativa especial que rige la prestación de los servicios financieros en cada caso», a la que se refiere el art. 1 de la Ley de comercialización a distancia de servicios financieros, 22/2007. Este planteamiento general no se alteraría por el hecho de cual sea la finalidad perseguida por las partes en la conclusión de un contrato o de la combinatoria entre una pluralidad de ellas. Por utilizar uno de los casos más frecuentes de la *praxis* de los formularios y también judicial, el de la celebración de un contrato de permuta financiera «swap de tipo de interés» con la finalidad de cubrir la posible oscilación del tipo de interés referenciado en un contrato de préstamo o crediticio de otro tipo. La validez de «cualquier sistema de cobertura de tipo de interés que se comercialice vinculado a un préstamo concedido por la propia entidad» se deduce, además, de las exigencias de información adicional requeridas al respecto en el art. 24 de la Orden EHA 2899/2011<sup>44</sup>; en el art. 16, en relación con «los servicios bancarios de captación de depósitos a plazo estructurados» el «depósito a plazo con garantía del principal». La validez general de estos contratos bancarios también puede inferirse de la exigencia a la entidad de crédito informar al cliente de los «servicios bancarios vinculados a la contratación de otro servicio» (art. 12 de la Orden EHA 2899/2011)<sup>45</sup>.

---

unitariedad que da la existencia de causa específica del contrato, subyacen muchas posibilidades combinatorias: prestaciones típicas operando en mayor o menor medida como en el contrato del que proceden, prestaciones típicas con otras atípicas, diversas formas de interrelacionarlas, etc... Y los contratos de financiación, básicamente, por tratarse de contratos mercantiles, ofrecen problemas añadidos en el plano de las fuentes, que podrían agruparse en torno a la idea de la posibilidad de alteraciones del sistema de jerarquía de fuentes contenido en el artículo 2 C. Com.» («Tipicidad contractual y contratos de financiación», en *Nuevas Entidades, figuras contractuales y garantías en el Mercado financiero*, p. 12-13).

<sup>44</sup> Art. 24 de la Orden 2899/2011, de 28 de octubre.

<sup>45</sup> Art. 12 de la Orden 2899/2011: «Servicios vinculados. Las entidades de crédito que comercialicen servicios bancarios vinculados a la contratación de otro servicio, financiero o no, deberán informar al cliente, de manera expresa y comprensible, sobre la posibilidad o no de contratar cada servicio de manera independiente y en qué condiciones.

Estos preceptos reglamentarios tendrían su fundamento legal en el mencionado principio general de autonomía de la voluntad que rige en materia de contratos y que se proclama en el art. 1255 del Código Civil y, al margen de que algunos de estos contratos hayan podido ser declarados judicialmente ineficaces.

El régimen contemplado en la Ley de comercialización a distancia de servicios financieros 22/2007 se aplicaría con independencia de la naturaleza jurídica del contrato bancario o el contrato de servicio financiero bancario (compraventa y garantía de valores, asesoramiento financiero, alquiler de caja de seguridad). Así debe entenderse de la elección legal por un concepto amplio y funcional de contrato bancario, como aquél al servicio de una entidad de crédito en el ejercicio de su actividad, de transformación de activos y operaciones conexas, de conformidad con la concepción amplia y ordenadora de contrato bancario que se adopta en este trabajo. Dependiendo de esta contratación bancaria que constituye la finalidad de la actividad de cualquier Entidad de crédito se imponen los deberes que han de cumplirse respecto de la información que ha de reflejarse en la *Web*, las medidas de seguridad tecnológica que este medio de publicidad ha de cumplir, conforme a los requerimientos al soporte duradero (art. 6 de la LCSF) y al medio de interlocución telemática, en la LISI (art. 12 bis, en relación con el art. 2).

#### **4. Sistema organizado por la entidad de crédito como nexo funcional de todos los elementos implicados en la contratación.**

El tercero de los elementos que caracteriza la contratación electrónica de servicios bancarios financieros se establece en el artículo 4.1 de la ley cuando se refiere a las ofertas y a los contratos celebrados «en el marco de un sistema de venta o de prestación de servicios a

---

En caso de que sólo resulte posible la contratación del servicio bancario vinculado a la contratación de otros en las condiciones ofertadas, se informará al cliente, en la forma prevista en el artículo 11, de la parte del coste total que corresponde a cada uno de los servicios, en la medida en que este coste esté disponible para la entidad, y de los efectos que su no contratación individual o cancelación anticipada produciría sobre el coste total de los servicios bancarios».

distancia organizado por el proveedor, cuando utilice exclusivamente técnicas de comunicación a distancia, incluida la propia celebración del contrato».

#### **4.1. Los medios de transmisión y de comunicación: Sitio Web o Website. Teléfono. Fax y otros similares.**

El legislador requiere que las partes estén unidas por uno o varios canales de comunicación a distancia. Esta exigencia se acompaña de la referencia expresa a una serie de medios de transmisión electrónica, como son el teléfono, el fax, terminal de ordenador (art. 4.3 LCSF). La variedad de instrumentos comprendidos en la ley de comercialización y la alternancia entre ellos, entre estos medios de comunicación electrónica y la de carácter presencial que subyace en la normativa se adecúa a la conformación integrada del sistema que sustenta la contratación de servicios financieros bancarios en los modelos empresariales. Asimismo, el predominio de los medios electrónicos por el cliente en su relación jurídica continuada con la entidad acierta con las exigencias de fluidez y seguridad impuestas por el tráfico empresarial y su desarrollo crece al ritmo de los avances en las tecnologías de la información y comunicación.

