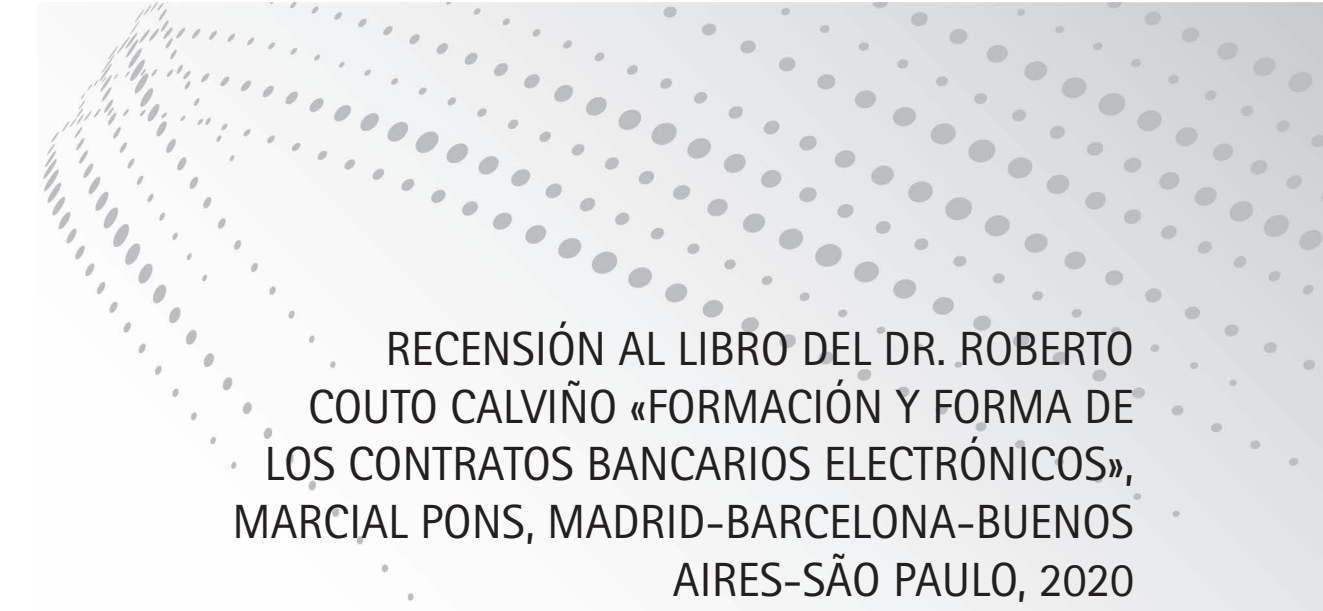


The background features a series of parallel diagonal lines in a light gray color, sloping downwards from left to right. On the right side, there is a pattern of small, semi-transparent gray dots that form a curved, funnel-like shape, tapering towards the top right corner.

Recensiones





RECENSIÓN AL LIBRO DEL DR. ROBERTO
COUTO CALVIÑO «FORMACIÓN Y FORMA DE
LOS CONTRATOS BANCARIOS ELECTRÓNICOS»,
MARCIAL PONS, MADRID-BARCELONA-BUENOS
AIRES-SÃO PAULO, 2020

RAFAEL MARIMÓN DURÁ

Catedrático de Derecho Mercantil. Departamento de Derecho Mercantil "Manuel Broseta
Pont". Facultat de Dret – Universitat de València

Revista de Derecho del Sistema Financiero 1

Marzo 2021

Págs. 489-496

El libro que se reseña constituye la publicación de la tesis doctoral del autor, una obra completa y concienzuda que analiza y expone con claridad y rigor todas y cada una de las cuestiones que plantea la formalización de los contratos bancarios electrónicos. Por ello traslado mi felicitación a su autor, Roberto Couto, como también la directora de la tesis, la profesora Ana María Tobío, que prologa brillantemente la monografía.

