

**Naturaleza y caracterización general
de la contratación bancaria electrónica con el consumidor**

M^a de la Sierra Flores Doña
Titular de Derecho Mercantil
Universidad Complutense de Madrid

I n d i c e

1. Resumen	2
2. Planteamiento.....	2
3. La contratación bancaria electrónica en sentido amplio como supuesto de hecho en la ley de comercialización de servicios financieros destinados a los consumidores	4
3.1. Preliminar	4
3.2. Sujetos.....	4
A). <i>Entidad de Crédito: entidad bancaria; establecimiento financiero de crédito y entidad de dinero electrónico.....</i>	<i>4</i>
B). <i>El consumidor</i>	<i>6</i>
a. Apunte a la distinción entre consumidor medio y consumidor vulnerable	6
b. Referencia a las orientaciones y rumbo de la tutela al consumidor en el Derecho europeo de contratos	7
C) <i>Prestador de servicios de la sociedad de la información.....</i>	<i>11</i>
3.3. Actos dirigidos o vinculados a la contratación de bienes y servicios comprendidos en la actividad bancaria.....	12
A. <i>Actos de promoción y contratación.....</i>	<i>12</i>
B) <i>Contrato bancario y su múltiple tipología.....</i>	<i>15</i>
3.4. Actividad mediante técnicas de comunicación a distancia o Tecnologías de la Información y comunicación.....	17
A) <i>Los medios de transmisión electrónica: Sitio Web o Website. Teléfono. Fax y otros similares</i>	<i>17</i>
B) <i>Convergencia de tecnologías como elemento esencial del modelo normativo y soporte de la relación entre la Entidad de Crédito y el consumidor.....</i>	<i>19</i>
3.5. El contrato bancario como contrato especial electrónico y a distancia	21
A) <i>Contrato bancario electrónico</i>	<i>22</i>
B) <i>Contrato bancario a distancia, expresamente excluido del régimen general de contratos a distancia con consumidor.....</i>	<i>26</i>
4. El soporte duradero como medio de prueba y seguridad de la contratación bancaria electrónica	26
4.1. El soporte duradero y su caracterización dependiente del medio técnico utilizado	27
4.2. La <i>Web</i> como modelo de soporte duradero en la contratación bancaria electrónica	28
A). <i>La inseguridad intrínseca de la forma y documentación electrónicas</i>	<i>28</i>
B). <i>Identidad e integridad mediante claves e información cifrada en entorno https</i>	<i>30</i>
C) <i>Certificado reconocido como documento electrónico y presunción de autenticidad</i>	<i>33</i>
5. Conclusiones	36
6. Resoluciones judiciales y administrativas	40
7. Bibliografía	40

1. Resumen

En la era digital, la convergencia de tecnología ha multiplicado los modos de desarrollar las actividades económicas por los medios de transmisión electrónica (telefonía, internet). Este modelo tecnológico empresarial exige la adaptación y renovación de las figuras jurídicas tradicionales, en cuyo proceso avanzan las Entidades de Crédito, a través de la denominada: *Banca virtual, Banca internet o en línea* (<https://www.bancaonline.openbank.es>; <https://www.ingdirect.es>; <https://oi.cajamadrid.es>).

Las Tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) cumplen funciones primordiales en la concepción y operativa de la contratación bancaria, sobre la que se proyecta la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (LCSF). De un lado, son elemento conceptual del contrato definido en el art. 1. De otro, son instrumento de comunicación y observancia de los deberes y derechos de las partes; pues la combinación de redes y medios se utilizan por las Entidades de Crédito para cumplir los deberes de información comercial, prenegocial y contractual (art.2), para responder al ejercicio de los derechos potestativos del consumidor respecto del contrato (arts. 10-12) y para dilucidar las controversias que surjan entre las partes (art. 16).

Por ello, la delimitación de la figura de la contratación bancaria electrónica constituye el presupuesto o premisa para abordar, de manera simultánea o paralela, los temas relativos a la influencia de las TIC en todos los actos que integran el proceso de la contratación privada: publicidad, formación, celebración, efectos y consecuencias.

2. Planteamiento.

El vertiginoso desarrollo de la actividad bancaria por la convergencia de las tecnologías de comunicación a distancia o Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) ha transformado la tradicional presencia física y simultánea de las partes en el mismo lugar en que se celebra el contrato por un marco virtual, de carácter multimedia. En este entorno, el cliente dispone de uno o varios canales de acceso continuo a la información publicada en la *Web* de la Entidad de Crédito respecto de los bienes y servicios que ésta última ofrece al Mercado o mediante consulta telefónica, por correo enviado a través del sistema puesto a disposición por la entidad bancaria. En efecto, mediante el uso del teléfono, fax, medio de transmisión de datos e imágenes se han multiplicado las elecciones del consumidor y las posibilidades empresariales de incrementar y comunicarse con sus clientes. Este potencial de crecimiento ha alcanzado un espectacular desarrollo con la Red Internet y el asentamiento en la misma de la convergencia tecnológica, organizada en un Sistema integrado que hace posible la interoperabilidad de todos los canales de comunicación, de manera síncrona (*on line*) o asíncrona (*off line*) en el tiempo. Hoy, a través de la *Web* de la entidad de crédito (<https://www.bancaonline.openbank.es>; <https://www.ingdirect.es>; <https://oi.cajamadrid.es>) cualquier cliente mayorista o consumidor conoce los valores e instrumentos que puede contratar electrónicamente; puede consultar las condiciones que rigen la apertura de una cuenta o depósito bancario; también los productos y servicios que puede contratar por Internet o por teléfono. Por similar procedimiento de consulta a la *Web* puede obtenerse una copia del documento electrónico relativo a las ofertas, solicitar información complementaria a la Entidad de Crédito y resolver la eventual controversia que se suscite respecto de la aplicación e interpretación del contrato celebrado. Simultáneamente, la *web*

centraliza la gestión informática de la actividad bancaria virtual y da soporte a la privacidad y seguridad de toda la documentación asociada a la relación entre la Entidad de Crédito y sus respectivos clientes o usuarios.

Esta compleja tecnología trasciende al mundo jurídico; puesto que las mismas constituyen un elemento primordial en la concepción del contrato bancario electrónico dispuesto en la LCSF; en el medio por el que se cumplen las reglas de información precontractual impuestas a las Entidades de Créditos (art.2); se ejercen los derechos potestativos del consumidor respecto del contrato (arts. 10-12) y se pueden dilucidar las controversias entre la Entidad de Crédito y el cliente (art. 16). Por ello, la delimitación de la figura de la contratación bancaria electrónica constituye el presupuesto o premisa para abordar los subsiguientes temas relativos a las particularidades introducidas por el uso de los medios de transmisión electrónica de información a la contratación privada, en sus efectos y consecuencias jurídicas¹. A estos propósitos son de gran interés las condiciones generales y demás clausulados anunciados en la *Web* de Entidades de crédito. De ellos se han seleccionado las de Caja Madrid (<https://oi.cajamadrid.es>), *ING DIRECT* (<https://www.ingdirect.es/WebTransaccional/Transaccional/AccesoEntrada.asp>) y *Openbank* (<https://www.openbank.es>). El examen empresarial se ha completado con los pronunciamientos judiciales y administrativos respecto de la relevancia de la prueba electrónica para apreciar la existencia de un contrato de tarjeta de crédito realizado por teléfono; la certificación del saldo deudor con firma digitalizada como medio de prueba de la cuantía de un crédito a favor de la Entidad de Crédito (*Caso American Express de España*, Auto 97/2007, de la Audiencia Provincial de Barcelona 30 de julio 2007). La validez del sistema de captura electrónica de firma como presunción de que la utilización de tarjeta como medio de pago implica la existencia de un consentimiento tácito (*Caso SFERA joven S.A.* (AN, Sala Contencioso-administrativo, sección 1ª, Sentencia de 9-X-2007). O las cuestiones derivadas del uso anómalo de las claves de firma electrónica, consistente en el ejercicio abusivo del derecho de firma por el apoderado de una cooperativa (*Caso ADEVIN*, Audiencia Provincial de Madrid, 9/2007, de 31 de enero). Esta metodología comparada teórico-práctica facilita la exposición del temario de la contratación bancaria electrónica; ayuda a conocer la compleja problemática que suscita su desarrollo empresarial y permite

¹ “La celebración de contratos mediante las llamadas “tecnologías de la información” o “técnicas de comunicación” (uso de equipos informáticos, a través de redes de comunicaciones –teléfono, fax, correo electrónico, ordenadores-) suponen un cambio significativo en las relaciones patrimoniales entre sujetos privados, al tiempo que su desarrollo implica sensibles modificaciones en el desenvolvimiento tradicional de las actividades profesionales y empresariales.... Estas modificaciones en los comportamientos de los sujetos económicos, singularidades de la contratación electrónica y problemas de autenticidad documental en la Red Internet.... han constituido el centro de los debates y soluciones en las leyes del comercio y firma electrónica, de ámbito nacional y supranacional”, sucedidas desde las dos últimas décadas del siglo XX (Vid. ampliamente en FLORES DOÑA, Mª S.: *Impacto del comercio electrónico en el Derecho de la contratación*).

Las Entidades de crédito han liderado el proceso de adaptación tecnológica, con el establecimiento y consolidación de la banca virtual (FLORES DOÑA, Mª.S.: “Autenticidad de la contratación bancaria electrónica”, págs. 197 y ss.). En una línea de pensamiento similar, los profesores SEQUEIRA/GADEA/SACRISTÁN, dicen: “Es una constante en el mercado la contratación “on line”, e incluso, la actuación, cada vez con mayor presencia, de entidades de crédito que operan esencialmente de forma virtual. Se plantean aquí aspectos muy diversos que tienen su propia autonomía en el tratamiento normativo de los problemas que generan (fiabilidad de la documentación electrónica, conformación y trascendencia de la firma electrónica y de sus diversas formas de configuración a efectos de reconocimientos, valor probatorio de la documentación electrónica, responsabilidad de los servidores, etc, etc), pero que además inciden directamente en el modelo tradicional de la contratación alterando algunos de sus presupuestos clásicos”(“Introducción” en *La contratación bancaria*, pág. 29).

la comprensión interrelacionada de las cuestiones que plantea su desenvolvimiento en la realidad con las líneas y fundamentos que orientan su solución en las resoluciones judiciales y administrativas.

3. La contratación bancaria electrónica en sentido amplio como supuesto de hecho en la ley de comercialización de servicios financieros destinados a los consumidores

3.1. Preliminar

En los anuncios y condiciones generales de la banca virtual, el uso de los medios tecnológicos ofrecen un amplio espectro de actos y técnicas, de mayor o menor relevancia jurídica en lo que concierne a la celebración, contenido y cumplimiento del contrato. Así se deduce de las siguientes cláusulas y declaraciones: “el titular puede contratar, ordenar operaciones, dar instrucciones, consultar sus cuentas..., formular reclamaciones, y, en general, comunicarse con ING DIRECT por teléfono e Internet” (Condiciones generales de ING DIRECT). Caja Madrid pone a su disposición el Sistema Multiacceso que le permite acceder cómodamente y sin esperas a sus cuentas y productos a través de los servicios de Banca a Distancia y de los Cajeros y/o Autoservicios, para realizar consultas y operaciones financieras..., por ejemplo, consulta de saldo, movimientos, contratación de tarjetas, traspaso a cuenta de saldo, transferencias en divisas, contratación fondos de inversión, de cuenta de valores, de OPS y OPV” (Manual del usuario de Banca a Distancia); Oficina telefónica y oficina internet reconocen al cliente la posibilidad los canales de comunicación telefónica o de internet, tanto para realizar actos con trascendencia contractual, como de simple puede “comunicarse” con la Entidad de Crédito y de realizar “contratar, ordenar operaciones, dar instrucciones, consultar sus cuentas.

Estos anuncios y condiciones generales guardan relación con el concepto amplio y funcional de la contratación bancaria electrónica, contemplado en la LCSF 22/2007, tanto en relación al término *contratación* como respecto de los tipos y clases de contratos comprendidos en el atributo *bancaria*. Con la formulación legal se advierte la relevancia funcional de la delimitación material de la norma; por cuanto que, en definitiva, todos los actos mencionados en la disciplina se vinculan, dependen o relacionan con el contrato y, simultáneamente, su realización constituyen la base y finalidad últimas de la actividad empresarial de la Entidad de Crédito.

3.2. Sujetos

A). *Entidad de Crédito: entidad bancaria; establecimiento financiero de crédito y entidad de dinero electrónico*

De conformidad con la Directiva sobre comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores (2002/65/CE, de 23 de septiembre), los sujetos en presencia son el consumidor y la Entidad de crédito. Estos son las partes del contrato. Y ambos constituyen el marco subjetivo enunciado en la normativa española (arts. 2, 4 y 5).

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 RDLeg. 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación de las entidades de crédito al Derecho de las Comunidades Europeas. Esta definición coincide con la formulada 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. De este modo, la intermediación en el crédito es el elemento común a las entidades de crédito²; la cual es compatible con su paulatina extensión a otras operaciones conexas y desarrolladas al compás de los Mercados financieros.

El concepto amplio de Entidad de Crédito es de carácter funcional porque prescinde de la naturaleza jurídica que concretamente revista la entidad³. Comprende, de una parte, las entidades de créditos 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, Confederación española de Cajas de Ahorro, Cooperativas de Crédito, Instituto de Crédito Oficial. De otra, los Establecimientos financieros de Crédito y las entidades creadoras de dinero electrónico, como instituciones especializadas en determinados contratos y operaciones⁴. Esta delimitación amplia 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

² “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”, en *La contratación bancaria*, págs. 23-24)

³ La concepción funcional de Entidad de Crédito se sostiene por un sector autorizado de 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 crédito” y la de otros sujetos”, pág. 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”, pág. 134).