La inclusión de los instrumentos electrónicos, como la telefonía vocal, el fax y otros medios similares en el ámbito de la contratación de servicios financieros es coincidente con la realidad empresarial, toda vez que el uso de Internet, en abierto o a través de la «cuenta de cliente» y del teléfono está consolidada en la Banca a distancia, Banca *on line*, Oficina internet y de este modo se advierte en los modelos empresariales de los anuncios y formularios de contratos marco, condiciones generales consultados a través de la *web* en Internet de la Entidad de crédito. Dentro del «Sistema integrado de comunicación» se menciona, Internet y el teléfono para contratar, consultar y realizar órdenes en la «Red Banesto Grupo Santander», en la que se integra o «Banesnet», la «Banca

por Internet» de Banesto Grupo de Santander<sup>46</sup>, así como en «openbank»<sup>47</sup>.

La pluralidad de medios o canales de comunicación entre la entidad y el cliente, así como la complementariedad entre la banca virtual y la banca presencial son acertadas porque combinan la mayor fluidez y simplificación de los instrumentos electrónicos con la seguridad que requieren las relaciones jurídicas. En efecto, el uso alternativo e indistinto de los diversos canales de comunicación disminuye el nivel de riesgo derivado por la interrupción o mal funcionamiento de cualquiera de los canales de comunicación. En este sentido, el uso alternativo del teléfono permite realizar la gestión o la contratación de un producto o servicio cuando el mismo no pueda llevarse a cabo por presencia física o mediante acceso a la web de la Entidad. Asimismo, la amplitud tecnológica de los medios de comunicación se corresponde con la rapidez y seguridad que requieren las transacciones financieras en el mercado. En este sentido, la especial significación patrimonial que reviste la mayoría de las prestaciones relacionadas con los contratos bancarios es generalmente atendible por la obligación de puesta a disposición de fondos por la Entidad de Crédito a favor del cliente con el fin de responder a sus compromisos patrimoniales. Esta singular relevancia de la prestación patrimonial a realizar por la entidad de crédito justifica por sí misma, la necesidad de disponer de un método que asegure la continua comunicación del consumidor con su entidad de crédito dirigida a remediar las contingencias que se sucedan en la relación contractual y evitar sus posibles consecuencias; entre las más imperiosas, las derivadas de la pérdida de la tarjeta de pago o la imposibilidad de acceder a la cuenta. Y a estos propósitos es fundamental la convergencia de todas las tecnologías, medios y canales de comunicación en un Sistema integrado de transmisión de la información, que vertebré la relación comercial y

---

<sup>46</sup> Así puede verse en la información accesible en la *web* de Banesto: <<https://www.banesto.es>>.

<sup>47</sup> Vid. condiciones generales de Open Bank, p. 6-9, a través de “Transparencia y Protección”, desde la página de inicio, <<https://bancaonline.openbank.es>>).



contractual entre la Entidad de Crédito con sus clientes o público. Por ello, la múltiple funcionalidad del sistema de transmisión electrónica en el ámbito jurídico: forma de la documentación del contrato y del medio de comunicación; modalidad de consentimiento y soporte de la relación jurídica entre las partes. La organización unitaria de todos los canales de comunicación, a través de su interdependencia funcional y comprensión en un Sistema integrado y funcionalmente dirigido al cumplimiento de los deberes impuestos a la Entidad de crédito en la actividad promocional y contractual de sus servicios financieros a los consumidores.

La unidad de fin en orden a la consecución satisfactoria de la proporción de bienes y prestación de servicios implícita en la ley de comercialización a distancia de servicios financieros justifica la conveniencia y necesidad de que en el tipo legal de contrato de servicio bancario electrónico se incorporen todos canales que potencien la comunicación, aun cuando pertenezcan a campos tecnológicos diversos: de un lado, el de la red telefónica, como es el caso del teléfono y el fax<sup>48</sup>; de otro, la telemática, que posibilita la aplicación de las técnicas de comunicación y de la informática a la transmisión a distancia de información computarizada<sup>49</sup>: datos e imágenes. La conexión de todos los canales de información se potencia y se hace posible con Internet, como Red informática mundial<sup>50</sup>. A esta idea responde la *web* utilizada

---

<sup>48</sup> De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, el «teléfono» es el «conjunto de aparatos e hilos conductores con los cuales se transmite a distancia la palabra y toda clase de sonidos por la acción de la electricidad». Dentro de este conjunto el «fax» se conceptúa como «Sistema que permite transmitir a distancia por la línea telefónica escritos o gráficos» <<http://www.rae.es>>.

<sup>49</sup> La telemática, la informática, procedente del inglés *telematics*, se define como la «aplicación de las técnicas de comunicación y de la informática a la transmisión a larga distancia de información computarizada». La información computarizada entra en la competencia de la “informática”, como “conjunto de conocimientos científicos y técnicos que hacen posible el tratamiento automático de la información por medio de ordenadores» <<http://www.rae.es>>.