La temática abordada, sobre la que tuve ocasión de trabajar en el pasado (hace ya una década), goza en la actualidad de una vigencia revivida, habida cuenta del intenso desarrollo que ha tomado la banca *on line* en los últimos tiempos, debido a la continua transformación que está sufriendo la actividad de las entidades de crédito en este campo. En efecto, la situación sostenida de tipos de interés mínimos y los retos que plantea la aparición de nuevos operadores en el mercado de crédito, singularmente las FinTech y también las BigTech, cuya incursión en el campo de las finanzas ha venido propiciada en buena medida por las medidas tendentes a promover el *open banking*, han obligado a las entidades "incumbidas" a transformar su modelo de negocio tradicional en uno más adaptado al entorno digital, que permita un ahorro de costes y también, por qué no decirlo, un mejor alineamiento con las apertencias de los segmentos más tecnificados de la clientela.

Junto a la transformación de la actividad bancaria en este punto, se constata además la aparición de varios textos normativos y la reforma de

otros anteriores que planteaba la necesidad de retomar el análisis de esta materia, actualizando el estado de la doctrina sobre la misma. El libro que se reseña ha venido a cubrir esta necesidad, con solvencia y rigor.

La obra comienza con una parte introductoria, en la que se contextualiza el objeto de estudio mediante la caracterización de los contratos bancarios electrónicos y de las partes que en ellos intervienen. Para ello el autor parte de su subsunción en diversas categorías, que determina su cobertura normativa.

La primera afirmación es que se trata de un subtipo del contrato a distancia. Como consecuencia de la misma el autor analiza las normas que recaen sobre este tipo de contratos, centradas, por una parte, en dotar de seguridad a esta modalidad de contratación y, por otra, en dispensar una protección razonable al usuario que se enfrenta a la misma en una posición asimetría informativa respecto a la entidad que presta el servicio objeto del negocio.

La contratación a distancia, inicialmente tipificada como una modalidad de venta especial de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, se regula en la actualidad básicamente en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, si bien la bancaria o la financiera en general, queda excluida de dicho texto por contar con una ley específica, la Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, producto de la transposición de la Directiva 65/2007/CE. Esta opción es objeto de crítica en la obra. En efecto, no existía inconveniente alguno en integrar estas normas en el texto refundido, como se ha hecho en otros países de la Unión Europea igualmente obligados a trasponer la Directiva.

A continuación, el autor repasa otras características del contrato bancario electrónico que atraen sobre el mismo la aplicación de diversos cuerpos normativos, tales como las normas de control de las condiciones generales de la contratación, la normativa de protección de datos personales o la legislación en materia de blanqueo de capitales. De indudable importancia en la actualidad resulta el manejo de los datos del cliente. En el ámbito bancario los datos constituyen un bien muy preciado que se utiliza, sobre todo, para medir las condiciones de solvencia de los clientes y también para diseñar estrategias de mercadotecnia y ofertas personalizadas o a medida. Precisamente hoy uno de los puntos del debate jurídico y económico se centra en determinar los efectos y consecuencias que puede tener la irrupción de las grandes compañías tecnológicas, poseedoras de ingentes cantidades de datos, en el ámbito de la prestación de servicios financieros. En cualquier caso, la utilización de los datos está sometida en la actualidad a una normativa muy desarrollada, que impone a quien los utiliza estrictas medidas de control, que pretenden garantizar la protección de los datos de carácter personal y/o el respeto al derecho de “autodeterminación informativa” como expresión particular del derecho fundamental a la intimidad, al tiempo prevenir la comisión de los delitos relacionados con el uso de dinero procedente de actividades delictivas, el blanqueo de capitales y la evasión fiscal. El autor dedica atención a ambos aspectos desgranando las

distintas obligaciones que soporta la entidad financiera en esta doble vertiente con un repaso exhaustivo de las normas aplicables, principalmente el Reglamento europeo de 2016 de protección las personas físicas en lo relativo al tratamiento de datos personales y garantía de los derechos digitales, la LO 3/2018 de Protección de Datos Personales y las normas de la Ley de Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico relativas a las comunicaciones comerciales, que ampara también a las personas jurídicas, o la Ley de Prevención del Blanqueo de Capitales y su reglamento de desarrollo.