⁴ “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*, pág. 26).

enunciados en el art. 52 de la LDIEC 26/1988, al que se remite el art. 4.2.a de la LCSF⁵. 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).

B). El consumidor

a. Apunte a la distinción entre consumidor medio y consumidor vulnerable

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). 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)⁶. La restricción de la figura del consumidor a la persona física excluye a la “persona jurídica”, comprendida en la definición de consumidor y usuario dispuesta en el artículo 3 del TRLGCU⁷.

La restricción del consumidor a la persona física coincide con la delimitación dispuesta en la Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril, sobre crédito al consumo⁸ y con la proyectada en la Propuesta de Directiva, relativa a los derechos de los consumidores [COM (2008) 614 final, de 8 de diciembre], por la que se revisa y simplifica todo el acervo comunitario sobre la esta materia⁹. Asimismo, en la evolución de la disciplina del consumidor, que podría orientar la interpretación de la LCSF se observa la aplicación diferenciada de la normativa tutelar del consumidor en función de que se trate de un consumidor medio y vulnerable¹⁰. A estos propósitos, la Directiva 2005/29/CE, sobre

⁵ Art. 4 de la LCSF 22/2007.

“*Ambito 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”.

⁶ 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 (“*Ambito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*”, pág. 30).

⁷ Art. 3 del TRLGCU 1/2007

“*Concepto general de consumidor y de usuario*.- A efectos de esta norma ..., son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”.

⁸ 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”.

⁹ La Propuesta de Directiva [COM (2008) 614 final, de 18 de diciembre] sobre derechos del consumidor refunde en un único cuerpo normativo las Directivas relacionadas con los derechos del consumidor, de acuerdo con la simplificación y revisión del acervo comunitario. En su art. 2.1) se define al “consumidor” como “toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”.

¹⁰ La graduación del régimen tutelar dispuesto en la contratación con Entidades de crédito también se establece en la Directiva MiFID (2004/39/CE); en la que se contempla la máxima protección a favor del

prácticas desleales entre empresa y consumidor en el mercado interior¹¹ opta por un concepto funcional de consumidor medio y vinculado a aquél que está informado y es una persona razonablemente atenta y precavida, en atención a los factores sociales, culturales, lingüísticos. Este concepto no impide la existencia del consumidor particularmente vulnerable; bien por edad, bien por su minusvalía o ausencia de instrucción (Considerando 18). De acuerdo con estas ideas, la Directiva distingue entre el “consumidor medio” y el “consumidor vulnerable”. El primero constituye el patrón de referencia para la aplicación de la normativa. En cambio, el desplazamiento o derogación de la normativa se produce en los supuestos del “consumidor vulnerable”; esto es, aquél que por su edad, enfermedad mental, física o en la ingenuidad de la persona (art. 5).

La construcción legal de la figura del consumidor medio contribuye al proceso de integración negativa de la normativa nacional que obstaculiza el libre cambio de las mercancías. En la doctrina se entiende, que tal norma podría ser prohibida siempre que resulte superflua para la tutela del interés de un sujeto que presume ser informado, adecuada y razonablemente. Pero en realidad la noción legal de consumidor medio condicionada a tal objetivo constituye una ficción necesaria a la Comunidad pero que corre el riesgo de disminuir el nivel de tutela del interés del consumidor alcanzado. Prueba de ello es que la delimitación precisa del tipo de consumidor queda a las autoridades nacionales y judiciales¹². Tal peligro podría superarse exclusivamente mediante una correcta interpretación judicial del sistema introducido por la directiva que sea capaz de mediar la exigencia legal del ideal comunitario con la necesidad de tutelar eficazmente al sujeto más débil presente en el mercado único¹³.

Por último, la aplicación de la LCSF 22/2007 a la contratación con el cliente no consumidor es posible siempre que así lo elijan las partes, según lo autoriza el principio de autonomía de la voluntad, proclamado en el 1255 del CC; el cual se apunta para la aplicación territorial de la LCSF en el art. 2.4.c)¹⁴. 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.

b. Referencia a las orientaciones y rumbo de la tutela al consumidor en el Derecho europeo de contratos

La finalidad implícita en todo el sistema legal de protección al consumidor es el de asegurar el equilibrio contractual entre las partes. De una parte, a través de una

“cliente”, frente a la tutela más débil del “cliente profesional”, dada la cualificación de este último respecto del conocimiento de los distintos valores e instrumentos que se negocian en el mercado financiero.

¹¹ Directiva 2005/29/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales entre empresas y consumidor en el mercado interior. Esta Directiva sigue las orientaciones del Libro verde sobre la Protección del Consumidor en la Unión Europea, de 11 de julio de 2002.

¹² “Una correcta interpretación del sistema implica tomar en consideración otras posibles situaciones de desventajas en las que pueden encontrarse particulares grupos de consumidores. Dicho objetivo podría ser realizado a través de una lectura extensiva del término “ingenuidad”, a través del inciso “de modo que el profesional pueda razonablemente prever” (art. 5.3 Directiva 2005/29/CE)-

¹³ PONCIBO, C.: “Il consumatore medio”, pág. 757

¹⁴ 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”.

información simétrica y veraz, que asegure la certeza de la información proporcionada al consumidor y, consiguientemente, se alcance seguridad respecto del contenido contractual. De otra, mediante el reconocimiento de determinados derechos potestativos al consumidor para separarse del contrato (desistimiento, rescisión) o modificar algunas de sus condiciones (cambio de la forma de envío de la documentación).

Siguiendo al Derecho Privado tradicional, la tutela a favor del consumidor o usuario bancario se dispensa por varias vías: A) Mediante 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 diversos sujetos que actúan en él. A ellas se añaden las instrucciones necesarias para el manejo de los instrumentos técnicos, formalización, acceso y descarga de los respectivos documentos (arts. 7 y 9). B) A estos propósitos se establece el deber de entrega de la documentación y de insertar en los contratos un contenido mínimo, y especialmente en el régimen general de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas en materia de consumidores (art. 9). C) Por el reconocimiento y contenido reglado de ciertos derechos potestativos al consumidor, como el de desistimiento del contrato (arts. 10 y 11), el de instar la anulación de un cargo indebido utilizando el número de una tarjeta de pago (art. 12). D) Mediante la imposición de la carga a la Entidad de crédito de la prueba del cumplimiento de las obligaciones (art. 17). Idéntica explicación cautelar encuentra la proclamación del carácter imperativo de la ley y la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor (art. 3 de la LCSF 22/2007¹⁵). En todo caso, la protección del consumidor no sólo descansa sobre la tutela que proporciona el marco contractual, mediante el conocimiento informado antes de manifestar su voluntad y la garantía de desvincularse del contrato en ciertos casos¹⁶ sino también sobre el sistema de vigilancia, asesoramiento, ordenación normativa, reclamaciones y sancionador que el propio sistema bancario contiene en el marco del Derecho Público administrativo¹⁷.

En el plano de política jurídica, la valoración del sistema cautelar del consumidor o usuario contemplado por la LCSF es positiva. En este sentido, es fácilmente comprensible la importancia de la fase precontractual para la formación, contenido e interpretación de la voluntad de contratar. A estos propósitos basta con enunciar las actividades que en ella se comprenden. 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

¹⁵ Art. 3 de la LCSF 22/2007:

“Carácter imperativo.- Los consumidores de los servicios financieros prestados a distancia no podrán renunciar a los derechos que se les reconocen en esta Ley.

La renuncia a los derechos 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...”

¹⁶ En relación con la disciplina europea de servicios financieros se ha indicado, que en la articulación de los intereses en juego el legislador tutela, de un lado, al profesional o empresario del sector y, de otro, el interés del consumidor y adquirente de los productos y servicios. En cuanto al empresario o entidad se tutela mediante una concurrencia leal, sin distorsiones debidas a comportamientos o conductas conforme a códigos deontológico. En cuanto al consumidor, éste debe identificarse con un consumidor medio en el sentido, de una persona realiza una operación a distancia cuando ya tiene el conocimiento necesario para manifestar su voluntad libremente. Así debe deducirse de la amplitud de derechos que se le reconocen en la esfera privada; en especial, el derecho de información que se le reconoce en la fase precontractual; en la garantía a su favor de un período de reflexión para poder deshacer el vínculo sin motivo justificado y sin incurrir en responsabilidad patrimonial. (ZORZI, N.: “La disciplina europea dei servizi finanziari”, págs. 293-294).

¹⁷ Vid. SEQUEIRA/GADEA/SACRISTÁN: “Introducción” en *La contratación bancaria*, pág. 29.

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), 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 obligaciones informativas, su observancia previa a la declaración de aceptación y eventual potestad de desistimiento por el consumidor (arts. 10-11).

Desde la perspectiva de técnica jurídica, la elección por el legislador, de regular las mismas materias de protección al consumidor de forma paralela, en la legislación general y sectorial ha significado la saturación de normas, de carácter reiterativo, alcance diverso y a veces, formalmente innecesario o con contenidos confrontados. Lo que inevitablemente añaden complejidad en la aplicación normativa y frecuentes dudas respecto del precepto que debe jugar en cada caso y con qué alcance. Pongamos un par de ejemplos comparativos: el del contrato a distancia y el de contrato electrónico. El contrato a distancia se define y regula en la LCSF 22/2007 y el TRLGCU, RDLeg. 1/2007. Los dos textos parten de un concepto amplio, sobre la base de la exigencia simultánea de la utilización exclusiva en la negociación y celebración del contrato, de una técnica de comunicación a distancia organizada por el proveedor (art. 4.1 primer párrafo y 4.3 de la LCSF, art. 92.1 del TRLGCU). Sin embargo, el significado y alcance de lo que debe entenderse por “Técnica de comunicación a distancia” presenta diferencia entre ambos textos. Y por esta vía: “el contrato bancario a distancia es siempre electrónico”, mientras que el “contrato a distancia” puede ser o no electrónico. Esta elección oscurece la peculiaridad jurídica del contrato a distancia. En efecto, la LCSF restringe el contrato bancario a distancia al que se produce por medios de transmisión electrónica de información: teléfono, fax, medio telemático y similar (art. 4.3 de la LCSF). En cambio, la inclusión de los medios tradicionales de transmisión de la información también determinan la consideración de “contrato a distancia” en la Legislación general de consumidores; pues dentro de las técnicas de comunicación a distancia se comprenden, el cupón de pedido, catálogo (art. 92.2 TRLGCU)¹⁸, que en modo alguno tienen carácter electrónico. Y algo

¹⁸ El contrato bancario a distancia definido en el art. 4 de la LCSF es al mismo tiempo electrónico, según se deduce de los números 1 y 3.

Art. 4.1: “Se comprenden en el ámbito de la Ley los contratos celebrados entre un proveedor y un consumidor....., 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”. 4.3. “Se entiende que el contrato se celebra a distancia cuando para su negociación y celebración se utiliza exclusivamente una técnica de comunicación a distancia, sin presencia física y simultánea del proveedor y el consumidor, consistente en la utilización de medios telemáticos, electrónicos, telefónicos, fax u otros similares”.

El contrato a distancia definido en el art. 92 es todo aquél que se desarrolla “sin la presencia física simultánea de los contratantes, siempre que la oferta y aceptación se realicen de forma exclusiva a través de una técnica cualquiera de comunicación a distancia y dentro de un sistema de contratación a distancia organizado por el empresario....., entre otras, tienen la consideración de técnicas de comunicación a distancia: los impresos, con o sin destinatario concreto; las cartas normalizadas; la publicidad en prensa con cupón de pedido; el catálogo; el teléfono, con o sin intervención humana, cual es el caso de las llamadas automáticas o el audiotexto; la radio; el teléfono con imagen; el videotexto con teclado o pantalla táctil, ya sea a través de un ordenador o de la pantalla de televisión; el correo electrónico; el fax y la televisión”.

parecido sucede en relación con el contrato bancario electrónico y el contrato electrónico, en cuyo marco, el concepto de “contrato bancario electrónico” en la ley especial es más amplio que el concepto general de contrato electrónico; en donde están excluidos ciertos medios de transmisión electrónica, como el teléfono, el fax (Anexo a la LSSICE 34/2002).

La profusión y confusión de leyes especiales es un tema que trasciende a todo el ámbito del Derecho Privado. En este contexto significó el renacimiento de la necesidad de una regulación general próxima a la concepción general y abstracta de los códigos continentales del siglo XIX y, dentro de ella, la conveniencia de albergar en un cuerpo único la regulación general y abstracta de la Teoría de las obligaciones y contratos, civil y mercantil¹⁹. En este marco normativo interno se integrarían las especialidades requeridas por los nuevos cambios surgidos en el mercado; entre las que destacarían las normas de protección al consumidor y las derivadas de la irrupción de Internet en la forma de emitir el consentimiento y de documentar el contrato. A esta tarea ha respondido formalmente la reforma del CC francés de 2000 y, con alcance sustantivo, la reforma alemana del Derecho de obligaciones y contratos, de junio de 2001²⁰. Pero llegados a este punto y con la perspectiva que dan la "codificación" del siglo XIX y la "descodificación" del siglo XX, el esfuerzo, de resistematizar el Derecho de obligaciones y contratos civil y mercantil merecería la pena. Asimismo, la experiencia adquirida serviría para no caer en los inconvenientes de las distintas técnicas legislativas. Por ello, la necesidad de una elaboración coordinada de las leyes reguladoras de la actividad empresarial, tanto en el plano estrictamente formal, de evitar conflictos en su aplicación, como en el sustancial, de construcción coherente con la concepción precisa de la disciplina y adecuada a las necesidades reclamadas por la actividad empresarial predominante en la realidad socioeconómica. Asimismo, la conveniencia de una recopilación sistemática, con independencia de su adscripción formal en uno o varios cuerpos normativos.