<sup>50</sup> Mediante protocolos especiales de comunicación, la Red mundial Internet permite la conexión entre computadoras u ordenadores. La infraestructura se construye por varios medios de telecomunicación (cable telefónico, comunicaciones vía satélite...), cuya instalación y conexión entre las distintas redes se soporta por múltiples entidades,

por las Entidades de Crédito y exigida para todas las empresas con especial trascendencia económica, siempre que el número de trabajadores sea igual o superior a cien o que su volumen anual de operaciones exceda de 6.010.121,04 €, calculado según la normativa del impuesto sobre el valor añadido (art. 2.2 de la LISI 56/2007<sup>51</sup>). El mandato de disponer de un «medio de interlocución telemática» prescinde de la combinatoria tecnológica utilizada en cada transmisión de los datos e imágenes objeto de la información comunicada en cada momento<sup>52</sup>. Por ello la posibilidad de utilizar el término «electrónico», como atributo común a la contratación de bienes y servicios bancarios, en su más amplia acepción conformada en la LCSF 22/2007.

Con independencia del contenido común de los deberes de información previa requeridos en los artículos 7 a 9 de la ley de comercialización a distancia para todos los servicios financieros (en relación con la información comercial y del contrato que va a celebrarse, respectivamente), la modalidad electrónica de comunicación elegida condiciona la manera o modo en que se cumplirán las previsiones legales relacionadas con las exigencias tecnológicas requeridas a los

---

públicas y privadas (Gobiernos, Universidad, proveedores de acceso...). Cualquier persona puede conectarse a la Red, a través de un proveedor de acceso y, de este modo, realizar todo tipo de actos y operaciones. Mayor detalle de un estudio jurídico-tecnológico puede consultarse en FLORES, M<sup>a</sup>. S.: *Impacto del comercio electrónico en el Derecho de la contratación*, Madrid 2002, p. 29 et al.

<sup>51</sup> Dentro del Plan Avanza, aprobado por el Gobierno en noviembre de 2004 para el desarrollo de la Sociedad de la Información y de convergencia con Europa y entre Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas, la Ley de Impulso a la Sociedad de la Información (56/2007) incrementó los deberes de *status* de las empresas que presten servicios al público en general de especial trascendencia económica; entre las que se encuentran las Entidades de Créditos mencionadas en el Texto.

<sup>52</sup> Todos los medios de comunicación indicados se adscriben a la tecnología electrónica, representada por el campo de la Física que tiene por objeto el estudio y aplicación del comportamiento de los electrones en diversos medios, como el de los semiconductores, sometidos a la acción de campos eléctricos y magnéticos. Esta definición es la que se formula para el término «electrónico» en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, que dice: «Física y Tecnología» «Estudio y aplicación del comportamiento de los electrones en diversos medios, como el vacío, los gases y semiconductores, sometidos a la acción de campos eléctricos y magnéticos» <<http://www.rae.es>>.

«instrumentos técnicos» en el art. 6 y con los deberes legales de información y publicidad impuestos a la Entidad de Crédito en la fase promocional o de negociación y cumplimiento del contrato sobre bienes o servicios bancarios (entre ellos, los arts. 7-9, ya citados). Dentro de ellas resaltan las normas de identificación y contenido contractual del servicio bancario, relativas con las propuestas de la Entidad de crédito realizada por telefonía vocal en el art. 7.3 Ley de comercialización a distancia de servicios financieros. La información respecto de los medios tecnológicos a utilizar en el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor (desistimiento, modificación de datos personales, formulación de quejas –arts. 7 y 8 de la LCSF 22/2007-) y el nivel de seguridad necesario para proteger al usuario frente a virus informáticos, programas espía y correo no solicitado (art. 12 bis LISI 56/2007).

#### **4.2. La contratación multicanal mediante la convergencia e interacción de las tecnologías de la información y de la comunicación.**

La ley de comercialización a distancia de servicios financieros reconoce múltiples y relevantes funciones a los medios tecnológicos o técnicas de comunicación a distancia. En primer lugar, como elemento conceptual, porque dichas técnicas se integran en la definición de comercialización y de contrato de servicio financiero (art. 1 LCSF). También la presunción de contrato a distancia, a favor de todo aquel, que «para su negociación y celebración se utiliza exclusivamente una técnica de comunicación a distancia, sin presencia física y simultánea del proveedor y el consumidor...» (art. 4.3 LCSF). En segundo lugar, con el reconocimiento implícito de la modalidad de consentimiento electrónico, cuando exige que la oferta, negociación o celebración del contrato se desarrolle «en el marco de un sistema de venta o prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor, cuando utilice exclusivamente técnicas de comunicación a distancia, incluida la propia celebración del contrato» (arts. 4.1., 4.3 y 6 LCSF). En tercer lugar, con

su importancia como forma de comunicación entre las partes, de carácter permanente y modo continuado (art. 5 y ss. LCSF). En cuarto lugar, con su protagonismo como soporte de toda la contratación, de carácter duradero y de permanente accesibilidad y reproducibilidad de la información que pueda alojarse en unidades de memoria móviles, como *CD, DVD*, ordenador personal (art. 2.3 interpretado conforme al dictado de la Directiva 2002/65/CE, considerando 20-) o, incluso en el Servidor de la Entidad correspondiente o de su prestador intermediario, de conformidad con el contenido del deber de disponer de un medio de interlocución telemática, desde diciembre de 2008 (art. 2 de la LISI 56/2007, de 28 de diciembre).