Ya en el terreno propio de las operaciones, referencia obligada son las normas sectoriales de transparencia, en el contexto más general de las normas de disciplina. En la prolija discusión acerca de la posible eficacia jurídico-privada de tales normas el autor se declara partidario de su afirmación, bien por la vía de la aplicación de los criterios que delimitan el principio de la autonomía de la voluntad *ex art.* 1.255 CC o bien por la vía indirecta de la integración de las reglas plasmadas en dicha normativa en los conceptos jurídicos de otras normas tuitivas de mayor rango, postura esta última que parece haberse impuesto en nuestra jurisprudencia. En cualquier caso, concluye la exposición de este punto preguntándose, como han hecho otros antes, por qué el legislador no toma cartas en el asunto de una forma decidida, mediante una ley reguladora de la actividad bancaria y de sus operaciones, tal como ya hizo en su momento con los contratos de seguro. Sin duda esta laguna podría haberse cubierto, al menos en parte, de haber fructificado en Anteproyecto de Código Mercantil, que acogía y regulaba, si quiera sucintamente, algunos de los contratos financieros más significados.

Por otra parte, Roberto Couto hace suya también la crítica a la reducción del ámbito de aplicación de las normas de transparencia bancaria de carácter reglamentario, que, desde su inicial vocación tuitiva del cliente bancario, en general, ha quedado circunscrito en la actualidad a la protección de las personas físicas y, dentro de éstas, básicamente los consumidores, dado el reconocimiento explícito del pacto de exclusión de buena parte de sus reglas en el marco de las relaciones entre profesionales.

Una tercera crítica que vierte el autor es la relativa a la falta de sistemática o integración de los diferentes grupos de normas aplicables, en función del distinto punto de conexión con el contrato bancario, para proteger el cliente como usuario de productos financieros, como adherente en un contrato sometido a condiciones generales de la contratación, como contratante en una operación celebrada a distancia, etc. Qué duda cabe de que nuestro sistema normativo tiene en este campo un amplio margen de mejora.

Con estas consideraciones concluye la parte introductoria de la obra y a continuación se da inicio una de sus partes nucleares, cual es la relativa al proceso de formación del contrato. Con buena técnica el autor aborda cada uno de los problemas planteados partiendo desde la teoría general para luego concretar las ideas señaladas en el contexto particular de la contratación bancaria electrónica.

En punto a la oferta contractual se describen con precisión sus elementos configuradores, tal como se suele hacer comúnmente, por recurso a la regulación contenida en algunos textos internacionales vigentes en el ordenamiento español, en particular la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, cuya Parte II (artículos 14 a 24) constituye la mejor referencia en esta materia, huérfana como dice el autor de una regulación específica para la contratación electrónica y, por supuesto, para la bancaria.

Una constante en el discurso viene dada por la búsqueda de la interacción entre las exigencias imperativas de información precontractual, que la Ley impone al prestador del servicio, y la configuración de oferta contractual. No se trata tan sólo del principio de la integración del contrato por medio de lo declarado por el banco, tanto en las comunicaciones comerciales como con motivo de la prestación de la información precontractual preceptiva, sino también de la posibilidad de que el eventual incumplimiento de los deberes que la Ley impone al respecto pueda traer consigo la ineficacia del contrato, como reflejo de la falta de complitud o precisión de la oferta definitivamente lanzada. Esta posibilidad, afirmada por el autor de forma decidida, trae consigo una segunda consecuencia, cual es que en el ámbito de la contratación bancaria sólo quepa considerar como oferta la que realiza la entidad de crédito, porque sólo en su mano está aportar toda aquella información que impone la Ley y sin la cual la oferta no puede considerarse completa ni precisa.

Ello no obsta, por supuesto, para que el cliente vaya configurando sus preferencias con base en las distintas opciones predisuestas por el profesional en su página web. En esta parte se repasan las particularidades que presenta regulación de determinadas operaciones crediticias, tales como la establecida para los contratos de crédito al consumo o la relativa a los de crédito inmobiliario, en punto a la vigencia temporal de las ofertas y su documentación, siempre tendiendo presente los matices que presenta en el contexto de la contratación a distancia y electrónica.