En definitiva, el contrato a distancia definido en el art. 92 del TRLGCU es más amplio y engloba al contrato electrónico y al tradicional. Ello es así porque en el concepto legal se privilegia el elemento de la “no presencia física y simultánea del proveedor y del consumidor”, frente a la naturaleza técnica del medio de comunicación que une a las partes como sucede en el contrato bancario electrónico a distancia (art. 4 LCSF).

¹⁹ El problema de la proliferación de leyes especiales es ya un tema tradicional del debate en el marco general del Derecho Privado y ha sido objeto de reflexiones fecundas y autorizadas (SANCHEZ CALERO, F.: “Reflexión general sobre el proceso descodificador y perspectivas del Derecho Mercantil al finalizar el siglo XX” URÍA/MENÉNDEZ: *Derecho Mercantil*). En paralelo a estas ideas, se avanza en el replanteamiento de una "recodificación" de la materia mercantil; con la consiguiente apertura a cuestiones de política jurídica. Entre ellas, si debe procederse a una codificación en el sentido formal, de simple recopilación de todas las leyes en un cuerpo legal, de modo similar a lo sucedido en la reforma del CCo. francés del año 2000 -en el junto al comerciante se han incluido las sociedades mercantiles o el Derecho de la Competencia- y próximo a la orientación del Código de Comercio Uniforme estadounidense -en el que se regulan relaciones jurídicas vinculadas a la comercialización de bienes: compraventa, títulos de crédito y algunos contratos bancarios-. O, en cambio, debe procederse a una codificación en el sentido técnico acogido en la codificación europea del siglo XIX, de refundición sistemática de la materia mercantil, construida y ordenada sobre un núcleo material, de una manera abstracta y con vocación universal, según se ha continuado por el CCo. alemán del año 1998.

²⁰ “En la ordenación sistemática de la materia electrónica se han seguido dos técnicas, según que las disposiciones incorporadas se hayan o no acompañado de la reforma del Código Civil (Cc) y de la legislación procesal (amén de otras leyes complementarias). En el primer grupo se encuentran Francia y Alemania, cuyas leyes de firmas electrónicas se han complementado con la inclusión en sus Códigos Civiles de la forma y firma electrónica como nueva modalidad de consentimiento y forma de los actos jurídicos ... En cambio, Italia y España han optado por sendas leyes del Comercio y de Firma electrónica, coordinándose con sus respectivos Códigos, mediante la regla general de inalterabilidad del régimen general de obligaciones y contratos” (Vid. más ampliamente con referencias concretas a las últimas reformas en FLORES DOÑA, M^a S.: “Autenticidad en la contratación bancaria electrónica”, págs. 202-210. Y anteriormente en *Impacto del comercio electrónico en el Derecho de la contratación*, págs. 21 y ss.).

El doble proceso de unificación y desarrollo simultáneo del Derecho de contratos y tutela del consumidor se encuentra en el programa del Derecho contractual europeo; representado por la simplificación normativa y la elevación de la tutela al consumidor²¹. En este contexto armonizador, la protección del consumidor se ha visto confrontada con el principio de eficiencia del mercado; solucionándose con el carácter mínimo del Derecho común en el mercado interior. Esta postura no ha desterrado la tensión entre intereses, sino que la misma se eleva y redimensiona con la competencia de los derechos nacionales y supranacionales en la economía globalizada. En este último contexto es difícil coordinar el incremento del nivel de tutela del consumidor con el crecimiento de la eficiencia que requiere el mercado²². Estas ideas constituyen el trasfondo de la renovación de la política europea en materia de tutela al consumidor, encaminada a una armonización en la que se le prohíba a los Estados Miembros adoptar un patrón de protección al consumidor superior al que dispense la Directiva²³. Sobre estas ideas se asienta la Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo, sobre derechos de los consumidores [COM (2008) 614 final, de 8 de octubre]²⁴

C) Prestador de servicios de la sociedad de la información

Junto a los contratantes (o futuros contratantes) se encuentra el Prestador o prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información. Estos hacen posible la conexión electrónica entre las partes mediante la puesta a disposición de la infraestructura y medios de transmisión electrónica: telefonía, telemático. Este 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)²⁵. Esta norma ha de completarse con la obligación de disponer de un medio de interlocución telemática para la prestación de servicios al público y establecido en el art. 2 de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de medidas de impulso de la sociedad de la información. Se trata de un deber de *status* aplicable a todas las empresas de cierta trascendencia económica, entre las que expresamente se comprenden las Entidades de Crédito y demás adscritas a los mercados

²¹ En la renovación del Derecho europeo de contratos se advierte la conveniencia de alcanzar un “Código Europeo de Obligaciones o de un Código Civil Europeo”, en el que tenga cabida: a) la simplificación de normas y condiciones estándar para los contratos y b) una disciplina de tutela al consumidor, de carácter racional y de alto nivel de protección. (Resolución del Parlamento europeo sobre el derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro [2005/2022(INI)].

²² El inicio de la normativa europea del Derecho del consumidor se basaba en que la igualdad de trato del consumidor era uno de los instrumentos para racionalizar el mercado interior. Sin embargo, los márgenes de actuación discrecional de los estados miembros ha significado una “armonización mínima” (CABELLA, L.: “Cittadini e consumatori nel diritto dell’Unione Europea”, págs. 683 y ss.).

²³ Vid. EBERS, M.: “La revisione del diritto europeo del consumatore: l’attuazione nei Paesi membri della direttiva sulle clausole abusive (93/13/CEE) e le prospettive d’ulteriore armonizzazione”, págs. 698-699

²⁴ La Comisión puso en marcha la revisión del acervo comunitario en materia de consumo, en el año 2004, a través de su comunicación sobre “Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro [COM (2004) 651, de 20 de enero de 2005]. Fruto de estos trabajos es la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre derechos de los consumidores [COM (2008) 614 final, de 8 de octubre].

²⁵ 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”

financieros (art. 2.2.b)²⁶. En cualquier caso, el régimen jurídico de estos prestadores de servicios se encuentra en las respectivas regulaciones sectoriales, dictada 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), complementada 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 LSSICE 34/2002 (Título II, arts. 6-18)

3.3. Actos dirigidos o vinculados a la contratación de bienes y servicios comprendidos en la actividad bancaria

Los actos funcionalmente dependientes o relacionados con el contrato constituyen base y finalidad última de la actividad empresarial de la Entidad de crédito. Y, simultáneamente, el ámbito objetivo de la contratación regulada en la LCSF 22/2007.

A. Actos de promoción y contratación

Ya desde el tenor, *comercialización de servicios financieros*, el legislador nos anuncia su finalidad de regular más allá del contrato entre una Entidad de crédito y un consumidor para adelantarse también a los actos de promoción del bien (dinero, valores, créditos) o servicio (asesoramiento, alquiler, depósito) ofrecido por la Entidad de Crédito, a través de sus diversos canales de comunicación social: *web, teléfono*. Esta idea se plasma y es recurrente en el desarrollo de la LCSF. En el art. 1 sobre el 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...). En el art. 4, 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 hacer constar la *finalidad comercial* de la *información previa al contrato* que ha de proporcionar la Entidad de Crédito, *inequívocamente* (art. 7.2). En la ordenación sistemática de los sectores normativos, 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 ellos o con ambos conjuntamente han de ser apreciadas en la regulación del caso.

Efectivamente, la *Web* es uno de los medios usuales de la banca virtual para promocionar la contratación de los servicios relacionados con su actividad empresarial; entre ellos, transferencias en divisas, compraventa de valores. La exigencia de una *Web* se

²⁶ 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”.

establece en el art. 2 de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de medidas de impulso de la sociedad de la información. En el indicado precepto se obliga a las Entidades de Crédito a tener un medio de interlocución telemática, a través del cual los consumidores puedan celebrar contratos electrónicos, consultar los datos correspondientes a su relación bancaria, presentar quejas, reclamaciones y modificar sus datos de carácter personal²⁷



Ilustración imagen del sitio Web de un Banco (Ingdirect) y de una Caja de Ahorros (Caja Madrid)

La comparación entre el contenido de estos anuncios y el fijado en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad (LGP) permite calificar la información mencionada en ellos de “acto de publicidad”, por concurrir en sus declaraciones los elementos de la caracterización legal de publicidad. En cuanto a 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: valores e instrumentos financieros, dinero, prestación de asesoramiento financiero, etc. 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 Valores²⁸. El elemento causal,

²⁷ Art. 2 de la LISI56/2007:

“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 que, mediante el uso de certificados reconocidos de firma electrónica, les permita la realización de, al menos, los siguientes trámites:

- Contratación electrónica de servicios, suministros y bienes, la modificación y finalización o rescisión de los correspondientes contratos, así como cualquier acto o negocio jurídico entre las partes, sin perjuicio de lo establecido en la normativa sectorial.
- Consulta de sus datos de cliente, que incluirán información sobre su historial de facturación de, al menos, los últimos tres años y el contrato suscrito, incluidas las condiciones generales si las hubiere.
- Presentación de quejas, incidencias, sugerencias y, en su caso, reclamaciones, garantizando la constancia de su presentación para el consumidor y asegurando una atención personal directa.
- Ejercicio de sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en los términos previstos en la normativa reguladora de protección de datos de carácter personal.

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,.... b) Servicios financieros destinados a consumidores, que incluirán los servicios bancarios, de crédito o de pago, los servicios de inversión....En particular se entenderá por: 1. 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.”

²⁸ Esta conclusión guarda relación con la definición legal de Entidad de Crédito sostenida anteriormente, de carácter funcional y configurada como toda empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos

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 nuestro objeto de 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: contratos, consultas, comunicaciones, reclamaciones; las condiciones generales que rigen dichos contratos (Clausulados desarrollados en la *Web* o incorporados por remisión a un tablón de anuncios); legislación aplicable a sus operaciones, acompañada de una relación simplificada de las disposiciones correspondientes. Por consiguiente la LGP 34/1988 y sus desarrollos especiales y reglamentarios (órdenes, circulares...) han de ser observados en los diseños y contenidos de las *Web* de la banca virtual. En este sentido sería recomendable que algunas de las entidades consultadas actualizaran la legislación en ellas relacionadas.

La amplitud de miras de la LCSF determina la adscripción indistinta de sus normas al Derecho Privado o Público. Desde el punto de vista material o sustantivo, las normas de Derecho Privado se refieren a derechos, obligaciones y demás aspectos de la relación contractual, pero con un matiz público determinado por su contenido imperativo y reglado. Entre ellas: el deber de información que recae en la Entidad de Crédito acerca de las contenido contractual (arts. 7 y 8); los derechos potestativos, de desistimiento y rescisión del contrato reconocidos al consumidor (arts. 10 y 11). Por el contrario, las normas de Derecho Administrativo público 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); la acción de cesación contra conductas que lesionen el interés colectivo o difuso del consumidor (art. 15); 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). Dentro del régimen sancionador administrativo se puede entender la consideración de *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)²⁹

El seguimiento por la LCSF 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

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 l (Vid. subepígrafe Entidad de Crédito: entidad bancaria; establecimiento financiero de crédito y entidad de dinero electrónico)

²⁹ 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...”

derechos potestativos, legislación aplicable, etc.-arts. 7-8), 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 constituyen 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).

B) Contrato bancario y su múltiple tipología

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. En este sentido, el legislador se refiere al servicio o servicios financieros como objeto del contrato negociado, celebrado o cumplido entre las partes.

El término “servicios bancarios” se define mediante una lista enunciativa; de la que puede extraerse un concepto amplio de contrato bancario, de carácter funcional. En este sentido, la intermediación en el crédito es el rasgo común a todos los contratos bancario, junto a la cual se añaden otras funciones conexas y accesorias sobre bienes, derechos y servicios; por las que progresa la figura del contrato bancario en dependencia con la dinámica empresarial y del mercado financiero. (art. 4.2 LCSF 22/2007³⁰, en relación con el art. 52 de la LDIEC)³¹. 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 CC). Es el caso de la referencia general a los *contratos* en el art. 1 de la LCSF, 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 LDIEC, al que se remite el art. 4.2.a de la LCSF 22/2007³².

³⁰ 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”.

³¹ 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.

³² 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

La variedad tipológica de los contratos reseñados desde el punto de vista de la causa depende de las obligaciones y derechos principales que constituyen el contenido negocial acordado por las partes; entre ellos, compraventa, depósito, cesión de créditos, comisión de garantía y demás combinaciones que ofrece la práctica empresarial³³. Sin duda, este contenido negocial determinará su correspondiente conexión a la Ley, Reglamento y demás disposiciones reglamentarias y contractuales que rigen en los respectivos contratos, como fórmula para determinar el marco jurídico sustantivo de los servicios bancarios, tal y como lo exige la remisión general a la “normativa especial que rige la prestación de los servicios financieros en cada caso” (art. 1 LCSF 22/2007).

La naturaleza jurídica del contrato bancario es irrelevante a la hora de determinar la aplicación obligatoria de la LCSF 22/2007 (compraventa y garantía de valores, asesoramiento financiero, alquiler de caja de seguridad). Por ello la elección implícita de la Ley de comercialización de servicios financieros 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 señalada. 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, en la LCSF (art. 6) y al medio de interlocución telemática, en la LISI (art. 12 bis, en relación con el art. 2).

Al lado de los actos, de carácter contractual en sentido estricto, también se comprenderían en el ámbito de la normativa los actos de *promoción, oferta, negociación, celebración y cumplimiento* (art. 4 LCSF) ya indicados. Con ello se advierte la relevancia funcional en la delimitación material de la norma; por cuanto que, en definitiva, se trata 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 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”.

³³ 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 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*, págs. 12-13)

actos funcionalmente dependientes o relacionados con el contrato y, simultáneamente, actos que constituyen la base y finalidad última de la actividad empresarial de la Entidad de crédito.

3.4. Actividad mediante técnicas de comunicación a distancia o Tecnologías de la Información y comunicación

La transmisión de la voz, datos e imágenes a través de Redes y medios de comunicación electrónicos: teléfono, terminal de ordenador, etc. se extiende en la práctica bancaria de los formularios a todos los actos concernientes a la celebración, contenido, cumplimiento del contrato. La convergencia tecnológica es rasgo común en la realidad empresarial y jurídica bancaria.