La integración entre los campos jurídico y tecnológico, así como la interacción entre los conceptos de uno y otro campo es un rasgo característico de la *Banca por internet* y atributos acordes con el significado general de «convergencia digital»<sup>53</sup>. Esta integración jurídica-tecnológica implica también la imbricación de ambos campos en el tratamiento jurídico de todos y cada uno de los actos comprendidos en el proceso de la contratación financiera bancaria; esto es, de la promoción publicitaria de los diferentes servicios (préstamo, garantía, compraventa de valores), de su negociación, mediante la fase precontractual, celebración y cumplimiento. La integración de las tecnologías de la información y de la comunicación en este proceso se

---

<sup>53</sup> La trascendencia económica de la convergencia digital es destacada por BOSS, A.: «La convergencia digital aumenta el valor y la flexibilidad de los productos y servicios, así como la intercambiabilidad (interchangeability) de productos que previamente pertenecían a industrias distintas, como es el caso de la extensión del sistema de pagos» «Con la emergencia de la época electrónica, la convergencia ha llegado a ser un tema constante. Inicialmente, el término convergencia era usado para describir la convergencia de los medios de comunicación: cable, teléfono o broadcasting. Una vez separado el significado de comunicación, hoy puede hablarse de teléfono sobre cable «telephone over cable», o recepción de ciertos programas de emisión de programas por cable telefónico. Más recientemente, se observa la convergencia digital: un fenómeno que ha sido observado en una variedad de información por industrias tecnológicas: handheld computing, telecomunicaciones, consumidor electrónico, networking, residential broadband and broadcast video, among others» («Convergence in electronic banking\_ technological convergence, systems convergence, legal convergence», en *Derecho del sistema financiero y tecnología*, p. 85-86).

encuentra, entre otras, en las referencias a los «instrumentos técnicos» y al «soporte duradero» (art. 6 de la LCSF 22/2007). Unos y otro se presentan como un Sistema técnicamente estructurado y funcionalmente interdependiente en orden a la promoción y contratación de servicios financieros bancarios, con independencia de la adscripción concreta de cada uno de los actos (publicidad, oferta, aceptación, revocación de un certificado de firma electrónica, etc.) y de la unidad de memoria (CD, DVD, mp3) que constituya el «soporte duradero» en el que se archive el acto. De este modo y, en apenas segundos, en tiempo real, la información contenida en cualquier documento electrónico generado pasa a estar indisolublemente unida al mismo y a sus vicisitudes: transmisión, archivo, reproducción.

Estas ideas manifestadas están generalmente implícitas y son asumidas con las funciones normativas reconocidas a los medios de transmisión electrónica en la ley de comercialización a distancia de servicios financieros, 22/2007. Su expresión y desarrollo se contiene en el Derecho general electrónico, cuya supletoriedad se proclama en el artículo 1 de la ley. Por lo que, la ley de la sociedad de la información y del comercio electrónico (LSICE, 34/2002) y la ley de firma electrónica (LFE, 59/2003) contribuyen al conocimiento y comprensión interrelacionada de las aplicaciones y programas informáticos con los institutos jurídicos. De este modo pueden desarrollarse e incrementar las posibilidades de su aplicación en la más amplia y completa dimensión<sup>54</sup>. Hoy es incontestable el hecho de que la revolución tecnológica liderada por *Internet* en las últimas décadas del siglo XX, ha significado el tránsito desde el documento escrito en soporte papel al documento electrónico sustentado por las Tecnologías de la Información y Comunicación, con una potencialidad de tal entidad, que permite prescindir de cualquier elemento materialmente aprehensible en todo el procedimiento de formación, vida y archivo del documento, íntegramente de carácter inmaterial e intangible, pero susceptible de su

---

<sup>54</sup> BÜCHNER: «Internetspezifische Vertragsformen in europäischen Kontext», Wien 2002, p. 365.

permanente reproducibilidad y legibilidad en una pantalla, de modo similar a la lectura de la escritura en soporte papel.

Como venimos señalando, la regulación de la ley de comercialización a distancia de servicios financieros fija un régimen común para todos los actos comprendidos en la vida de cualquier contrato de servicio financiero desarrollado a distancia por uno de varios canales de transmisión electrónica, de los comprendidos en el sistema organizado por la Entidad de crédito o prestador de servicios financiero, según se indica en el tenor del artículo 4.1 y 4.2 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (LCSF)<sup>55</sup>. Esta calificación también se adapta a la presunción de contrato a distancia establecida en el artículo 4.3 de la mencionada ley y representada por aquél que en su negociación y celebración se utiliza exclusivamente una técnica de comunicación a distancia, sin presencia física y simultánea del proveedor y el consumidor.

Entre las ventajas e inconvenientes advertidos en la experiencia de la banca por internet se señala, que la valoración por parte de los clientes y usuarios de la banca por internet es mayoritariamente favorable. Entre las ventajas se indican: la disponibilidad de la información o la realización de transacciones poco sofisticadas (apertura de cuenta, seguro distinto del de vida), junto con la fiabilidad y la seguridad en la plataforma. Entre las mejoras se realizan dos grupos de propuestas: (i) la ampliación la interacción de todos los elementos del sistema, con el fin de atender adecuadamente a las necesidades cambiantes de los clientes, y a la mayor información de los productos y la comparativa de los precios en el mercado obtención de información; (ii) la mayor eficiencia en los procedimientos asociados a los canales a

---

<sup>55</sup> La LCSF 22/2007, de 11 de julio, en su art. 4.1 se refiere a «los contratos celebrados entre un proveedor y un consumidor y a las ofertas relativas a los mismos..., cuyo objeto es la prestación de todo tipo de servicios financieros a los consumidores, en el marco de un sistema de venta o prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor, cuando utilice exclusivamente técnicas de comunicación a distancia incluida la propia celebración del contrato».

distancia y autonomía en aras a la toma de sus propias decisiones, mediante herramientas y soluciones en las que apoyarse<sup>56</sup>.