El mismo análisis se hace respecto la aceptación del cliente, aspecto clave en el proceso de formación del contrato, que necesariamente ha de ser expresa, como mantiene el autor y también quien suscribe esta recensión. Otros tópicos que reciben un tratamiento detallado son el relativo a la aceptación de las condiciones generales, el del papel de la contraoferta, de carácter residual en el marco de la contratación en masa con base en condiciones predisuestas, y el de la diferenciación entre la oferta y la comunicación comercial, cada vez más difusa en un campo como el de los productos y servicios bancarios, en que la barrera de protección se adelanta por la Ley a la fase de comercialización, con la imposición de unas determinadas condiciones de complitud en la información que se ha de proporcionar al potencial cliente (criterio de la suficiencia). Este criterio, el de la suficiencia, constituye hoy una exigencia fundamental de la comunicación comercial, junto con la claridad, el carácter objetivo y el no engañoso, en un ámbito de elevado riesgo patrimonial para el cliente como es el de la contratación en materia financiera.

Otro punto central del libro es el relativo al tratamiento de la información precontractual, al que el autor dedica una atención extensa y detallada, proporcional en definitiva a la que le dispensa el propio regulador, pues este es uno de los puntos que ha tenido un mayor desarrollo en las normas tuitivas, con el doble objetivo de estandarizar las condiciones bajo las cuales las entidades financieras pueden ofrecer sus servicios en el mercado, en condiciones de igualdad, y de dotar a los demandantes de los servicios bancarios de los datos necesarios para que puedan tomar sus decisiones económicas con el adecuado conocimiento de causa, revirtiendo con ello la inicial situación de asimetría informativa que se presupone entre la entidad de crédito y su cliente, especialmente en las relaciones B2C.

En primer lugar, resulta procedente discernir con claridad lo que constituye información previa que la entidad ha de transmitir, por así haberlo dispuesto una norma de rango legal o reglamentario, de otro tipo de orientaciones o consejos transmitidos al cliente, en el marco de la prestación de un servicio de asesoramiento en sus diversas modalidades (asesoramiento en el crédito inmobiliario, asesoramiento en materia de servicios de inversión, etc.), dentro del amplio espectro de operaciones utilizadas por las entidades de crédito para llevar a cabo su función de intermediación financiera. Aquella información ha de transmitirse de forma obligatoria, como se ha dicho, y con carácter gratuito. El asesoramiento, en cambio, lleva implícita una recomendación personalizada de adquirir un determinado activo o contratar un servicio bancario, que se presta de forma voluntaria, percibiendo o no una retribución, y que se basa en una averiguación previa de las características o perfil del cliente, que la entidad de crédito ha de llevar a cabo con antelación, siguiendo los parámetros básicos establecidos por la ley.

Así delimitada, la obligación de informar ha de respetar una serie de requisitos de contenido, momento y modo, que el libro repasa siguiendo básicamente el orden sistemático de la Ley 22/2007, sobre comercialización de servicios financieros destinados a los consumidores, pero trayendo a colación todas normas que tienen incidencia en el objeto de estudio. En cada uno de los apartados, el autor se esfuerza por extraer de la casuística legal los conceptos generales que permitan orientar mejor al lector interesado que pretende adentrarse en la materia.

En relación al tiempo en que ha de prestarse la información es abrumadora la diversidad de criterios que utiliza la ley (“con la debida antelación”, “antes de que el consumidor asuma cualquier obligación derivada de la oferta”, “antes de prestar un servicio bancario”) imposibles de reconducir a la unidad, pero que muestran que el cliente sólo podrá ver adecuadamente formada su voluntad contractual si la información se encuentra en su poder con tiempo suficiente para poder evaluar los riesgos que va a asumir, en función de las distintas operaciones o grupos de operaciones que se le pueden ofrecer, debiendo resultar accesible para el cliente con carácter permanente en determinados casos.

Respecto al modo, se distinguen los aspectos relativos a los caracteres básicos que la información ha de cumplir (claridad y comprensibilidad), la manera en que la misma ha de ser vehiculada (tipo de soporte y condiciones de accesibilidad para el cliente) o cuándo y en qué términos ha de ser resaltada, enfatizando lo verdaderamente importante.