A) Los medios de transmisión electrónica: Sitio Web o Website. Teléfono. Fax y otros similares

La esencialidad de que las partes estén unidas por uno o varios canales de comunicación se acompaña de una gama de medios concretos de transmisión electrónica, como son el teléfono, el fax, terminal de ordenador (art. 4.3 LCSF). Esta variedad de medios y el uso alternativo individual o conjunto de los mismos se adecúa a la conformación integrada del Sistema electrónico en el tráfico; acierta con las exigencias de fluidez y seguridad impuestas por el tráfico empresarial y su desarrollo es posible con el estado actual de las Tecnologías de la información y comunicación (TIC).

En lo que concierne a la operativa bancaria hay que indicar, que 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 responde al uso de Internet y del teléfono en la Banca a distancia, Banca *on line*, Oficina internet, que actualmente se encuentra sometida al ámbito de aplicación de la ley española, según se contempla en las condiciones generales publicadas en el sitio *web* en Internet de la Entidad de crédito. Entre los canales de comunicación contemplados en Caja Madrid el teléfono e Internet se integran en el “Sistema Multiacceso”, conformado por la “Oficina Telefónica, Oficina Internet, Oficina Móvil y Cajeros”³⁴. Dentro del “Sistema integrado de comunicación” utilizado por ING DIRECT, Internet y el teléfono son los dos medios previstos para contratar, consultar y realizar órdenes³⁵. En Openbank se eligen los términos más generales, de contrato a distancia de servicios financieros, de medio electrónico, de soporte duradero en los apartados de INFORMACIÓN DE LAS CUENTAS, POLÍTICA DE EJECUCIÓN OPTICA Y GESTIÓN DE ORDENES³⁶.

Este posicionamiento de la banca virtual acierta con la fluidez en la comunicación y seguridad en las relaciones negociales, reclamadas por el tráfico. Con carácter general porque disminuye el nivel de riesgo derivado por la interrupción o mal funcionamiento de

³⁴ Manual del usuario de Banca a Distancia, pág. 1 accesible por https://oi.cajamadrid.es/CajaMadrid/pi/pt_oi/Login/login, visto en julio 2008)

³⁵ ING DIRECT Condiciones generales del contrato de prestación de servicios, 1 Contratación, pág. 5; 3. Funcionamiento del Servicio, pág. 6; 4. Grabación de las conversaciones telefónicas, pág. 6. (Reproducción a través de la URL <https://www.ingdirect.es/WebTransaccional/Transaccional/AccesoEntrada.asp>, visto en julio 2008)

³⁶ Vid. condiciones generales de Open Bank, págs. 6-9, a través de “Transparencia y Protección”, desde la página de inicio, <https://bancaonline.openbank.es/>, visto en julio 2008

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 revisten la mayoría de las prestaciones relacionadas con los contratos bancarios, 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, hacen necesario contar con un método que asegure la continua comunicación del consumidor con su Banco o la 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, 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 contractual entre la Entidad de Crédito y 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 toda la relación negocial. 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 LCSF 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 fax³⁷; de otro, la telemática, que posibilita la aplicación de las técnicas de comunicación y de la informática a la transmisión a distancia de información computarizada³⁸: datos e imágenes. La conexión de todos los canales de información se potencia y se hace posible con Internet, como Red informática mundial³⁹. A esta idea responde la *web* utilizada 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

³⁷ 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>, noviembre 2008)

³⁸ 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>, noviembre 2008).

³⁹ 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, públicas y privadas (Gobiernos, Universidades, proveedores de acceso...). Cualquiera 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 DOÑA, M^a.S.: *Impacto del comercio electrónico en el Derecho de la contratación*, págs. 29 y ss.

de operaciones exceda de 6.010.121,04 € calculado según la normativa del IVA (art. 2.2 de la LISI 56/2007⁴⁰). 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 momento⁴¹. 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 dispuestos en los arts. 7 a 9), 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 “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 LCSF. 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).

B) Convergencia de tecnologías como elemento esencial del modelo normativo y soporte de la relación entre la Entidad de Crédito y el consumidor

La LCSF 22/2007 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 las definiciones de comercialización y de contrato de servicio financiero (art. 1). También la presunción de contrato a distancia, representada por 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). 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). En tercer lugar, con su importancia como forma de comunicación entre las partes, de carácter permanente y modo continuado (arts.5 y ss.). En cuarto lugar, con su protagonismo como soporte de toda la contratación, de carácter duradero y de permanente

⁴⁰ 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) incrementa 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.

⁴¹ 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>, noviembre 2008)

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)⁴².

La fusión jurídico tecnológica que tiene lugar en la generalidad de la actividad empresarial realizada mediante las TIC o Técnicas de comunicación a distancia en la expresión legal, explican la imbricación de ambos campos en el tratamiento jurídico de todos y cada uno de los actos comprendidos en el proceso bancario; 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 TIC en las disposiciones jurídicas, necesariamente, tiene como premisa el adecuado nivel de conocimiento y entendimiento del funcionamiento correspondiente a los soportes, programas y aplicaciones electrónicas utilizadas en la contratación bancaria. En este contexto tecnojurídico de la contratación bancaria, las Tecnologías de la Información y Comunicación, a las que el legislador se refiere, genéricamente, con los términos: “instrumentos técnicos”, “soporte duradero” (art. 6 de la LCSF 22/2007), “medio de interlocución telemática” (art. 2 de la LISI 56/2007), se nos presentan como un Sistema técnicamente estructurado y funcionalmente interdependiente que transmuta, de modo bidireccional, el lenguaje universal de las personas (representado por palabras y números en la fuente de origen –emisor- y de destino –receptor-) en lenguaje digital, expresado en 0 y 1; por ser éste el que comprenden y descifran los programas que hacen funcionar toda la estructura tecnológica, progresivamente de manera más automatizada. Así, se genera el documento, con cualquier tipo de información (datos en sentido amplio, pero también imágenes) que, en el mundo jurídico puede significar la celebración de un contrato, la creación del derecho de firma, la declaración de voluntad, representada por la Oferta y la aceptación, la revocación de un certificado de firma electrónica, etc. Similar operativa y tecnología permite conservar el documento, mediante su archivo en unidades de memorias (CD, DVD, mp3); su reproducción reiterada en pantalla o copia impresa en papel, y transmisión de los respectivos archivos por una Red de Telecomunicación (correo electrónico o cualquier otra modalidad). También es posible su publicidad (como sucede, por ejemplo, con la información que se aloja en una *Web*) o su comunicación a otros destinatarios, de carácter más o menos restringidos (como sucedería con la comunicación interbancaria) o, estrictamente privada (correo electrónico). 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.

⁴² El artículo 2 de la LISI 56/2007 rige desde diciembre de 2008, de acuerdo con la Disposición final cuarta, que dice:

“*Entrada en vigor.*- Esta Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

No obstante, las obligaciones contenidas en el nuevo artículo 12 bis de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico entrarán en vigor a los tres meses de la publicación de la Ley en el Boletín Oficial del Estado (obligación de informar sobre el nivel de seguridad), y los artículos 2 (obligación de disponer de un medio de interlocución telemática con consumidor) y 6 (modificaciones a la LSSICE) de esta Ley entrarán en vigor a los doce meses de la publicación de la Ley en el Boletín Oficial del Estado”.

Estas ideas esbozadas están generalmente implícitas y asumidas con las funciones normativas reconocidas a los medios de transmisión electrónica en la LCSF 22/2007. Su expresión y desarrollo se contiene en el Derecho general electrónico, cuya supletoriedad se proclama en el art. 1 de la LCSF. Por lo que, la ley de la sociedad de la información y del comercio electrónico (34/2002), así como la ley de firma electrónica (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 dimensión⁴³. Hoy es incontestable el hecho de que la revolución tecnológica liderada por *Internet* en el ocaso 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 permanente reproducibilidad y legibilidad en una pantalla, de modo similar a la lectura de la escritura en soporte papel.

La regulación de la LCSF tiene como referencia 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)⁴⁴. También se adapta a la presunción de contrato a distancia establecida en el art. 4.3 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.

3.5. El contrato bancario como contrato especial electrónico y a distancia

Las consideraciones conceptuales y del tráfico económico señaladas autorizan calificar al contrato bancario referido en la LCSF 22/2007 como especie de contrato electrónico y de contrato a distancia. A esta conclusión lleva la lectura comparada de los correspondientes preceptos. De un lado, el art. 4 de la LCSF 22/2007, contrastado con la definición de contrato electrónico formulada en el Anexo, letra h), de la Ley de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, 34/2002, de 11 de julio⁴⁵. De otro, el art. 4 de la LCSF 22/2007, concordado con el contrato a distancia definido en el art. 92 del TRLGCU 1/2007⁴⁶. No obstante, las consecuencias jurídicas de dicha clasificación difieren en uno y otro caso.

⁴³ BÜCHNER: “Internetspezifische Vertragsformen in europäischen Kontext”, pág.365

⁴⁴ 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”.

⁴⁵ En cuanto al término “contrato electrónico” y “contrato bancario electrónico” la LSSICE entiende por contrato electrónico o contrato celebrado por vía electrónica, el contrato celebrado por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones (letra h); con expresa exclusión de “los servicios prestados por medio de telefonía vocal, fax o télex” (letra a), número 1º de la LSSICE 34/2002)

⁴⁶ Art. 92 TRLGCU 1/2007, de 16 de noviembre
“Concepto de contratos celebrados a distancia.

A) Contrato bancario electrónico

El contrato bancario electrónico es una especie de contrato electrónico, porque al promocionarse, negociarse, celebrarse o cumplirse por medios de transmisión electrónica (art. 1 LCSF) participa 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 (Anexo, letra *h* LSSICE 34/2002). Dicha consideración también deriva de la operativa de la contratación bancaria en la práctica contractual, 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 (<https://www.openbank.es>; <https://www.indirect.es>).

Al igual que sucede en el ámbito general, el contrato bancario electrónico no es una categoría de contrato en sentido jurídico técnico, de contrato con causa específica: compraventa, depósito y descuento de valores, fianza, etc., sino que se trata de un concepto teórico y abstracto de contrato como acuerdo de voluntades entre la Entidad de Crédito y el consumidor (art. 1254 CC), en el que tienen cabida los múltiples bienes, derechos y servicios comprendidos en la actividad bancaria, según se ha indicado anteriormente. De este modo se prescinde de la naturaleza jurídica del contrato (compraventa de valores, cesión y titulación 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-) y se enfatiza la tecnología utilizada en el proceso de comercialización, formación, celebración o cumplimiento del contrato (art. 1). En nuestro caso concreto, el uso del lenguaje oral y escrito de la contratación tradicional se sustituye total o parcialmente por el lenguaje electrónico, representado por cualquiera de las formas exigidas en los múltiples canales de transmisión electrónica (teléfono, fax, terminal de ordenador). Esta última tecnología es de esencia para instrumentar los respectivos actos y declaraciones que se comprenden en la actividad económica bancaria dirigida a la promoción y contratación de bienes, derechos y servicios al público (art. 4.2.a LCSF).

En el marco tecnológico descrito, el contrato bancario electrónico contemplado por la LCSF 22/2007 goza de mayor amplitud que el contrato electrónico diseñado por la LSSICE, 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)⁴⁷. La mayor amplitud del contrato bancario

1. Se registrarán por lo dispuesto en este título los contratos celebrados con los consumidores y usuarios en el marco de una actividad empresarial, sin la presencia física simultánea de los contratantes, siempre que la oferta y aceptación se realicen de forma exclusiva a través de una técnica cualquiera de comunicación a distancia y dentro de un sistema de contratación a distancia organizado por el empresario.
2. Entre otras, tienen la consideración de técnicas de comunicación a distancia: los impresos, con o sin destinatario concreto; las cartas normalizadas; la publicidad en prensa con cupón de pedido; el catálogo; el teléfono, con o sin intervención humana, cual es el caso de las llamadas automáticas o el audiotexto; la radio; el teléfono con imagen; el videotexto con teclado o pantalla de televisión; el correo electrónico; el fax y la televisión.

⁴⁷ 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:

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, 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). Estos últimos 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 LSSICE 34/2002 a la que se menciona en el art. 1 de la LCSF. De otro, la LFE 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 LISI 56/2007, por la que se modifican las leyes generales electrónicas y se instaura 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).

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* se consensúa en la doctrina⁴⁸ y en resoluciones de Tribunales; entre las que destaca la consideración de documento mercantil en soporte informático por la STS, de 3 de noviembre de 1998⁴⁹. También se encuentra y formula en 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*

“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.º Los servicios prestados por medio de telefonía vocal, fax o télex”.

⁴⁸ La referencia al “documento informático como forma de contrato” se apunta por RODRÍGUEZ ADRADOS, A: “El documento negocial informático”, 28, págs. 433 y ss. También SANCHEZ-LERMA, C: “Contratación electrónica: firma electrónica y fé pública”, pág. 12 y ZAGAMI, R. en *Firma digital e sicurezza giuridica*, Padova 2000, Capítulo I, págs. 1 y ss. Una opinión contraria defiende el profesor VATTIER, C. para quien simplemente nos encontramos “ante un nuevo medio técnico, asimilable, desde este ángulo, a la máquina de escribir, al telégrafo, al teléfono, al télex o al telefax...”, tal y como resulta de “la equivalencia del contrato electrónico a la forma escrita o documento privado, siempre que los mensajes electrónicos se archiven y se mantengan accesibles para su ulterior consulta, que consagra el Anteproyecto (art. 27)” (“Responsabilidad contractual y extracontractual en el comercio electrónico”, pág. 82).

⁴⁹ Tiene interés resaltar la significación del término “documento” dada 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 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).

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). Se reafirma 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 CP⁵⁰).