### **III. El Contrato de Servicio Financiero Bancario desde la Sistemática del Derecho de Obligaciones y Contratos.**

La aproximación a la naturaleza de los contratos de servicios financieros bancarios a través de la ley de comercialización a distancia y en las disposiciones reglamentarias examinadas, de manera coordinada con los formularios de contrato marco y de condiciones generales disponibles en la *web* de las entidades de crédito consultadas debe hacerse desde la perspectiva causal y funcional. Así, desde el punto de vista causal, los contratos de servicios financieros bancarios realizados al amparo de los formularios de contrato marco y de condiciones generales se aproximan a los contratos complejos, porque el contenido predominantemente flexible de los mismos se refleja en los mencionados modelos empresariales tipos. Esta flexibilidad del contrato electrónico de servicio financiero bancario es también conforme con el principio de autonomía de la voluntad de las partes que se autoriza en materia de contratos (art. 1255 del CC), en consonancia con las necesidades plurales y cambiantes de los clientes. Y desde la perspectiva funcional de carácter normativo y empresarial, el contrato de servicio financiero bancario sería un contrato preferentemente complejo desde su perspectiva causal (ex art. 1255 CC), al tiempo que una especie de contrato electrónico y de contrato a distancia (LCSF 22/2007, conjuntamente con la LSICE, 34/2002 y el TRLGCU, 1/2007).

---

<sup>56</sup> Tomo síntesis de MUÑOZ LOMBARDÍA, A., en cuya opinión «la banca por Internet es un canal consolidado y muy apreciado por los clientes en todo lo que respecta a la operativa transaccional, (...) sin embargo, las entidades financieras deben mantenerse al día de las tendencias para ofrecer respuesta a las demandas de una clientela cada vez más exigente en todo el proceso de venta y postventa» «Banca electrónica: experiencia práctica del banco de Santander y tendencias 2010», p. 190.

## **1. El contrato de servicio financiero bancario como contrato tendencialmente complejo e innovador**

La coordinación entre la realidad jurídica- empresarial de los servicios financieros bancarios y el Derecho privado de obligaciones y contratos nos aproximan a un conjunto de contratos susceptibles de distinguir dos grandes grupos de variables. De una parte, el representado por aquellos contratos crediticios (préstamo, depósito, et.), cuya remuneración se determina por referencia al valor de un subyacente financiero (por ejemplo, el valor de cotización de determinadas acciones) y, en función del mismo, cambiará el importe a pagar por el prestatario o depositante, respectivamente. De otra, el representado por aquellos contratos de crédito que se acompañan de un derivado financiero con fines de cobertura. En estos casos, la posición que ocupa en el contrato de derivado financiero (por ejemplo, entre los más frecuentes, el de permuta financiera) permitirá al cliente-prestatario cubrir o mitigar el aumento de la deuda de interés en el préstamo y provocada por la oscilación del tipo de interés fijado en el contrato de crédito principal (préstamo, apertura de crédito). Por lo que podríamos concluir apuntando, que la adscripción definitiva del contrato celebrado o pendiente de celebrar a una clase o tipo de contrato legal (o a varios de ellos) desde el punto de vista causal depende de las obligaciones y derechos principales que constituyen el contenido del acuerdo negociado por las partes y deducido de la intención común de las partes. Conforme a este método nos aproximaríamos a calificar la operación de servicio financiero, como compraventa de valores, depósito, cesión de créditos, comisión de garantía y demás combinaciones que ofrece la práctica empresarial<sup>57</sup>. Y, con arreglo a esta calificación se determinaría el

---

<sup>57</sup> La profusa variedad de contratos en la práctica financiera depende de la función perseguida por las partes en la celebración del negocio; la cual se extrae del conjunto de derechos y obligaciones que constituyen el contenido global del contrato. En relación con el juego de esta autonomía de la voluntad contractual en los contratos de financiación explicaba el profesor GARCIA VILLAVARDE, R., que «bajo la unitariedad que da la existencia de causa específica del contrato, subyacen muchas posibilidades combinatorias: prestaciones típicas operando en mayor o menor medida



sistema de fuentes aplicable al contrato celebrado o al servicio financiero prestado relacionado con el mismo. Este régimen jurídico constituiría la «normativa especial que rige la prestación de los servicios financieros en cada caso», a la que se refiere el art. 1 de la Ley de comercialización a distancia de servicios financieros, 22/2007.

En este nuevo marco de la contratación de servicios financieros sería aconsejable revisar el término que identifica esta nueva realidad y que, en nuestra opinión la expresión «servicios financieros bancarios» sería la más adecuada. De una parte, es el término que se corresponde con su significado en el modelo tipo, de carácter flexible, que subyace en los formularios. También es la expresión elegida por el legislador reglamentario, en el artículo 1 de la Orden del Ministerio y Economía y Hacienda 2899/2011 y que dice: «La presente orden ministerial tiene por objeto garantizar el adecuado nivel de protección de los clientes de entidades de crédito mediante la implantación de medidas de transparencia en la prestación de servicios financieros bancarios».