Tras toda esta detallada exposición, la obra entra de lleno en uno de los aspectos de mayor interés práctico de esta materia, cual es el de la determinación de los remedios a que puede acogerse el cliente afectado por el incumplimiento de las obligaciones de información por parte de la entidad que presta el servicio bancario electrónico. De nuevo en este punto realiza un recorrido de los distintos medios previstos en las normas generales sobre obligaciones y contratos, para después analizar su posible utilización en el ámbito del contrato bancario electrónico a la luz de las normas particulares que inciden en el mismo y que, en determinados casos, atribuyen consecuencias dispares a los supuestos de incumplimiento (así ocurre, por ejemplo, con la Ley de Contratos de Crédito al Consumo o con la Ley de Comercialización a Distancia de Productos Financieros Destinados a los Consumidores). Al margen de las sanciones de carácter administrativo, interesa sobre todo apuntar las diversas soluciones de carácter jurídico-privado, que son las que permiten proporcionar un remedio real al cliente o consumidor.

Inicia el autor su recorrido con la nulidad radical por contravención de la ley *ex art.* 6.3 CC, cuando la norma infringida no prevea una consecuencia distinta. Este expediente que se reserva en la obra a los casos más graves en los que puede certificarse la inexistencia de consentimiento, ha de superar el inconveniente de que en muchas de las normas se establece una consecuencia de carácter jurídico-público, lo cual ha hecho que nuestros tribunales reconozcan la nulidad absoluta *cum grano salis*. El TS, a pesar de haber acogido esta acción en un primer momento en algunas sentencias citadas en la obra, ha sido muy reacio posteriormente a reconocer tal consecuencia al simple incumplimiento de la normativa de transparencia bancaria e incluso a la infracción de normas con rango de ley en las que se establecen obligaciones de información a cargo de las entidades financieras, salvo en los casos de nulidad de cláusulas abusivas o faltas de transparencia, por ser esta una cuestión de orden público, según el TJUE.

En punto a la anulabilidad, consecuencia establecida por la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, afirma el autor, no sin razón, que en determinados casos la omisión de la información o sus inexactitudes podrán dar lugar, por su importancia, a un consentimiento viciado del cliente que permita fundamentar la anulación total del contrato, mientras que en otras únicamente estará justificada la anulación de aquella cláusula o cláusulas respecto de las que se haya incumplido el deber de cabal información que corresponde a la entidad, cuando tal omisión no resulte determinante para la prestación del consentimiento contractual, sino que suponga para el cliente una obligación o carga superior, todo ello en aras del principio de conservación del contrato, como también en

propio interés del cliente para quien la ineficacia el contrato no siempre será la solución más adecuada.

En punto a la relación entre el incumplimiento por el banco de las obligaciones en materia de información precontractual y la concurrencia de error-vicio, entiende el autor que aquel incumplimiento determina, cuando menos, que deba quedar allanado el camino de la clientela para invocar la concurrencia de un consentimiento viciado por error. Esta tesis realmente se alinea con la reciente jurisprudencia en materia de comercialización irregular de productos financieros complejos, generalmente por entidades de crédito, que se puede traer a colación sin problemas porque se enmarca en la actividad parabancaria de tales entidades. Según esta jurisprudencia, el incumplimiento de las obligaciones de información precontractual no determina la concurrencia de error, pero permite presumirla. Esta interpretación, propugnada por el TS en una conocida Sentencia de 20 de enero de 2014 (RJ 2014, 781) con motivo de un litigio por nulidad de un swap de inflación, está hoy muy consolidada en la jurisprudencia del alto Tribunal, tras haber sido suscrita por cientos de sentencias en materia de swaps sobre tipos de interés, participaciones preferentes, obligaciones subordinadas y depósitos estructurados. Por lo que nos concierne en este momento resulta perfectamente trasladable a la conclusión de operaciones bancarias por vía telemática, aun cuando no se haya detectado por el momento una litigiosidad comparable a la de los episodios antes enunciados.