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 jurídicas 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)⁵¹. En cambio, el documento electrónico, puede visualizarse, leerse, conservarse,

⁵⁰ 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*,, pág. 827).

⁵¹ 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 Derecho (Vid.

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)⁵².

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

DIEZ PICAZO.L.: *Derecho Civil Patrimonial*, pág. 188 y RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: "Comentario al Art. 1.216", pág. 328). No obstante, la relevancia jurídica del documento es externa al documento en sí, porque depende del sistema de normas concretas (ZAGAMI, R.: "El documento informático" *Firma digitale...*, pág. 1).

⁵² *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 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 hiciera, 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).

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 LFE, 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”. Este temario se desarrolla en los epígrafes correspondientes al soporte duradero.

B) Contrato bancario a distancia, expresamente excluido del régimen general de contratos a distancia con consumidor

La LCSF considera que el contrato bancario electrónico es también un contrato a distancia⁵³ y así se declara en el título con el que se enuncia el capítulo II de la LCSF “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*) y el modelo básico del contrato a distancia fijado en el artículo 92 del TRLGCU. 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 LCSF 22/2007, en concordancia con el concepto general de contrato a distancia señalado en el artículo 92 del TRLGCU 1/2007. El contrato a distancia al que se refiere el artículo 92 del TRLGCU 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 TRLGCU, 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”.

4. El soporte duradero como medio de prueba y seguridad de la contratación bancaria electrónica

El cumplimiento de los deberes impuestos a las Entidades de Créditos que operen en banca virtual y de todos los actos relacionados con la publicidad y contratación bancaria han de relacionarse con la concepción y propiedades del “soporte duradero”; puesto que sólo aquél que asegure la accesibilidad, autenticidad e integridad de los datos e imágenes, que constituyen la información contenida en los respectivos archivos electrónicos del cliente alojados en la Web de la Entidad de Crédito se considerará soporte idóneo y confiable en el ámbito de la actividad bancaria. La misma idea puede extraerse de las

⁵³ 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 DOÑA, M.^a S.: *Impacto del comercio electrónico en el Derecho de la contratación*, págs. 87-89 y 124-134.

resoluciones administrativas y judiciales, sobre la base del test de valoración de la seguridad del sistema o en relación con la apreciación de la prueba. En cuanto a la seguridad del sistema tecnológico, la Dirección General de Tributos declaró la inadecuación del “Portal de facturación del Grupo Empresarial” por no responder a todas las exigencias normativas de la Orden ministerial correspondiente (*Caso Portal de facturación*)⁵⁴. Respecto de la prueba, los pronunciamientos judiciales coinciden en admitir el documento electrónico como medio de prueba, acreditativo de la existencia: a) de un contrato de tarjeta mediante la grabación telefónica y b) de una deuda por la certificación acreditativa del saldo deudor suscrito con firma digitalizada. Ambas decisiones se apoyaron en la amplitud de forma de la prueba dispuesta en el 812.1 LEC (*Caso American Express de España*)⁵⁵.

4.1. El soporte duradero y su caracterización dependiente del medio técnico utilizado

El soporte duradero es “todo instrumento que permita al consumidor almacenar la información dirigida personalmente a él, de modo que pueda recuperarla fácilmente durante un período de tiempo adecuado para los fines para los que la información está destinada y que permita la reproducción sin cambios de la información almacenada”. (art. 6.1 de la LCSF 22/2007).

Si bien cualquier cliente o interesado puede acceder a toda la información pública relacionada con los bienes, productos y servicios ofrecidos por las distintas entidades bancarias, a través de la *Web* de la Entidad o de cualquier otro medio de publicidad o consulta, desde el punto de vista jurídico la operativa se transforma sustancialmente cuando la información o la gestión de esta última tiene trascendencia contractual. En este sentido, el acceso a un entorno de seguridad requiere del uso de las correspondientes *claves* privadas (de *acceso* y *operativa*), tanto si el cliente se comunica con la Entidad por medio del teléfono como si lo hace a través de la URL de la Entidad de Crédito. Así se lee en los formularios de la banca *online*; por ejemplo: “Tanto para las operaciones en Internet como para las efectuadas por teléfono, Openbank le asignará unas claves de identificación personal.- Clave de acceso: de 4 posiciones, le será solicitada para aquellas operaciones

⁵⁴ *Caso Portal de Facturación empresarial*: “El informe de la Subdirección General de Planificación y Control, del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la Agencia Tributaria, de fecha 25 de octubre de 2007, emitido por dicho Centro Directivo en relación con la materia objeto de consulta y, en particular, con el sistema, denominado “Portal de Facturación del Grupo Empresarial”, ha determinado que, en la medida en que el sistema propuesto realiza sólo la comprobación sobre una muestra de las facturas recibidas y no sobre la totalidad de las mismas, se considera que no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 6.1 de la Orden EHA/962/2007” (RDGT 2403/2007, de 12 de noviembre (Consulta vinculante), núm. 4, - JT\2008\98, base de datos westlaw.ES).

⁵⁵ *Caso American Express de España*: “Un examen de la documentación acompañada revela que el documento número uno es una grabación telefónica perfectamente audible... En este supuesto exige un principio de prueba de la existencia de la relación contractual de la que deriva la deuda cuya reclamación se pretende frente al Sr. Eugenio, consistente **en la grabación de la conversación telefónica mediante la cual se produjo la contratación...**”. Asimismo se debe admitir la “certificación del saldo en la que aparece la firma digitalizada del apoderado”. En ambos casos, “ha de aceptarse por lo tanto 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 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 encuentre...” (Auto 97/2007, de la AP Barcelona (Sec. 17), de 30 de julio, Fundamento de Derecho Segundo, JUR\2007\268590, base de datos westlaw.ES)

que únicamente impliquen consulta⁵⁶. Por idéntico procedimiento seguido de la utilización de las respectivas claves de acceso, el cliente puede entrar a su espacio privado y consultar, reproducir, archivar y gestionar la información y estado relacionado con su cuenta y operaciones. En el ejemplo anterior de Openbank se lee: clave operativa: de 8 posiciones, le serán solicitadas de forma aleatoria algunas posiciones para realizar una operación que implique movimiento de dinero (por ejemplo, inversiones, transferencias) o bien operaciones que requieran de un nivel de seguridad superior”⁵⁷.

En relación con estas operaciones que implican movimientos y cambios patrimoniales se conecta la exigencia de *reproducibilidad sin cambios* requerida por el art. 6.1; pues sólo aquellos soportes dotados de un determinado nivel tecnológico pueden garantizar la integridad de la información reproducida y su vinculación indubitada con la persona de su autor. En este punto coinciden los formularios utilizados en la práctica con la regulación de esta materia en ceñir su marco de reglamentación al medio telemático o *soporte Web*, de conformidad con los mandatos y contenidos dispuestos en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica y a ella se refieren igualmente los formularios de condiciones generales utilizados actualmente en la contratación bancaria electrónica. Por ello, la LFE 59/2003 debe comprenderse en la mención al Derecho general electrónico en el artículo 1 de la LCSF, al determinar la aplicación a la contratación bancaria electrónica de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico. Las ideas y soluciones dispensadas en la LFE 59/2003 se reiteran y refuerzan por la LISI 56/2007, en relación con el “medio de interlocución telemática entre la Entidad de Crédito y su cliente”

4.2. La Web como modelo de soporte duradero en la contratación bancaria electrónica

Las exigencias de seguridad tecnológica permiten al legislador conciliar las ventajas de simplificación y ahorro de costes en la operativa contractual electrónica, con la seguridad jurídica de esta modalidad de contratación, en coherencia con las ideas anunciadas en el Preámbulo de la LCSF 22/2007, con el tenor: “la incorporación de esas nuevas tecnologías a la vida económica y social ofrece innumerables ventajas, como la mejora de la eficiencia empresarial, el incremento de las posibilidades de elección de los usuarios”, “Pero la aparición y el desarrollo de Internet y las nuevas tecnologías causan incertidumbres jurídicas inevitables que han de ser compensadas con las necesarias reformas legislativas” (Preámbulo, I, tercer párrafo). La comprensión de esta declaración requiere un análisis comparativo entre los elementos caracterizadores del contrato tradicional en soporte papel y el emergente electrónico, de conformidad con la equiparación de ambas formas y su reconocimiento como medio de prueba en la LSSICE y en la LFE.

A). La inseguridad intrínseca de la forma y documentación electrónicas

En el contexto regulador de la contratación tradicional en soporte papel, el documento formalizado y suscrito por la firma manuscrita de su autor es relativamente

⁵⁶ Estas indicaciones figuran en el apartado de “Seguridad en Openbank”, págs. 1 y 2, publicadas en la URL <https://bancaonline.openbank.es/servlet/>, visto en julio 2008.

⁵⁷ Estas indicaciones figuran en el apartado de “Seguridad en Openbank”, págs. 1 y 2, publicadas en la URL <https://bancaonline.openbank.es/servlet/>, visto en julio 2008.

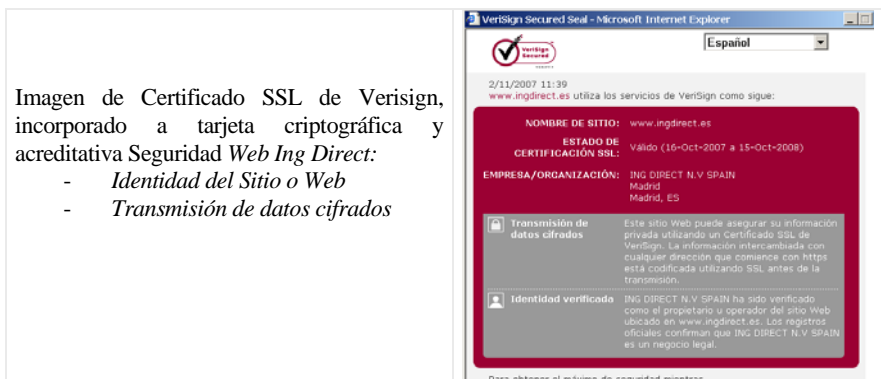
seguro, tanto en lo que se refiere a la identidad de su autor como a la integridad e inalterabilidad del Acto en él contenido. En ambos casos, junto a las dificultades de falsificar la firma o modificar el contenido escrito, las peculiaridades del soporte papel y el carácter personal de la grafía permiten detectar, mediante análisis científico y grafológico, cualquier alteración con elevada seguridad. Por ello, el documento en papel con firma manuscrita ofrece relativa certeza de la procedencia o autoría del acto que contiene (función indicativa de la firma); del alcance del consentimiento contractual o la declaración correspondiente de su autor (función declarativa de la firma) y de la celebración o cumplimiento del acto (función probatoria). En consecuencia, la presunción legal de autenticidad del documento privado, proclamada en el art. 326.1 de la LEC: “Los documentos privados harán prueba plena en el proceso..., cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudica”.

Por el contrario, el documento electrónico es, por esencia, inseguro. La separación estructural entre la firma electrónica (claves de acceso y operativa en la contratación bancaria) y su autor favorece situaciones disociativas entre el titular aparente, que figura como remitente o emisor del acto (información o datos, en expresión informática) que se transmite en la Red y se almacena, deposita o archiva en el Servidor y el autor real del mismo. A ello hay que sumar, que el envío del documento con la correspondiente información a través de la Red de Internet se enfrenta a la fácil manipulación del Acto, con la casi imposibilidad técnica de detectar la diferencia entre el documento recibido (archivado o depositado) y el original (el correspondiente al Acto de cumplimiento de un deber, de consentimiento, de orden de pago, etc.). A esta realidad subyacente responde la disciplina electrónica; pensada, preferentemente, para contratar en la Red Internet. Así se manifiesta en el número I de las Exposiciones de Motivos de la LSSICE 34/2002 (I, segundo párrafo) y de la LFE 59/2003 (I). Esto es, la contratación en un entorno virtual, de carácter global y abierto. En él las partes se comunican, a través de terminales conectados a una Red de Telecomunicaciones (llamadas genéricamente, Técnicas de la Información y de las Telecomunicaciones), de modo simultáneo o no en tiempo real; por lo que no negocian de modo presencial ni suelen conocerse. En este marco causal electrónico, esencialmente abierto a cualquiera que disponga del *hardware-software* adecuado a la Red Internet resulta enormemente arriesgado comprometerse jurídicamente sin tener la certeza de quien es la persona que habrá de responder en caso de incumplimiento de un determinado contrato; ni si el contenido del acto que se refleja en la documentación pertinente se corresponde o no con el original emitido por su autor. De este modo, las ventajas de rapidez, economía y disponibilidad inmediata de la documentación relacionada con la contratación bancaria a las que apunta la LCSF (Preámbulo I), comparada con los métodos más tradicionales (como el usual envío de un contrato por correspondencia) tropieza con los riesgos de inseguridad respecto de la identidad entre el autor real y aparente de las declaraciones, así como respecto del contenido íntegro e inalterable de la información producida y comunicada entre las partes interesadas. De aquí, la importancia y conveniencia de las sucesivas técnicas de identificación del autor (las claves de acceso y operativa en la contratación bancaria electrónica), como fórmula técnica de promover y dotar de seguridad a esta modalidad de contratación que tiene los efectos vinculantes de cualquier otro contrato (art. 1258 del CC, en relación con el art. 24 de la LSSICE 34/2002). Y en este contexto general electrónico es en el que hay que interpretar el significado y alcance de las propiedades de “accesibilidad y reproducibilidad sin cambios de la

información almacenada requeridas al soporte soporte duradero” por el art. 6 de la LCSF 22/2007⁵⁸.

B). Identidad e integridad mediante claves e información cifrada en entorno https

La Banca electrónica es cauta eligiendo los métodos y procedimientos de seguridad tecnológica más seguras. A través de la URL de cualquier Entidad de crédito el espacio de contratación virtual es un entorno de seguridad, en el que la información se transmite de modo cifrado y, por consiguiente, ininteligible⁵⁹. Su identificación se realiza por *https* <https://www.ingdirect.es/WebTransaccional/Transaccional/AccesoEntrada.asp>; https://oi.cajamadrid.es/CajaMadrid/oi/pt_/Login/login.