## **2. Contrato especial electrónico y a distancia.**

El contrato bancario electrónico es una especie de contrato electrónico, porque todo servicio financiero puede ser objeto de parte o de la mayoría de los actos contemplados en la ley de comercialización a distancia, como los de la «oferta» (art. 6 LCSF), «negociación» «celebración» (arts. 4 y 6 LCSF). Y en todos o en alguno de ellos utilizar las «técnicas de comunicación a distancia» (art. 4 LCSF); por lo que el acto realizado participaría del elemento común a todo contrato electrónico, representado por aquél en el que la oferta y la aceptación se transmite por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones

---

como en el contrato del que proceden, prestaciones típicas con otras atípicas, diversas formas de interrelacionarlas, etc... Y los contratos de financiación, básicamente, por tratarse de contratos mercantiles, ofrecen problemas añadidos en el plano de las fuentes, que podrían agruparse en torno a la idea de la posibilidad de alteraciones del sistema de jerarquía de fuentes contenido en el artículo 2 C. Com.» («Tipicidad contractual y contratos de financiación», p. 12-13).

(Anexo, letra *h* LSSICE 34/2002). Dicha consideración también deriva de la operativa de la contratación bancaria en la *praxis* de la banca por internet o banca virtual, en la que el medio telemático, representado por la *Web* institucional, constituye el soporte de la contratación y de comunicación entre la Entidad de Crédito y el consumidor.

Con independencia de la naturaleza jurídica del contrato (compraventa de valores, cesión y titulización de créditos, servicio de alquiler de caja de seguridad, descuento de pagarés) y de la clase de objeto sobre el que verse (bienes, derechos y servicios -art. 4.2 LCSF, en relación con el art. 52 de la LDIEC-), el contrato financiero bancario electrónico contemplado por la Ley de comercialización a distancia de servicios financieros, 22/2007, goza de mayor amplitud que el contrato electrónico diseñado por la Ley de la sociedad de la información y del comercio electrónico, porque en la primera se incluyen también el teléfono y el fax (art. 4.3 de la LCSF 22/2007); que están expresamente excluidos del concepto general de contrato electrónico (Anexo, a. 1º de la LSSICE 34/2002)<sup>58</sup>. La mayor amplitud del contrato bancario electrónico se relaciona con la exigencia del legislador comunitario para responder a los reclamos del tráfico financiero. En este sentido, la ley española señala: «el legislador comunitario, al considerar que los servicios financieros demandaban una regulación específica, quiso extenderla más allá de la contratación electrónica, a todos los servicios que se prestaran a distancia, sin la presencia física de las partes contratantes, como es el caso de la contratación por vía telefónica, por fax u otros sistemas de alcance similar, toda vez que la Directiva 97/7/CE, de 20 de julio, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia,

---

<sup>58</sup> La exclusión del contrato electrónico al realizado mediante teléfono y fax se deduce de la exclusión general de estos medios de comunicación de la LSSICE 34/2002. A este respecto, en el Anexo, letra a), en su cuarto párrafo se dice: «No tendrán la consideración de servicios de la sociedad de la información los que no reúnan las características señaladas en el primer párrafo de este apartado y, en particular, los siguientes:

1. ° Los servicios prestados por medio de telefonía vocal, fax o télex».

había excluido expresamente de su ámbito de aplicación a los servicios financieros» (Preámbulo, I, último párrafo de la LCSF 22/2007, de 11 de julio) y que hoy se mantiene en el art. 3.3.d) la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, sobre derechos del consumidor y en la que se deroga la Directiva 97/7/CE (art. 31). Los mencionados servicios financieros constituyen el objeto de la Directiva 2002/65/CE, de 23 de septiembre, concerniente a la comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores y modificativa de las Directivas 90/619/CEE, 97/7/CE y 98/27/CE. La relación entre la clase de contrato electrónico con su especie de bancario determina la aplicación supletoria de las leyes generales electrónicas a la contratación bancaria electrónica. De un lado, la Ley de la sociedad de la información y del comercio electrónico, 34/2002, a la que se menciona en el art. 1 de la Ley de comercialización a distancia de servicios financieros. De otro, la Ley de firma electrónica, 59/2003, por ser la norma reguladora de la autenticidad de la identidad e integridad de los actos jurídicos electrónicos, así como de la documentación a ellos asociada. Y, finalmente, la Ley de impulso a la sociedad de la información 56/2007, por la que se modifican las leyes generales electrónicas y se insta el deber de las Entidades de Crédito, de disponer de un medio de interlocución telemática que permita a cualquier interesado contratar, consultar y modificar sus datos, presentar quejas (art. 2.1 LISI).

Al Derecho general electrónico hay que acudir para resolver los aspectos relativos a la naturaleza, alcance y efectos de la forma electrónica. En este contexto, la naturaleza *documental* es conforme en la doctrina<sup>59</sup> y en las resoluciones de Tribunales; entre las que destaca la consideración de documento mercantil en soporte informático por la STS, de 3 de noviembre de 1998<sup>60</sup>. También se encuentra y formula en

---

<sup>59</sup> Vid. por todos FLORES, M<sup>a</sup>.S.: «Naturaleza y caracterización de la contratación bancaria electrónica», p. 11-12.

<sup>60</sup> Tiene interés resaltar la significación del término «documento» declarada por la STS, de 3 de noviembre de 1998, en la interpretación del Art. 76.3.c.2 del Reglamento del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, como «cualquier soporte escrito, incluidos los informáticos, por los que se pruebe, acredite o haga constar alguna cosa». De acuerdo con el Tribunal Supremo «... aunque, al igual

la normativa general electrónica. De un lado, está implícita en la definición legal de contrato electrónico, como aquél *en que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos*, (LSSICE, Anexo, 5º h). De otro, se expresa en el artículo 3.5 de la LFE, según el cual: *Se considera documento electrónico el redactado en soporte electrónico que incorpore datos que estén firmados electrónicamente*. Y, en coherencia con ellos, la consideración legal de prueba documental al *soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica* (art. 24.2 LSSICE) y al *soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente* (art. 3.8 LFE). La calificación de documento se confirma en la legislación procesal, mediante la cláusula general definitoria del documento “... a cualquier clase o soporte físico en que se encuentren...” (Art. 812 LEC), de modo similar a la concepción penal de documento (Art. 26 del CP<sup>61</sup>).