También resultan coherentes con las tendencias marcadas por el TS las conclusiones de Couto en relación con la nulidad parcial. Baste recordar las recientes sentencias en materia de anulación de las cláusulas de conversión en las hipotecas multidivisa o la abundantísima jurisprudencia en materia de nulidad de condiciones generales de la contratación por falta de transparencia o por abusividad, que aplican el control de incorporación, el control de transparencia material o el control de contenido, según los casos, a una multiplicidad de cláusulas contractuales (suelo, vencimiento, interés por demora, gastos, etc.). No cabe duda de que toda esta construcción puede adaptarse, *mutatis mutandis*, al marco del contrato bancario electrónico, como hace el autor de la obra.

En relación con los restantes remedios que pueden traerse a colación, el autor alude a la polémica “rescisión” contemplada en el art. 18 de la Ley 22/2007, de contornos muy difusos y probablemente producto de una defectuosa transposición del art. 11 de la Directiva 65/2002/CE, poniendo de manifiesto su inutilidad, como se ha demostrado en la práctica. Asimismo, indica la posibilidad de plantear una acción de resolución, a pesar de su uso residual en la práctica judicial. De hecho, el TS ha manifestado en varias sentencias que el cumplimiento resolutorio lo es de las obligaciones derivadas del contrato y no de las dimanantes de la ley para la fase precontractual [STS de 13 de julio de 2016 (RJ 2016, 2969), STS, Pleno, de 13 de septiembre de 2017 o STS de 23 de marzo de 2018 (RJ 2018, 1487), todas ellas del mismo ponente], a lo que cabría objetar, tal vez, que el contrato ha de integrarse

por lo que dispone la propia Ley en virtud del art. 1.258 CC, aunque esto es harina de otro costal. Y, finalmente, se refiere a la acción de indemnización de daños y perjuicios, que está siendo muy utilizada en los últimos tiempos, como remedio subsidiario o sustitutivo al de la nulidad por vicios del consentimiento, especialmente en aquellos casos en que se ha producido la caducidad de esta acción, precisamente con motivo de la contratación de productos financieros con déficit informativo por parte de la entidad de crédito.

Tras este extenso recorrido por las obligaciones de información y la trascendencia que tiene su incumplimiento, el libro deja atrás la fase previa o de formación del contrato y se adentra en las cuestiones relativas a la perfección del contrato y la información posterior en forma de confirmación. Las cuestiones que se abordan en este punto son recurrentes y derivan de las reformas legales que se produjeron con motivo de aprobación de las primeras normas sobre comercio electrónico en nuestro país, siendo las principales la determinación del momento a partir del cual se entiende que queda concluido el contrato celebrado a distancia y la del lugar donde dicha conclusión se produce, cuestiones estas que traen consigo diversas consecuencias de tanto calado como la determinación de la capacidad de las partes, entre otras. La discusión en este punto se centra, en particular, en la determinación de lo que deba entenderse por dispositivos automáticos a los efectos de la aplicación de los arts. 1.262,3 CC y 54,2 CCom, es decir, a los efectos de entender concluido el contrato desde el momento en que la declaración de aceptación se remite al oferente. Tras el oportuno análisis el autor se decanta por entender que no toda contratación electrónica es automática, sino solo aquella en la que se da una inmediatez en la transmisión de la declaración a través de un sistema predisposto para ello, que es el supuesto más habitual en el marco de la contratación bancaria electrónica, como ocurre con otros muchos sectores en la actualidad, por otra parte.

La obra concluye con interesantes consideraciones acerca de las posibilidades reales de articular una intervención electrónica o a distancia de la operación por el fedatario público, muy mediatizadas por la necesaria presencia física que las normas exigen a la hora de certificar la personalidad de los intervinientes.

Se trata, en definitiva, de una obra que aborda en su integridad todo el proceso de comercialización y formación de un contrato bancario por vía electrónica, con una exposición detallada de los distintos problemas que suscita, ofreciendo siempre la solución que al autor le parece más adecuada a la luz de la normativa existente y la interpretación que de la misma lleva a cabo la doctrina. En su trabajo el autor no escatima ningún esfuerzo y hace gala de un espíritu crítico, siempre respetuoso, de una gran honestidad intelectual, así como de un sólido conocimiento de la teoría general de las obligaciones y los contratos que le sirve como fundamento para analizar el supuesto específico de la formación y la forma de los contratos bancarios concluidos por vía electrónica con criterios siempre solventes.