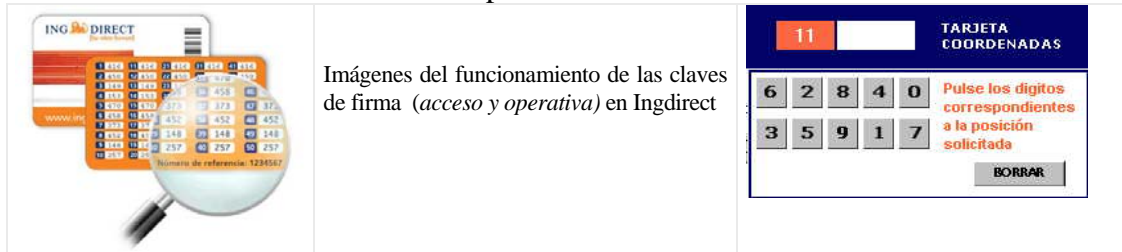
Con distintas denominaciones (Identificador, clave, NIF, clave de acceso, etc.), la identidad de cada uno de los clientes se realiza mediante la asignación de un par de claves o códigos, funcionalmente interdependientes; amén de la aceptación de certificados de firma electrónica emitidos por un prestador de servicios reconocido (Condiciones generales de ING DIRECT, cláusula 3.1, tercer párrafo). Con independencia de que estas

⁵⁸ El estudio de todo el marco normativo comparado y español de la forma y firma electrónicas, con especial referencia a la contratación bancaria puede consultarse en FLORES DOÑA, Mª S.: “Autenticidad en la contratación bancaria electrónica”, págs. 195-239.

⁵⁹ En relación con la Seguridad, en las condiciones publicadas por ING DIRECT, se dice: “8.- TECNOLOGÍA DE SEGURIDAD EN ING DIRECT.- El Servidor de ING DIRECT usa certificados emitidos por Verisign para realizar comunicaciones seguras y cifradas. Esta certificación de Internet es similar a un documento de identidad en las personas y es emitido exclusivamente para una página web concreta. De esta manera se tiene absoluta seguridad de que el cliente está comunicando sus datos a un servidor de ING DIRECT y no a un tercero (nadie puede hacerse pasar por ING DIRECT, ya que el certificado está únicamente en nuestras instalaciones). Por ello es muy importante que cualquier tráfico de información personal se realice mediante páginas HTTPS (La S final nos indica que estamos intercambiando información con un servidor SEGURO) y comprobar que el certificado es de dicho site (haciendo doble clic sobre el candado que nos aparecerá, veremos los datos de dicho Certificado, y podremos validar que efectivamente la página web está certificada). Nuestro servidor cumple con los requisitos para que una transacción comercial por Internet se considere segura (consulta de sus cuentas personales, transferencias, etc.).

La posición anterior es también la de Seguridad en Caja Madrid se lee: “La política de Seguridad de Caja Madrid establece como una de sus máximas prioridades la protección de la información de nuestros clientes. Para ello añade elevados estándares de seguridad a sus aplicaciones y sistemas e instrumenta las más avanzadas medidas de protección a fin de velar por la confidencialidad e integridad de la información.- Toda la información que se transmite entre el PC del cliente y nuestros sistemas a través de internet utiliza el protocolo “>SSL-128 bits. Este cifrado impide que un tercero acceda a dicho flujo de información.- Utilización de un certificado emitido por Verisign, entidad certificadora internacional, que garantiza que usted está conectado con Caja Madrid. Un certificado digital es un documento digital protegido por técnicas criptográficas que garantiza las identidades en Internet”.

claves se incorporen en una tarjeta criptográfica (como sucede con los certificados reconocidos, incorporados a un D.N.I. electrónico o con las tarjetas emitidas por la propia Entidad de Crédito⁶⁰) lo importante es que, a través de ellas el consumidor accede a su respectiva cuenta y mediante otra u otras claves puede gestionar, realizar órdenes, etc. A estas últimas se las denomina: clave operativa.



El sistema de seguridad se refuerza con el bloqueo de su funcionamiento en caso de uno o dos errores en los dígitos de identificación personal (Cláusula 5.2 de las Condiciones generales de ING DIRECT y Manual de Usuario de Banca a Distancia de Caja Madrid). La misma finalidad tiene la reserva reconocida a la Entidad de Crédito, para “no ejecutar aquellas instrucciones u órdenes recibidas cuando tenga dudas razonables sobre la identidad de la persona que está emitiendo la orden, o ésta sea contradictoria con otras” (Cláusula 5.1 de las Condiciones generales de ING DIRECT). La idea de privacidad, uso, pérdida y sustracción de las claves goza de un amplio tratamiento en los formularios, cuyo modelo básico coincide en un procedimiento de comunicación inmediata y permanente a la Entidad gestora, a través de una simple llamada de teléfono (Manual del usuario de Banca a distancia, de Caja Madrid).

La comparación entre este marco de la realidad bancaria y el Derecho general electrónico lleva a relacionar los entornos *https* y las claves de firma del cliente bancario con las firmas electrónicas avanzadas y su sustancial diferencia con el resto de las firmas electrónicas. En efecto, la lectura coordinada de los preceptos de firma electrónica desvela la diferencia fundamental entre la firma electrónica (3.1. LFE) y las firmas avanzadas en la fiabilidad tecnológica, en su triple trayectoria vital: creación, utilización y archivo. Así, en el momento de la creación o generación de la firma, porque sólo si el conjunto de los datos representativos de la misma (3.1) son únicos puede afirmarse, que *el firmante puede mantener bajo su exclusivo control* y que son susceptibles de *identificar al firmante*. En el momento de su utilización (ejemplo, celebrar un contrato), porque la firma avanzada *está vinculada al firmante y a los datos a que se refiere...*, y permite *detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados*. Y en lo que concierne a su archivo, porque la firma *puede mantener bajo su exclusivo control*.

El marco tecnológico pensado para las firmas electrónicas avanzadas y referenciado en el Título IV sobre *Dispositivos de firma electrónico* (arts. 24 y 25 LFE) descansa en el sistema de cifrado asimétrico o de clave pública, elaborado con fórmulas

⁶⁰ En las condiciones generales de ING DIRECT, en el número 3 relativo al Funcionamiento del Servicio ING DIRECT se hace referencia a las tarjetas criptográficas. Textualmente dicen: “En el supuesto en que ING DIRECT emita tarjetas EMV (con chip integrado), las partes aceptan asimismo equiparar jurídicamente la utilización de la tarjeta y la introducción de la clave secreta (pin) de la tarjeta, a la firma autógrafa del titular de la misma” (3.1, segundo párrafo).- “De igual manera, en caso de que los sistemas operativos de ING DIRECT acepten certificados digitales de usuario reconocidos, y soportados en tarjetas criptográficas, respecto de aquéllos que el Banco acepte, las partes acuerdan equiparar jurídicamente su utilización y la introducción de la clave secreta (pin) del certificado, a la firma autógrafa del titular del mismo”.

matemáticas ofrecidas por la Criptografía. En este sentido basta con reproducir la definición de los *Dispositivos de creación de firma electrónica* como *los datos únicos, .. códigos o claves criptográficas privadas, que el firmante utiliza para crear la firma electrónica* (art. 24.1 LFE). Y el de *Dispositivos de verificación de firma electrónica... los datos, como códigos o claves criptográficas públicas, que se utilizan para verificar la firma electrónica* (art. 25.1 LFE). En síntesis, cada *firmante* o solicitante de una firma electrónica avanzada dispondrá de un par de claves relacionadas entre sí y cuya aplicación permite el cifrado y el descifrado de los contenidos (o también denominados "encriptación, encriptado y sus contrarios, desencriptación o desencriptado"). Funcionalmente, el declarante o emisor del mensaje de datos (por ej. de la declaración de aceptación, de la entrega y recepción del bien objeto del contrato) aplica una clave especial sobre el texto o contenido de la comunicación, que se transforma en ilegible durante su transmisión en Internet hasta que la comunicación llega a su receptor. El destinatario de la declaración o del mensaje de datos aplica la misma clave (en el denominado método de algoritmos de cifrado simétrico o de clave secreta⁶¹) u otra distinta (si se sigue el de algoritmos de cifrado asimétrico o de clave pública⁶²). Y de esta manera se descifra el mensaje, pudiéndose leer por el destinatario; con lo que se asegura la integridad del documento y la autoría del mismo; autoría que, además, puede reforzarse con la firma digital, elaborada sobre los mismos algoritmos utilizados para el cifrado de documentos⁶³.

La fórmula se plasma en los Textos normativos y la confianza en el tráfico deriva de la definición legal de la *firma electrónica* como *la que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control* (art. 3.2 LFE).

La experiencia bancaria muestra el convencimiento de la idea de seguridad en la contratación electrónica; optando por firmas seguras. Así puede constatarse, con la cláusula convencional de la equiparación de la modalidad electrónica a la escrita. A título enunciativo puede leerse, que "Las partes aceptan equiparar jurídicamente la firma del cliente autógrafa y la realizada mediante cualquier tipo de claves, códigos o elementos de seguridad identificativos". De igual manera, en caso de que los sistemas operativos de ING DIRECT acepten certificados digitales entre la modalidad os acuerdos convencionales

⁶¹ En los sistemas de cifrado simétrico, también denominado "de clave secreta" se utiliza una misma clave para cifrar y descifrar los documentos; por lo que corresponde a las partes mantener en secreto las mismas si quieren tener una comunicación segura entre ellas. Entre los más conocidos algoritmos simétricos se encuentran: el algoritmo DES (Norma de Cifrado de Datos), el algoritmo FEAL (Algoritmo de cifrado rápido), el algoritmo IDEA (Algoritmo Internacional de Cifrado de Datos), los RC4, RC5 y SAFER (Rutina de cifrado seguro y rápido)

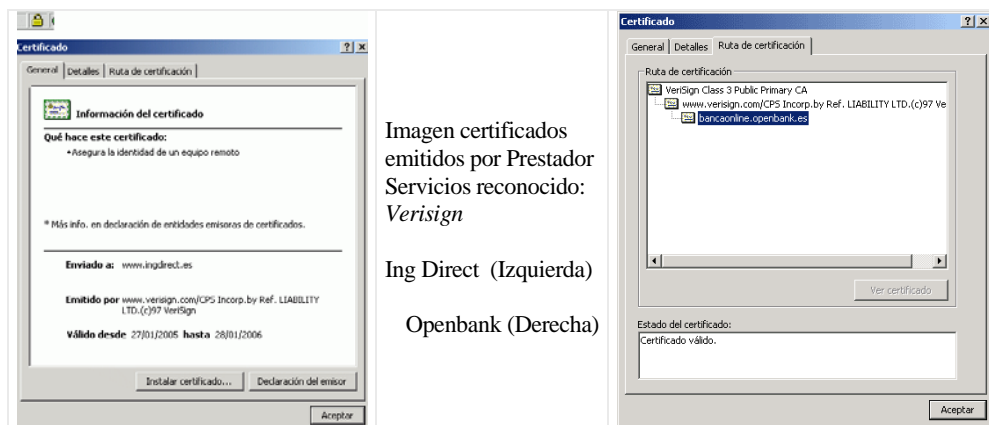
⁶² En los sistemas de cifrado asimétrico o de clave pública se utilizan dos claves diferentes en la operación: una clave privada de cada una de las partes y otra pública, única y común para las dos. El cifrado del contenido de la declaración o mensaje se realiza mediante la clave pública, mientras que el descifrado se realiza con la clave privada, de cada una de ellas. Estas claves están relacionadas de tal manera, que no pueden funcionar aisladamente y tampoco es posible obtener la privada a partir de la pública. Un ejemplo de este sistema está representado por el algoritmo de clave pública RSA.

⁶³ Técnicamente, la firma digital se crea y verifica igualmente mediante algoritmos criptográficos asimétricos, semejantes a los utilizados en el cifrado. Ahora bien, la firma digital anexa al documento electrónico puede dejar o no inalterado el contenido del mismo. En este sentido, la simple anexión de la firma al documento no altera, las declaraciones inter-partes contenidas en el mensaje de datos; que sólo se convertirán en ininteligible cuando se le aplique al mismo la correspondiente clave de cifrado para su envío al destinatario.

bancarios, suele indicarse, que “las partes reconocen y aceptan la plena equiparación jurídica entre la orden telemática realizada conforme al procedimiento de seguridad establecido y la firma del titular” (núm. 3. Funcionamiento del Servicio ING DIRECT). Con ello, la partes reafirman la equivalencia funcional entre la modalidad electrónica y la escrita, asumiendo la ficción legal de la significación y alcance legal de la asimilación dispuesta en las leyes del comercio y firma electrónicas, al tiempo que amplían el alcance interno de la prueba.

C) *Certificado reconocido como documento electrónico y presunción de autenticidad*

Por consiguiente, la fiabilidad tecnológica de las firmas electrónicas avanzadas la hacen merecedoras de la confiabilidad jurídica en el tráfico, en cuanto a la certeza respecto del cumplimiento de la función indicativa respecto de su autor y la declarativa respecto del contenido de la declaración realizada por el mismo y en su inalterabilidad⁶⁴, de manera similar a lo que acontece en el ámbito de las firmas manuscritas y comparable al rigor exigido para las firmas electrónicas en el Art. 2.2 de la Directiva 1999/93/CE y recomendado en el ámbito internacional por el Art. 6.1 de la Ley Modelo UNCITRAL.