---

que en el caso de los documentos comunes, puede haber documentos electrónicos sin firma, el documento electrónico (y, en especial, el documento electrónico con función de giro mercantil) es firmable, en el sentido de que el requisito de la firma autógrafa o equivalente puede ser sustituido, por el lado de la criptografía, por medio de cifras, signos, códigos, barras, claves u otros atributos alfanuméricos que permitan asegurar la procedencia y veracidad de su autoría y la autenticidad de su contenido... Por consiguiente... el documento mercantil en soporte informático,... debe gozar... de plena virtualidad jurídica operativa» (Fundamento décimo, RJ 8251/1997).

<sup>61</sup> De acuerdo con el Art. 26 del CP: “A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro de relevancia jurídica”. Y un concepto similar se encuentra en el Art. 491 bis del C.P italiano, que dice: “cualquier soporte informático que contenga datos o informaciones, con eficacia probatoria o programas específicamente destinados a elaborarlos”.

Según la STS, de 18 de noviembre de 1998, para que los soportes materiales constituyan documentos a efectos penales deben cumplir una triple condición: 1) ser atribuibles a una o varias personas, aun cuando no estén firmados; 2) tener capacidad para producir efectos en el tráfico jurídico; y 3) estar destinados a dicho tráfico, bien desde su creación (documentos intencionales), bien con posterioridad (documentos ocasionales)... (Así puede verse en los comentarios a este precepto realizados por MOYNA, J. y otros autores *Código Penal*, p. 827).

En este conjunto normativo se encierra todo el complejo de bienes o cosas heterogéneas que conforman la estructura organizada, de carácter tecnológico; cuya significación orientará el tratamiento jurídico de los aspectos no regulados en la disciplina electrónica (entre ellos, el del uso anómalo de una firma electrónica). El elemento estructural del documento electrónico se concreta en el *equipo* o *soporte*; cuyo alcance y relevancia jurídicos se encuentran en el régimen de las cosas o bienes corporales e incorporeales (arts. 333 y ss. del CC). Bajo el término *equipo* o *soporte* deben comprenderse cosas corporales (ordenador, *pendrive*, *CD*, *agenda electrónica*), pero también incorporeales (programas de tratamiento de texto, sonido, imágenes –*software*–); pues sólo mediante la aplicación de uno o varios programas, es factible generar, archivar o almacenar, recuperar y reproducir el documento, haciendo legible *los datos*, esto es, la información contenida en el documento original (declaración de voluntad, órdenes de cobro y de pago, incidentes en materia de incumplimiento). Así puede desprenderse de los preceptos reproducidos: de la realización de la oferta y la aceptación por “equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos” (Anexo 5.h LSSICE); de las referencias unitarias a documentos contractuales concretos; como son el del propio contrato “soporte electrónico en que conste un contrato...” (art. 24.2 LSSICE) y el de otros actos firmados “soporte electrónico que incorpore datos que estén firmados electrónicamente” (art. 3.1 LFE).

De esta suerte junto al documento material se encuentra el documento *inmaterial* asociado a las cosas incorporeales; pues frente a la realidad material del documento escrito se encuentra la inmaterial del documento electrónico. En este sentido, el documento en soporte papel y escrito es una cosa material en sí misma considerada, susceptible de aprehender y ser objeto en el tráfico jurídico como cosa individual o genérica (arts. 335 y ss. CC)<sup>62</sup>. En cambio, el documento electrónico,

---

<sup>62</sup> Pese a las diversas orientaciones, la doctrina coincide en el carácter material del documento (un "corpus": papel, cinta magnetofónica) y su susceptibilidad para incorporar y transmitir una comunicación o una declaración (signos de la escritura sobre el papel, los sonidos grabados en la cinta). La relevancia jurídica de dicha representación es importante, porque de lo contrario no se tendría por documento por el

puede visualizarse, leerse, conservarse, reproducirse pero no es una cosa material aprehensible; que pueda desligarse del soporte electrónico, en que se originó o conserva (unidad de memoria de un ordenador, *pendrive*, MP3). Esta fusión entre el Acto y el documento sólo podría trasladarse a otro documento electrónico, como puede ser una *tarjeta de plástico*, en la que se integrara un *chip* con todos los datos comprendidos en el documento matriz. De aquí, la posible distinción entre el documento electrónico primitivo u original, como documento de representación directa del acto que en él se integra y la tarjeta como documento electrónico de representación indirecta del Acto.

La naturaleza inmaterial del documento electrónico tampoco se modifica porque se impriman los datos o información que constituyen el acto comprendido en el documento; pues este nuevo documento escrito, sólo sería un documento material aparente, porque en la realidad jurídica tendría la consideración de copia del documento electrónico original, archivado en cualquier unidad de memoria, de carácter mueble (*CD*, *pendrive*) o igualmente inmaterial (*Web* o Registros electrónicos). Esta posición encontraría su refrendo en la significación procesal de la copia a cualquier documento que se aporte o presente en los juicios se acompañarán tantas copias literales cuantas sean las otras partes (art. 273 LEC). La consideración de copia al documento electrónico impreso se aceptó en relación con la certificación del saldo deudor con firma digitalizada, con la finalidad de su aceptación como medio de prueba de la cuantía de una deuda (Auto 97/2007, de 30 de mayo, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17)<sup>63</sup>.