En este orden de ideas, la acreditación de la seguridad tecnológica y, consiguientemente, el pilar de la confianza y credibilidad del sistema de la contratación electrónica descansa en la intervención de un *prestador de servicios de certificación o autoridad de certificación*. Teóricamente, es un tercero extraño a la relación comercial, de modo parecido a como se requiere en el Derecho de los contratos, mediante la deducción de la prohibición de que el cumplimiento del contrato pueda “dejarse al arbitrio de uno de los contratantes” (art. 1256 CC). El prestador de servicios de certificación también verificará la clave pública de la firma electrónica reconocida (según se expresaba en la Comunicación sobre firma digital y cifrado -Doc. COM (907) 503 final, págs. 8 y ss.). El procedimiento básico consiste en la *personación del firmante o su acreditación documental* (arts. 12 y 13 LFE), seguido de la *emisión de un certificado*, en el que consta con un contenido reglado ...reflejan en un certificado emitido por el prestador de servicios de certificación, con un contenido reglado (Art. 11) y vigencia temporal; condicionante de

⁶⁴ La seguridad de la firma electrónica avanzada, con la consiguiente certeza respecto de la autoría de la declaración a la que se asocia y a la integridad de la misma es opinión compartida por la generalidad de la doctrina. Vid., entre otros, ILLESCAS:: *Derecho de la Contratación electrónica*, pág. 99; GONZALEZ ECHENIQUE, L.: "Estudio de la Directiva y del real Decreto-Ley...", pág. 222.

la funcionalidad del Certificado, a través de su publicidad obligatoria en el Servicio de Consulta del Prestador de servicios, cuyo desarrollo se deja a los códigos de buenas prácticas (art. 19 LFE)⁶⁵.

La presunción de autenticidad de la firma electrónica reconocida y de los documentos vinculados a ella se encuentra en el artículo 3.8 LFE, al que hay que entender realizada la remisión del art. 24.1 LSSICE, en relación al contrato. Y se formula *Si se impugnan la autenticidad de la firma electrónica reconocida, con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico* (art. 3.8, segunda frase). Por lo que, el certificado reconocido cumple la función de documento de identidad y autenticidad electrónica, tanto respecto del autor de la firma como de la declaración o declaraciones vinculadas a ella (art. 6.1, en relación al mandato dispuesto en el art. 5.1.a de la Directiva de Firma electrónica). Del tenor de los preceptos de la LFE se deriva, el carácter *iuris tantum*, esto es, salvo prueba en contrario de la presunción legal de autenticidad. En este sentido resulta implícita en los términos *Si se impugnan la autenticidad de la firma electrónica reconocida, con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico...* Y en la misma línea se ha declarado en relación con *la copia autorizada electrónica de una escritura, expedida por un Notario con la firma electrónica reconocida de éste* (RDGRN, de 18 de enero de 2006 RJ 2006\837). Quiere decirse que se presumiría, que la declaración en él contenida (oferta, aceptación, denuncia sobre vicios, etc.) pertenece al titular de la clave (ex art. 3.1.2 LFE), salvo que la misma se derivase por alguna causa o razón (por ejemplo, porque el documento se realizó en el tiempo en que la certificación tenía sus efectos en suspenso, a petición del propio signatario -Art. 9.2 LFE-; porque el contratante sólo era aparente y, si bien estaba legitimado en virtud del uso de los datos de firma electrónica, el titular real notificó al Banco la pérdida o sustracción de la clave, de conformidad con lo acordado en el contrato).

A los efectos probatorios juega una importancia singular la capacidad de las partes a la hora de acreditar su nivel de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones. Este aspecto fue decisivo para que el Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia de Murcia desestimara la pretensión del demandante por entender, que la “falta de diligencia en el deber de custodia de las claves por parte del cliente fue determinante en la sustracción de la clave de acceso a internet y de la firma electrónica y en modo alguno el sistema de

⁶⁵ El legislador español coincide con el mandato de la Directiva en la finalidad del certificado reconocido, de acreditar la autenticidad del autor de la firma y del documento o documentos vinculados a ella (art. 6.1 LFE, en relación con el 5.1.a de la DFE). Pero al comprender en el concepto de certificado reconocido las referencias al cumplimiento de las obligaciones contractuales y de *status* correspondientes al Prestador de Servicios de Certificación se desvía de la significación y alcance de las mismas en el marco del incumplimiento y responsabilidad requerido en el artículo 6.1 de la Directiva, que dice: *Los Estados miembros garantizarán, como mínimo, que el proveedor de servicios de certificación que expida al público un certificado presentado como certificado reconocido o que garantice al público tal certificado, será responsable por el perjuicio causado a cualquier entidad o persona física o jurídica que confíe razonablemente en el certificado por lo que respecta a...: a) la veracidad, en el momento de su expedición, de toda la información contenida en el certificado prescrita para los certificados reconocidos; b) la garantía de que, en el momento de la expedición del certificado, obraban en poder del firmante ... los datos de creación de firma correspondientes a los datos de verificación de firma que constan o se identifican en el certificado; c) la garantía de que los datos de creación y de verificación de firma pueden utilizarse complementariamente...* . Con ello, la opción española introduce un factor de riesgo e incertidumbre en el tráfico; pues hace recaer en el titular de la firma y de los terceros la carga de comprobar la legalidad formal del certificado reconocido y el cumplimiento de las obligaciones *de status* correspondientes al prestador de servicios reconocido.

seguridad del Banco (Sentencia 69/2007, de 30 de marzo)⁶⁶. También para que la Audiencia Provincial de Madrid considerara que el ejercicio abusivo del derecho de firma posibilitó al demandado abrir un servicio bancario electrónico y ordenar transferencias de fondo a su favor, en perjuicio de la asociación a la que representaba; por lo que se le condenó por un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso ideal con un delito continuado de estafa (Sentencia 9/2008, de 31 de enero)⁶⁷. En el ámbito de la comercialización de servicios financieros la dificultad de la prueba por parte del cliente podría aliviarse con el sistema establecido en los siguientes preceptos y requerimientos de la LCSF. A) Por el control de las Entidad de Crédito del soporte a través del cual se realiza la contratación electrónica. B) Con las exigencias de seguridad impuestas a la infraestructura tecnológica por la LCSF 22/2007 (art. 6) y por la LISI 56/2007 (art. 2) y C) la imposición de la carga de la prueba a la Entidad de crédito (art. 17 de la LCSF) y, en su defecto, mediante la consideración de cláusula abusiva (DAPrimera de la LCSF, por la que se introduce un nuevo apartado, 19 bis, a la disposición adicional primera (Cláusulas abusivas) de la LGCU)⁶⁸.

Finalmente, la equivalencia internacional de los certificados reconocidos, dispuesta en el art. 14 LFE⁶⁹ e impuesta en el Mercado interior por la Directiva de Firma Electrónica

⁶⁶ En el Fundamento de Derecho Primero, el Sr. Magistrado Juez dice: a) “que no es cierto que como se dice en la demanda y con el mero hecho de acceder a las claves ya se puede operar, con ello solo no basta sino que además es necesario como quedó acreditado en el acto del juicio los datos de la firma electrónica; b) Lo segundo y más importante es que antes de entrar en la consideración de si el sistema de seguridad que ostenta la entidad demandada es o no el correcto o no el adecuado, nos hemos de plantear y delimitar con carácter previo el origen de ese conocimiento de datos por parte de otra persona; c) **Se considera que con carácter previo se ha de valorar la propia diligencia del titular de la cuenta en la que a la custodia de esas claves se refiere**” (Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Murcia, 69/2007, de 30 de marzo. Fundamento de Derecho Primero. JUR\2008\44072). El sistema de confrontación de pruebas tendría un desarrollo algo distinto si se hubiera seguido la Directiva sobre servicios de pago en el mercado interior y que dice: “Cuando un usuario de servicios de pago niegue haber realizado una operación ya ejecutada (o alegue que ésta se realizó de manera incorrecta), corresponderá a su proveedor demostrar que la operación fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico o cualquier otra deficiencia, teniendo en cuenta que la utilización del instrumento de pago registrada por el proveedor no bastará necesariamente para demostrar que la operación fue autorizada por el ordenante, ni que éste actuó de manera fraudulenta o incumplió deliberadamente o por negligencia grave una o varias de sus obligaciones” (Directiva 2007/64/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior).

⁶⁷ Don CA es autor responsable de un delito continuado de falsedad en documento mercantil, en concurso ideal con un delito continuado de estafa....., porque “realizó el contrato de cuenta electrónica fingiéndose apoderado de ADEVIN... y dispuso de las claves de una cuenta sin tener autorización ni poder para ello y haber transferido a una cuenta a su nombre cantidades de dinero de las que luego disponía...” (Fallo y Fundamento de Derecho Segundo, respectivamente, de la Sentencia núm. 9/2007, de 31 de enero, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 4ª), JUR\2007\155818).

⁶⁸ La remisión a la LGCU ha de entenderse realizada al art. 88 del TRLGC 1/2007, sobre *Cláusulas abusivas sobre garantías*, que en su número 3: “La imposición al consumidor de la carga de la prueba sobre el incumplimiento, total o parcial, del empresario del proveedor a distancia de servicios financieros de las obligaciones impuestas por la normativa específica sobre la materia”.

⁶⁹ Los certificados electrónicos que los prestadores de servicios de certificación establecidos en un Estado que no sea miembro del Espacio Económico Europeo expidan al público como certificados reconocidos de acuerdo con la legislación aplicable en dicho Estado se considerarán equivalentes a los expedidos por los establecidos en España, siempre que se cumpla alguna de las siguientes condiciones:

- a) Que el prestador de servicios de certificación reúna los requisitos establecidos en la normativa comunitaria sobre firma electrónica para la expedición de certificados reconocidos y haya sido certificado conforme a un sistema voluntario de certificación establecido en un Estado miembro del Espacio Económico Europeo.

1999/93/CE (art. 7.1), constituye pieza clave en el efectivo desarrollo y credibilidad de la contratación bancaria electrónica.

5. Conclusiones

En la era digital, la convergencia de tecnología ha multiplicado los modos de desarrollar las actividades económica por los medios de transmisión electrónica (telefonía, internet). Este modelo tecnológico empresarial exige la adaptación y renovación de las figuras jurídicas tradicionales, en cuyo proceso avanzan las Entidades de Crédito, a través de la *Banca virtual*, *Banca internet* o *en línea* (<https://www.bancaonline.openbank.es>; <https://www.ingdirect.es/>; <https://oi.cajamadrid.es>).

El contrato bancario electrónico es un concepto teórico y abstracto de contrato, como acuerdo de voluntades entre la Entidad de Crédito y el consumidor (art. 1254 CC), en el que tienen cabida los múltiples bienes, derechos y servicios comprendidos en la actividad bancaria, en torno a la transformación de activos y operaciones conexas. De este modo se prescinde de la naturaleza jurídica del contrato (compraventa de valores, cesión y titulización de créditos, servicio de alquiler de caja de seguridad, descuento de pagarés). También de la clase de objeto sobre el que verse el mismo (bienes, derechos y servicios) -art. 4.2 LCSF, en relación con el art. 52 de la LDIEC-. En cambio se privilegia la tecnología utilizada en el proceso de comercialización, formación, celebración o cumplimiento del contrato (art. 1). En nuestro caso concreto, el uso del lenguaje oral y escrito de la contratación tradicional se sustituye total o parcialmente por el lenguaje electrónico, representado por cualquiera de las formas exigidas en los múltiples canales de transmisión electrónica (teléfono, fax, terminal de ordenador). Esta última tecnología es de esencia para instrumentar los respectivos actos y declaraciones que se comprenden en la actividad económica bancaria dirigida a la promoción y contratación de bienes, derechos y servicios al público (art. 4.2.a LCSF).

La LCSF 22/2007 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 las definiciones de comercialización y de contrato de servicio financiero (art. 1). También la presunción de contrato a distancia, representada por 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). 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). En tercer lugar, con su importancia como forma de comunicación entre las partes, de carácter

-
- b) Que el certificado esté garantizado por un prestador de servicios de certificación establecido en el Espacio Económico Europeo que cumpla los requisitos establecidos en la normativa comunitaria sobre firma electrónica para la expedición de certificados reconocidos.
 - c) Que el certificado o el prestador de servicios de certificación estén reconocidos en virtud de un acuerdo bilateral o multilateral entre la Comunidad Europea y terceros países u organizaciones internacionales.

permanente y modo continuado (arts.5 y ss.). En cuarto lugar, con su protagonismo como soporte de toda la contratación, de carácter duradero, 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).

El contrato bancario electrónico es una especie de contrato electrónico, porque al promocionarse, negociarse, celebrarse o cumplirse por medios de transmisión electrónica (art. 1 LCSF) participa 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 (Anexo, letra *h* LSSICE 34/2002). Dicha consideración se reafirma en la práctica contractual, 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 (<https://www.openbank.es>; <https://www.ingdirect.es>).

La relación entre la clase de contrato electrónico con su especie de bancario determina la aplicación concurrente de las leyes, reglamentos, formularios y demás disposiciones que rigen la contratación bancaria, así como las normas generales electrónicas. En estas últimas se encuentra la LSSICE 34/2002, a la que se menciona en el art. 1 de la LCSF. También, la LFE 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 LISI 56/2007, por la que se modifican las leyes generales electrónicas y se instaure 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).

La LCSF considera que el contrato bancario electrónico es también un contrato a distancia. Sin embargo, el contrato a distancia al que se refiere el artículo 92 del TRLGCU 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. La calificación de contrato a distancia del contrato bancario electrónico no conlleva la aplicación de la normativa dispuesta en el TRLGCU, 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”.

La LCSF extiende su aplicación a todos los actos vinculados con el contrato: actos de *promoción, oferta, negociación, celebración y cumplimiento* (art. 4). Con el tenor legal se advierte la relevancia funcional en la delimitación material de la norma; por cuanto que, en definitiva, se trata de actos funcionalmente dependientes o

relacionados con el contrato y, simultáneamente, actos que constituyen la base y finalidad última de la actividad empresarial de la Entidad de crédito.