---

Derecho (Vid. DIEZ PICAZO.L.: *Derecho Civil Patrimonial*, p. 188 y RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: «Comentario al Art. 1.216», In: *Comentarios al Código Civil* (AAVV, dirs.), Madrid 1991, p. 328). No obstante, la relevancia jurídica del documento es externa al documento en sí, porque depende del sistema de normas concretas (ZAGAMI, R.: «Il documento informático» *Firma digitale e sicurezza giuridica*, Milano 2000, p. 1).

<sup>63</sup> *Caso American Express de España*.- La existencia de un crédito puede probarse por la “copia de la certificación del saldo en la que aparece la firma digitalizada del apoderado, y un extracto del estado de la cuenta correspondiente al deudor”. ... “a efectos del procedimiento especial en el que nos hallamos la fotocopia de un documento o la impresión de un documento archivado informáticamente, máxime si tenemos en

Por consiguiente, el atributo *electrónico* permite diferenciar la naturaleza material del soporte y del documento que estructura la documentación escrita, de la composición material-inmaterial de la infraestructura tecnológica que constituye el *soporte* de la documentación electrónica, así como la naturaleza inmaterial del documento electrónico, desde la óptica del Derecho de cosas. De este modo, el documento electrónico sería un *documento desmaterializado*, frente al documento material o cartáceo, que singulariza al tradicional documento en papel.

A los efectos del análisis, es indiferente la naturaleza del acto comprendido en el documento y que el mismo se integre en un único documento o en varios. En este sentido, el término genérico *datos* hace referencia a cualquier tipo de información. Así ha de entenderse del concepto legal de documento electrónico como el redactado en soporte electrónico que incorpore datos que estén firmados electrónicamente (art. 3.5 LFE), reafirmado para la firma electrónica como conjunto de datos en forma electrónica (art. 3.1 LFE) y respecto de la certificación de esta última como el documento electrónico (...) que vincula unos datos de verificación de firma (...) (art. 6.1 LFE).

No obstante, los efectos jurídicos de la equivalencia procesal se restringen legalmente a la firma electrónica reconocida y al documento (s) a ella vinculado, de conformidad con el artículo 3.4 de la Ley de firma electrónica, que dice: «La firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel»<sup>64</sup>.

---

cuenta que el propio artículo 812 LEC alude a los documentos que justifiquen la pretensión “cualesquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentren”. Por lo demás, esta posición encuentra su apoyo en “las normas generales sobre el proceso declarativo permiten la aportación de documentos mediante fotocopia simple (artículos 267 y 268 LEC condicionando sin embargo su eficacia plena a su no impugnación por la adversa y, si así se hiciere, procederá su cotejo con el original, determinándose su valor probatorio según las reglas de la sana crítica (artículo 334 LEC) (Auto 97/2007, de 30 de mayo, de la AP de Barcelona, Sección 17ª) Fundamento de Derecho, Segundo, en sus tres últimos párrafos –JUR\2007\268590-).

<sup>64</sup> Vid. más detalles en FLORES, M<sup>a</sup>.S.: «Autenticidad en la contratación bancaria electrónica». In: *La contratación electrónica*, p. 211 et al.

La ley de comercialización a distancia de servicios financieros considera que el contrato bancario electrónico es también un contrato a distancia<sup>65</sup> y así se declara en el título con el que se enuncia el capítulo II de la ley de comercialización a distancia de servicios financieros «Régimen de los contratos a distancia». Dicha consideración deriva de la comparación entre los elementos del contrato bancario electrónico (*ex* art. 4, números 1 y 3 LCSF) y el modelo básico del contrato a distancia fijado en el artículo 92 del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios. En ambos, la calificación legal viene determinada porque el contrato se celebra sin la presencia física y simultánea del proveedor y consumidor, pero conectadas por una técnica de comunicación a distancia (de conformidad con lo dispuesto en el art. 4.3 de la ley de comercialización a distancia de servicios financieros, en concordancia con el concepto general de contrato a distancia señalado en el artículo 92 del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios, 1/2007). El contrato a distancia al que se refiere el artículo 92 del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios comprende otros medios tradicionales de comunicación a distancia (impresos, con o sin destinatario, cartas normalizadas, radio, etc.), contrariamente al carácter restrictivo de las técnicas de comunicación a distancia en el contrato bancario electrónico; representadas por los medios de transmisión electrónica: medios telemáticos, electrónicos, telefónicos, fax u otros similares. Asimismo, la inclusión del contrato bancario electrónico en la contratación a distancia no conlleva la aplicación de la normativa dispuesta en el Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios, porque expresamente se excluye por el artículo 93.1.c), que dice: «La regulación establecida en este título no será de aplicación a: «los contratos sobre servicios financieros»».

---

<sup>65</sup> Con anterioridad al TRLGCU, la consideración del contrato electrónico como contrato a distancia se deducía de la definición de contrato electrónico en la LSSICE (Anexo, 1, letra h) y de la configuración de la Red Internet, como medio de interconexión a nivel global, si bien la opinión no era coincidente en la doctrina. A favor de dicha calificación, de la relevancia de la misma en la perfección del contrato y de las posturas dogmáticas al respecto, Vid. FLORES, M. <sup>a</sup> S.: *Impacto del comercio electrónico en el Derecho de la contratación*, p. 87-89 y 124-134.