La unidad de fin en orden a la consecución satisfactoria de la proporción de bienes y prestación de servicios implícita en la LCSF 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; de otro, la telemática, que posibilita la aplicación de las técnicas de comunicación y de la informática a la transmisión a distancia de información computerizada: datos e imágenes. La conexión de todos los canales de información se multiplica y se hace posible con Internet, como Red informática mundial. A esta idea responde la *web* utilizada 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 IVA (art. 2.2 de la LISI 56/2007). 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. Por ello la posibilidad de utilizar la expresión “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 dispuestos en los arts. 7 a 9, 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 “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 LCSF. 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).

El cumplimiento de los deberes impuestos a las Entidades de Créditos que operen en banca virtual y de todos los actos relacionados con la publicidad y contratación bancaria han de relacionarse con la concepción y propiedades del “soporte duradero”. Este último se reduce al soporte que asegure la accesibilidad, autenticidad e integridad de los datos e imágenes. La misma idea se formuló por la Dirección General de Tributos cuando declaró la inadecuación del “Portal de facturación del Grupo Empresarial” por no responder a todas las exigencias normativas de la Orden ministerial correspondiente (RDGT 2403/2007, de 12 de noviembre -consulta vinculante-). También en los pronunciamientos judiciales relativos a la admisión del documento electrónico como medio de prueba: de un contrato de tarjeta mediante la grabación telefónica y de una deuda por la certificación acreditativa del

saldo deudor suscrito con firma digitalizada. [Auto AP Barcelona (Sec. 17^a), de 30 de mayo].

La Banca electrónica es cauta eligiendo los métodos y procedimientos de tecnología más seguras. A través de la URL de cualquier Entidad de crédito se accede a un espacio de comunicación seguro, porque en el mismo la información se transmite de modo cifrado y es ininteligible. Se identifican por la sigla *https* (*hipertext transfert protocol secure*) <https://www.ingdirect.es/WebTransactional/Transactional/AccesoEntrada.asp>; <https://oi.cajamadrid.es/CajaMadrid/oi/pt/Login/login>. Formalmente se establece la cláusula convencional de la equiparación de la modalidad electrónica a la escrita. A título enunciativo puede leerse, que “Las partes aceptan equiparar jurídicamente la firma del cliente autógrafa y la realizada mediante cualquier tipo de claves, códigos o elementos de seguridad identificativos”. De igual manera, en caso de que los sistemas operativos de ING DIRECT acepten certificados digitales suele indicarse, que “las partes reconocen y aceptan la plena equiparación jurídica entre la orden telemática realizada conforme al procedimiento de seguridad establecido y la firma del titular” (núm. 3. Funcionamiento del Servicio ING DIRECT). Con ello, la partes reafirman la ficción legal de la significación y alcance legal de la asimilación dispuesta en las leyes del comercio y firma electrónicas, al tiempo que amplían el alcance interno de la prueba.

A los efectos probatorios juega una importancia singular la capacidad de las partes a la hora de acreditar su nivel de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones. Este aspecto fue decisivo para que el Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia de Murcia desestimara la pretensión del demandante por entender, que la “falta de diligencia en el deber de custodia de las claves por parte del cliente fue determinante en la sustracción de la clave de acceso a internet y de la firma electrónica y en modo alguno el sistema de seguridad del Banco (Sentencia 69/2007, de 30 de marzo). También para que la Audiencia Provincial de Madrid considerara que el ejercicio abusivo del derecho de firma posibilitó al demandado abrir un servicio bancario electrónico y ordenar transferencias de fondo a su favor, en perjuicio de la asociación a la que representaba; por lo que se le condenó por un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso ideal con un delito continuado de estafa (Sentencia 9/2008, de 31 de enero).

En el ámbito de la comercialización de servicios financieros la dificultad de la prueba por parte del cliente podría aliviarse con el sistema establecido en los siguientes preceptos y requerimientos de la LCSF. A) Por el control de la Entidad de Crédito del soporte a través del cual se realiza la contratación electrónica. B) Con las exigencias de seguridad impuestas a la infraestructura tecnológica por la LCSF 22/2007 (art. 6) y por la LISI 56/2007 (art. 2) y C) la imposición de la carga de la prueba a la Entidad de crédito (art. 17 de la LCSF) y, en su defecto, mediante la consideración de cláusula abusiva (DAPrimera de la LCSF, por la que se introduce un nuevo apartado, 19 bis, a la disposición adicional primera (Cláusulas abusivas) de la LGCU)

6. Resoluciones judiciales y administrativas

- RDGT 2403/2007, de 12 de noviembre (JT\2008\98): el sistema privado de seguridad tecnológica está condicionado a la observancia de las exigencias legales dispuestas en sucesivas órdenes del Ministerio de Economía y Hacienda (*Caso Portal de Facturación del Grupo Empresarial*).
- SAN (Sala Cont.-Admvo., Sec. 1ª), de 9 de octubre de 2007 (RJCA\2007\784): Desde el momento en que el cliente elige la tarjeta como medio de pago debe entenderse que existe consentimiento tácito al sistema de captura electrónica de firma en tableta digitalizadora, (*Caso Sfera Joven, SA*)
- Auto de la AP Barcelona 97/2007, de 30 de mayo (Sección 17ª) (JUR\2007\268590): la existencia de un contrato de tarjeta puede probarse mediante la grabación telefónica. Asimismo, la copia impresa de la certificación del saldo en la que aparece la firma digitalizada del apoderado y un extracto del estado de la cuenta del deudor se admite como prueba de la existencia de un crédito a favor del reclamante (*Caso American Express España&E*)
- SJ1ª Inst. Murcia, 69/2007, de 30 de marzo (JUR 2008\44072): la falta de diligencia del titular fue la causa relevante del acceso a internet y el uso de la firma electrónica por persona no autorizada (*Caso BSCH&M*).
- SAP Madrid (Sección 4ª), 9/2007, de 31 de enero (JUR\2007\155818): el ejercicio abusivo de las claves de firma por el apoderado de la asociación motivó la comisión de un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso ideal con un delito continuado de estafa (*Caso ADEVIN&C.A.*)
- SAN (Sala Cont.-Admvo., Sec. 1ª), de 28 de septiembre de 2006 (JUR\2006\251444): la captura electrónica de firma, consistente en digitalizar los trazos efectuados por los clientes sobre una tableta conectada al terminal de venta no está sometida al deber de información previa (*Caso Tiendas de Conveniencia SA*)
- STS (Sala Cont.-Admvo., Sec. 3ª), de 2 de julio de 2001 (RJ\2001\5397): la FNMT es un prestador de servicios de certificación. Desarrolla sus competencias en el ámbito de la seguridad e integridad de las comunicaciones electrónicas. Con su intervención garantiza la procedencia de quien envía el documento electrónico, la integridad del contenido del documento y su confidencialidad.
- SAP Málaga (Sec. 4ª), 376/2001, de 7 de mayo (AC\2001\1850): el riesgo de fraude inherente al sistema ha de ser asumido por la parte que se beneficia del sistema que no es otra que la entidad emisora del medio de pago, pues con respecto a ella el comerciante adherido tiene la condición de usuario, ya que paga por su utilización.
- STS, de 22 de enero de 2001 (RJ 2001 1679): apreciación conjunta de la prueba
- STS, de 3 de noviembre de 1998 (RJ 8521\1997): el documento electrónico debe gozar de plena virtualidad jurídica operativa

7. Bibliografía

- AAVV: *La contratación bancaria*, dirigida por SEQUEIRA/EGEA/SACRISTÁN, Madrid 2007
- AAVV: *Derecho patrimonial y tecnología*, PARRA, A. (dir.), GUERRERO, Mª J. (coord.), Barcelona 2007
- AAVV: *Electronic business in Europa*, (LEHMANN, dir.), München, Wien 2002).
- AAVV: “Documento informatico, firma digitale e dinamiche processuale” en *Commercio elettronico, documento informatico e categorie civilistiche* (SICA/STANZIONE, dir.), Milano 2002

- AAVV: *Nuove leggi civ. Comm.* (BIANCA/CLARIZIA/FRANCESCHELLI /GALLO/MOSCARINI/PACE/PATI), Milano 2000
- AAVV: *Nuevas Entidades, figuras contractuales y garantías en el Mercado financiero*, Madrid 1990.
- ALPA, G.: “Postfazione”, en *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell’Economia* (GALGANO, dir.), Vo. XXVII, “Il contratto telemático”, por RICCIUTO, V., Milán 2002
- ARROYO, A.: *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio minorista*, Madrid 2003.
- BERCOVITZ, A.: “Ambito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, *Estudios sobre consumo*, núm. 3, 1984.
- CABELLA, L.: “Cittadini e consumatori nel diritto dell’Unione Europea”, *Contratto e impresa/Europa*, 2, 2007, págs. 674 y ss.
- CORTES, L.: *Lecciones de contratos y mercados financieros*, Madrid 2004.
- EBERS, M.: “La revisione del diritto europeo del consumatore: l’attuazione nei Paesi membri della direttiva sulle clausole abusive (93/13/CEE) e le prospettive d’ulteriore armonizzazione”, *Contratto e impresa/Europa*, 2, 2007, págs. 696 y ss.
- DE SANTIS: “Documento informatico, firma digitale e dinamiche processuale” en *Commercio elettronico, documento informatico e categorie civilistiche* (SICA/STANZIONE, dir.), Milano 2002
- ESPIN, C.: “Las fuentes del Derecho bancario”, *La contratación bancaria*, dirigida por SEQUEIRA/EGEA/SACRISTÁN, Madrid 2007.
- FERNÁNDEZ PEREZ, N.: *La contratación electrónica de servicios financieros*, Madrid 2003
- FLORES DOÑA, M^a S.: *Impacto del comercio electrónico en el Derecho de la contratación*, Madrid 2002
- : “Autenticidad en la contratación bancaria electrónica”, en *La contratación bancaria*, dirigida por SEQUEIRA/EGEA/SACRISTÁN, Madrid 2007
- GARCIA DE LA RASILLA, A.: *La reforma de la Bolsa y el desarrollo de los mercados*, Madrid 2005.
- GARCIA VILLAVARDE, R.: “Tipicidad contractual y atipicidad”, en *Nuevas Entidades, figuras contractuales y garantías en el Mercado financiero*, Madrid 1990.
- GONZALEZ ECHENIQUE: “La firma electrónica: análisis del nuevo régimen jurídico contenido en la Ley 57/2003, de 19 diciembre (<http://www.revistasice.com/Estudios/Documen/ice/813/ICE8130113.PDF>)
- ILLESCAS; R.: *Derecho de la contratación electrónica*, Madrid 2001
- KARTEN, A.: “A high common level of consumer protection and better enforcement in Europe. The way forward”, *Contratto e impresa/Europa*, 2, 2007, págs. 55 y ss.
- KRIMPHOVE, D.: “Diritto bancario europeo y tecniche del legislatore comunitario”, *Contratto e impresa. Europa*; 1-2008, págs. 199 y ss.
- MADRID, A.: “Impulso al empleo de técnicas electrónicas”, en *La contratación bancaria*, dirigida por SEQUEIRA/EGEA/SACRISTÁN, Madrid 2007
- MARIN LOPEZ, J.: “Los servicios financieros y las nuevas tecnologías de la información y comunicación: la Directiva 2002/65/CE, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de los servicios financieros destinados a los consumidores”, *EC*, 76, 2006, págs. 9 y ss.
- MENÉNDEZ, A.: “El Derecho Mercantil en el siglo XXI”, *La Ley*, núm. 2546, de 26 de diciembre de 1990

- MOYNA, J y otros autores: *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*, Madrid 2001
- PAREJO/CUERVO/CALVO/RODRÍGUEZ: *Manual de Sistema financiero español*, Madrid 2004.
- PINOCHET, R.: *Contratos electrónicos y defensa del consumidor*, Madrid 2001
- PONCIBO, C.: “El consumatore medio”, *Contratto e impresa/Europa*, 2, 2007, págs. 734 y ss.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: “Comentario al artículo 1216”, *Comentarios al Código Civil*, (AAVV, dir.), Madrid 1991, T.II.
- : “El documento negocial informático”, *AAMN* 1998, 28, págs. 433 y ss.
- SANCHEZ CALERO, F.: “La delimitación de la figura de “entidad de crédito” y la de otros sujetos”, *RDBB* 1987, págs. 709 y ss.
- : “Reflexión general sobre el proceso descodificador y perspectivas del Derecho Mercantil al finalizar el siglo XX”, *Perspectivas actuales del Derecho Mercantil*, coordinado por el mismo autor, Pamplona 1995.
- SANCHEZ-LERMA, C: “Contratación electrónica: firma electrónica y fé pública”, *RALJ* 2000, págs. 9 y ss.
- SANTIS: “Documento informatico, firma digitale e dinamiche processuale”, en *Commercio elettronico, Documento informatico e categorie civilistiche* (SICA/STANZIONE, dir.), Milano 2002.
- TAPIA HERMIDA, A.: “El concepto y la clasificación de los contratos bancarios”, en *La contratación bancaria*, dirigida por SEQUEIRA/EGEA/SACRISTÁN, Madrid 2007.
- URIA/MENÉNDEZ: *Derecho Mercantil*, 1999
- VATTIER, C.: “Responsabilidad contractual y extracontractual en el comercio electrónico”, *RCE* 18, 2001, págs. 71 y ss.
- VIERA, J.: “Comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores”, en *La contratación bancaria*, dirigida por SEQUEIRA/EGEA/SACRISTÁN, Madrid 2007
- ZAGAMI, R.: *Firma digitale e sicurezza giuridica*, Milano 2000
- ZORZI, N.: “La disciplina europea dei servizi finanziari”, en *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell’Economia* (GALGANO, dir.), Vo. XXVII, “Il contratto telemático”, por RICCIUTO,V., Milán 2002.